

CONTRATAÇÃO DIRETA COM BASE NA LEI 8.666/93 E ADESÍDIA ADMINISTRATIVA

André Guilherme Matos de Carvalho¹

Geraldo Ismar Lopes Júnior²

RESUMO

O referido artigo tem como pressuposto a análise dos aspectos relacionados com a contratação direta realizada pela Administração Pública em decorrência da dispensa de procedimento licitatório amparado no Art. 24, inciso IV da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Os casos de dispensa de licitação pública são expressamente previstos em rol taxativo no aludido art. 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sendo neste analisada a hipótese de dispensa por emergência de situação fática que se insurge. Discorremos acerca dos termos conceituais de situação de emergência, bem como da configuração de seus pressupostos a embasar possível contratação direta com o Poder Público, como também, a desídia administrativa (emergência “fabricada”) e responsabilidade do gestor. Assim, a despeito de inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do assunto, o artigo visa contribuir para evolução de ideias e conceitos, com vistas à formação de um entendimento uno e à melhoria da prática administrativa.

Palavras-chave: Dispensa Licitação. Art.24, IV. Desídia administrativa. Responsabilidade do gestor.

DIRECT EMPLOYMENT UNDER ARTICLE 24 OF LAW 8,666 / 93 AND ADMINISTRATIVE NEGLIGENCE

ABSTRACT

The present work is considered to analyze the aspects related with the direct act of contract carried through by the Public Administration in result of the dismissal of supported licitatório procedure in Art. 24, interpolated proposition IV of the Federal Law nº 8,666, of 21 of June of 1993. The cases of dismissal of public licitation express are foreseen in taxing roll in alluded art. 24 of the Law of Licitations and Administrative Contracts, being in this analyzed the hypothesis of dismissal for emergency of actual situation that appeared. We discourse concerning the conceptual terms of emergency situation, as well as of the configuration of its estimated to basing possible direct act of contract with the Public Power. Thus, the spite of innumerable divergences doutrinárias and jurisprudenciais concerning the subject, the article aims at to contribute for evolution of ideas and concepts, with sights to the formation of an unisonous agreement and to the practical improvement of the administrative one.

Keywords: Waiver bid. Art. 24, IV. Administrative negligence. Manager's responsibility.

¹Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: guilherme-andre@uol.com.br

²Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: geraldolopesjr@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

É dever da Administração Pública tutelar o interesse público. Para realizar esta função os gerenciadores desses interesses dispõem de instrumentos jurídicos que prescrevem normas que os auxiliam visando ao melhor desempenho na execução dessas funções.

As funções a serem cumpridas pela Administração Pública encontram-se distribuídas nos mais diversificados segmentos, seja para a produção de bens, prestação de serviços, enfim, um conjunto de atividades. Na consecução de algumas delas a Administração Pública recorre a terceiros por meio da celebração de contratos administrativos.

A celebração desses contratos é ordenada pelos dispostos no art. Artigo 37, inciso XXI da Constituição de 1988, complementados pela Lei nº 8.666/93 e subsequentes alterações, que trata do instituto da licitação que é a regra fundamental a ser cumprida pela Administração Pública na celebração de tais contratos.

A licitação corresponde ao processo administrativo voltado à seleção da proposta mais vantajosa para a contratação desejada pela Administração Pública e necessária ao atendimento do interesse coletivo, ressalvadas as exceções previstas em lei, aplicadas aos contratos administrativos que envolvam compras, serviços, alienações e obras.

Mesmo que licitar seja a regra, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê a possibilidade de dispensa de licitação pública para dar atendimento àquelas situações que demandam necessidades especiais. Assim sendo, a Administração Pública tem ao seu dispor alternativas, dentre as quais destacamos a Contratação Direta, haja vista configurar a situação em que se aplica a dispensa por emergência, que faz parte da abordagem deste trabalho.

A problemática deste trabalho é a questão da licitação dispensável por emergência, em especial a questão da emergência “fabricada”. Para uma melhor compreensão do tema aborda-se inicialmente os conceitos de licitação, princípios, os aspectos relacionados à contratação direta e os casos de dispensa de licitação, para então se deter na questão da moralidade administrativa e a desídia administrativa.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 LICITAÇÃO

A adequada aplicação dos recursos públicos requer uma série de procedimentos para que as finalidades às quais se destinam sejam cumpridas com responsabilidade, sem prejuízo

ao erário devido a má aplicação desses recursos, mesmo quando é necessário executar obras, serviços, compras e alienações, assegurando transparência e viabilizando uma correta administração desses recursos.

No Brasil vêm sendo adotadas medidas objetivando a melhoria da Administração Pública. Esses procedimentos vêm sendo construídos ao longo de décadas. Entretanto o ordenamento legislativo desses procedimentos foi consolidado com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que passa a ser o instrumento norteador para os atos praticados pelos gestores da Administração Pública brasileira contemporânea.

Aos princípios previstos na Constituição Federal de 1988 submete-se qualquer um dos integrantes da Administração Pública, direta ou indireta, cujo preceito máximo é a obrigatoriedade de se promover licitação quando da aplicação dos recursos públicos, visto que este procedimento possibilita a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração e consequentemente uma melhor aplicação dos recursos públicos.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Licitação é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados(MELLO, 2010, p. 481).

Por mais que a licitação apresente características complexas, este procedimento é a forma mais equilibrada encontrada pelo Estado para contratar, buscando sempre a melhor proposta para a Administração Pública.

2.2 Conceitos

No Estado democrático brasileiro temos na Constituição o lineamento para o funcionamento das atividades políticas e administrativas. Nela estão estabelecidas as normas e os princípios que regem os atos dos governantes ou daqueles que são responsáveis pela coisa pública.

O capítulo que versa sobre as disposições gerais para a Administração Pública determina em seu Artigo 37, inciso XXI, que serviços, alienações, obras e compras devem obrigatoriamente ser contratados por meio de processo de licitação pública.

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, foi regulamentado pela Lei nº 8.666, de 1993, que estabeleceu 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.

Licitação é um procedimento administrativo cuja finalidade é garantir respeito ao princípio constitucional da isonomia e assegurar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, sem prejuízo de, na mais nova dicção legal, promover ainda o desenvolvimento nacional sustentável.

Diógenes Gasparini afirma que licitação pode ser conceituada como:

O procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse (GASPARINI, 2000).

A celebração de um contrato pela Administração Pública deverá ser precedida por uma Licitação, de tal modo que Hely Lopes Meireles preceitua licitação como sendo:

O procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos (MEIRELES, 2005, p. 18).

A necessidade de sua realização pode estar vinculada a um contrato ou a um ato que se quer celebrar. E a realização deste procedimento está vinculada a qualquer negócio desejado pela entidade e à seleção da melhor proposta que possa ser atendida por mais de um interessado.

2.3 Finalidades

A finalidade básica da licitação é o atendimento do interesse público, por meio da busca da proposta mais vantajosa, observando-se os princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e de todos os demais princípios que lhe são correlatos.

3 PRINCÍPIOS.

Os princípios norteadores da licitação, independente de sua modalidade, e de acordo com o art. 3º da Lei de Licitação, de maneira simplificada são os seguintes: princípio da legalidade, princípio da impessoalidade, princípio da moralidade, princípio da isonomia, princípio da publicidade, princípio da probidade administrativa, princípio da vinculação ao instrumento convocatório, princípio do julgamento objetivo.

3.1 Princípio da Legalidade

Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. É este princípio que, aliado à legalidade administrativa estatuída no art. 37 da CF88, obriga a Administração Pública a proceder segundo os ditames da Constituição e demais leis, quando necessita contratar serviços ou alienar bens, comprar ou executar obras. Deixar de observar este princípio poderá comprometer todo o processo licitatório, podendo até mesmo ser passível de nulidade.

3.2 Princípio da Impessoalidade

A aplicação deste princípio evita que, por exemplo, Administração Pública expresse a preferência por uma específica empresa. Impede também que critérios subjetivos interfiram na escolha daqueles que irão prestar os serviços. E a sua inobservância pode causar prejuízo ao processo e até mesmo a nulidade do processo.

O princípio da impessoalidade guarda íntima relação entre o princípio da moralidade, porém o tal princípio nada mais é que aplicação do princípio da finalidade, na qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal, devendo ser entendido para excluir a promoção pessoal de servidores ou autoridades públicas sobre suas realizações administrativas. Como mostra a tese defendida pelo mestre José dos Santos Carvalho Filho: “[...] as pessoas com idêntica situação são tratadas de modo diferente, e portanto, não-impessoal, a conduta administrativa estará sendo ao mesmo tempo imoral [...]” (SANTOS FILHO, 2006).

3.3 Princípio da Moralidade

Este princípio se refere à conduta dos participantes da licitação, que devem primar pela ética e moral. A finalidade é fazer que a licitação seja baseada pela honestidade e seriedade, onde o interesse coletivo sobreponha-se ao interesse dos participantes, de modo que a disputa deve ser honesta entre eles. Devem guardar postura moralmente correta perante os demais competidores e a Administração. Logo, este princípio se impõe não apenas ao longo da licitação, mas também durante toda a execução contratual, destacando-se que uma conduta moralmente incorreta pode levar à nulidade do processo.

3.4 Princípio da Isonomia

Tal medida permite que a Administração escolha a melhor proposta, ou seja, a que melhor preenche os requisitos estabelecidos no edital e ao mesmo tempo garante igualdade de direitos entre os participantes. Proíbe também a existência de privilégio entre qualquer participante do certame, quer seja privilégio concedido pela administração pública, pelo órgão licitante ou por outros órgãos da administração, quer seja privilégio causado por situações criadas pelo próprio Estado.

3.5 Princípio da Publicidade

Por este princípio obriga-se a Administração a publicar os principais atos do procedimento da licitação, como por exemplo, do julgamento e do edital. Este procedimento dá conhecimento aos interessados sobre a futura licitação, ao mesmo tempo em que garante à sociedade acesso aos documentos a ela referentes, de forma que a licitação atenda ao interesse público de forma transparente.

3.6 Princípio da Probidade Administrativa

É um preceito constitucional que segundo Hely Lopes Meirelles, pode levar a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Mesmo sendo um dever de todo administrador público, a lei destaca tal princípio como forma de advertir as autoridades que promovem a licitação ou a julgam.

3.7 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

Este princípio baseia-se no art. 41, caput, da Lei nº 8.666/93: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada”¹². Assim, as propostas apresentadas à Administração devem obedecer plenamente aos termos estabelecidos no instrumento convocatório, edital ou carta-convite. Depois de publicado o instrumento convocatório não poderá ser alterado, salvo em situações atípicas.

3.8 Princípio do Julgamento Objetivo

Significa dizer que o julgamento das propostas será feito com base no critério indicado no edital os quais não podem ir contra as normas e princípios estabelecidos em lei. Para fins de julgamento objetivo estabelece ainda os tipos de licitação: de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço, e o de maior lance ou oferta.

4 CASOS DE LICITAÇÃO DISPENSÁVEL

Cada caso de licitação dispensável corresponde a uma situação jurídica em que, após as devidas ponderações dos valores constitucionais, o legislador permite à Administração a escolha discricionária entre não realizar ou realizar a licitação, conforme o caso apresente possibilidade legal.

A Lei de Licitações admite a possibilidade de contratação direta nos casos de: licitação dispensada (art. 17), dispensa de licitação (art. 24) e inexigibilidade (art. 25). Nosso foco aborda a licitação dispensável, que assim expressa em seu art. 24, e respectivos incisos:

- I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I, do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;
- II - Para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II, do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez.
- III – nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;
- IV – nos casos de emergência ou de calamidade, 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, 1993).

4.1 Diferenças entre Emergência e Calamidade Pública

Conforme disposto no art. 24, a lei autoriza a dispensa diante de duas situações específicas quais sejam: de emergência ou de calamidade pública. Apesar de apresentarem situações análogas, há uma nítida distinção entre ambas. Ainda que calamidade pública pressuponha uma situação de emergência, nem toda a emergência pressupõe a calamidade pública.

A emergência se revela pela urgência de atendimento, e a calamidade pública, pela situação de perigo e anormalidade social, decorrentes de fato da natureza, como inundações, vendavais, epidemia etc.. Para que haja dispensa do procedimento licitatório, em razão da caracterização de situação de emergência é indispensável que essa não seja resultado da desídia da própria Administração ou da falta de planejamento.

Emergência, para fins de dispensa, significa necessidade de contratação que não pode aguardar os trâmites habituais da licitação pública, sob pena de comprometimento do interesse público aliado ao desatendimento de alguma demanda social ou pela continuidade de atividade administrativa.

É caracterizada também pela necessidade imediata ou urgente de atendimento a um evento já acontecido ou por acontecer de modo que se possa evitar ou reduzir as consequências dessa ocorrência. Ao contrário da calamidade, que devido às suas proporções afeta consideráveis extensão territorial e número de pessoas, a emergência é particularizada. Calamidade é uma situação de perigo grave, generalizada ou particularizada a uma região, decorrente de eventos da natureza (inundação, secas, epidemias). É caracterizada pela impossibilidade de atendimento adequado por parte da Administração Pública com a utilização dos meios e recursos que normalmente estão a seu dispor.

De acordo com Hely Lopes Meirelles:

[...] é a situação de perigo e de anormalidade social decorrente de fatos da natureza, tais como inundações devastadoras, vendavais destruidores, epidemias letais, secas assoladoras e outros eventos físicos flagelantes que afetem profundamente a segurança ou a saúde pública, ou bens particulares,

o transporte coletivo, a habitação ou o trabalho em geral (MEIRELLES, 2005, p. 283).

Uma situação configurada como calamidade pública deve ser declarada como tal pela autoridade competente ao nível de sua circunscrição: federal, estadual ou municipal, através de decreto, permitindo assim que a entidade administrativa possa licitar em condições de ser liberada dessa responsabilidade.

4.2 A Imprevisibilidade

Ante a iminência de dano grave e insuprível e havendo risco de lesão ao interesse público, devidamente comprovado e autorizado o estado de emergência pela Administração torna-se inadiável a aquisição da contratação com ausência do processo licitatório.

Há que se confrontar quando da caracterização da emergência se esta não decorre de atuação irresponsável ou negligente do Administrador. Conforme afirma Mariense Escobar “a situação emergencial ensejadora da dispensa é aquela que resulta do imprevisível, e não da inércia administrativa”.

Assim caracterizada a emergência em todos os seus requisitos, independente da atuação negligente ou não do administrador, dispensa-se a licitação porque os interesses coletivos e imediatos se sobrepõem aos atos administrativos e a sociedade não pode ser prejudicada.

Imprevisibilidade é um requisito contornável, apesar da responsabilização correspondente, ante a circunstância de o risco imediato de dano perdurar e se a contratação imediata pode afastá-lo. Nessa situação é lícita a contratação direta pela Administração Pública, haja vista a iminência de grave e irreparável dano a bens ou serviços públicos, de modo que a torne inadiável, nos limites do necessário e suficiente para impedir o prejuízo, com ou sem responsabilização do causador da situação de risco.

As situações de emergência não podem ficar sem providências imediatas para evitar maiores danos os interesses sociais. Esta situação é motivadora contratação direta, porém cumpre ao poder Legislativo fiscalizar tanto a legitimidade quanto a legalidade do fato gerador da emergência para saber se o mesmo não ocorreu por desídia ou negligência do gestor que deixou de envidar esforços para evitar tal situação. E aí caso se configure a inércia do agente, cabe ao sistema de controle externo, através do poder legislativo aplicar as penalidades cabíveis ao gestor negligente.

4.3 Validade da Contratação Direta – Requisitos

A contratação por emergência envolve a ponderação de interesse segundo o princípio da proporcionalidade. As limitações impostas às contratações por emergência têm de ser interpretadas em razão do interesse a ser tutelado.

De acordo com o que prevê o inciso IV da Lei 8.666/93, são requisitos para a validade da contratação direta: a) situação emergencial ou calamitosa; b) urgência de atendimento; c) risco; d) contratação direta como meio adequado para afastar o risco.

Acrescenta-se aos requisitos acima citados que mesmo para a contratação por emergência ou calamidade pública é necessário justificar o preço, conforme asseverado pelo Tribunal de Contas da União:

O processo administrativo pelo qual a Administração Pública – sem escolher uma das modalidades de licitação previstas no art. 22 da Lei nº 8.666/1993 – realiza pesquisa de preços no mercado é também um procedimento licitatório, pois objetiva a contratação da empresa que oferecer a melhor proposta.

4.4 O Contrato Emergencial

Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva resposta.

Para a efetivação do contrato emergencial faz-se necessário a exposição de justificativas não apenas sobre a emergência, mas também sobre a viabilidade concreta desta atender ao interesse público.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

É desprovido de amparo legal o contrato emergencial firmado em decorrência de dispensa de licitação, quando o objeto almejado dependa de estudos preliminares cujo tempo necessário para conclusão descaracterize a urgência da contratação.

Há também que se observar que a contratação deverá ter como objetivo principal a eliminação do risco de prejuízo e a execução do contrato superar a cento e oitenta dias (vedada prorrogação), previsto no inciso IV, art. 24 da Lei N.º 8.666/93. Neste prazo a Administração deverá promover o procedimento licitatório para solucionar de modo mais amplo o problema existente.

A prorrogação do prazo nos contratos por emergência é vedado por lei, entretanto dada a continuidade da situação emergencial após os 180 dias pode interferir no prazo máximo estabelecido para o contrato.

O contrato emergencial efetivado com dispensa de licitação é uma situação que demonstra o abrandamento dos requisitos delineados pela Lei 8.666/93 para atender no caso de uma ocorrência particularmente grave mas bem tolerada pelos órgãos de controle: Tribunais de Contas, Ministério Público, Organizações Não Governamentais e pela sociedade organizada sob as mais diversas formas.

Matéria debatida pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, em resposta a uma consulta sobre contratação sem processo licitatório, elenca pontos relevantes a serem considerados nesse sentido:

[...] é possível a contratação direta de obras, serviços (continuados ou não) e bens, com fulcro no art. 24, IV, da referida norma legal, se estiverem presentes simultaneamente, os seguintes requisitos, devidamente demonstrados em processo administrativo próprio:

a – a licitação tenha se iniciado em tempo hábil, considerando com folga, os prazos previstos no Estatuto Fundamental das Contratações para abertura do procedimento licitatório e interposição de recursos administrativos, bem assim aqueles necessários à elaboração do instrumento convocatório, análise dos documentos de habilitação (se for o caso) e das propostas, adjudicação do objeto e homologação do certame;

b – o atraso porventura ocorrido na conclusão do procedimento licitatório não tenha sido resultante da falta de planejamento, desídia administrativa ou má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que tal fato não possa, em hipótese alguma, ser atribuído à culpa ou dolo do(s) agente(s) público(s) envolvido(s);

c - a situação exija da Administração a adoção de medidas urgentes e imediatas, sob pena de ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;

d – a contratação direta pretendida seja o meio mais adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado;

e – o objeto da contratação se limite, em termos qualitativos e quantitativos, ao que for estritamente indispensável para o equacionamento da situação emergencial;

f – a duração do contrato, em se tratando de obras e serviços, não ultrapasse o prazo de 180 dias, contados a partir da data de ocorrência do fato tido como emergencial;

g – a compra, no caso de aquisição de bens, seja para entrega imediata;

(FERNANDES, 2011, p. 346-347).

Na emergência, a contratação não pode aguardar o trâmite da licitação, sob pena de “perecimento do interesse público, consubstanciado pelo desatendimento de alguma demanda social ou pela solução de continuidade de atividades administrativa” (NIEBUHR,

2011, p.248). No mesmo sentido Justen Filho(2009, p. 295): “o comprometimento à segurança significa o risco de destruição ou de sequelas à integridade física ou mental de pessoas ou, quanto a bens, o risco de seu perecimento ou deterioração”.

É mister que se evidencie o nexo causal entre a contratação direta e a eliminação do risco de dano, ou seja, a demonstração da relação entre a necessidade a ser atendida e a solução concreta adequada. É a equação necessidade/utilidade, presente em diversos atos do Direito Administrativo. Ao comprovar que a contratação emergencial é a via adequada e efetiva para a eliminação do risco, a Administração Pública está autorizada a contratar diretamente somente nos limites estabelecidos na lei, ou seja, “os bens necessários ao atendimento da situação emergencial” ou “as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 dias”, não devendo extrapolar esta permissão.

Há que se destacar que a situação emergencial deve ser concreta e efetiva, afastando-se a possibilidade de situações fáticas genéricas. Nesses casos, ocorre a desaprovação da contratação direta com base em emergência por faltar um dos pressupostos consolidados pela lei e pela jurisprudência do TCU, qual seja, a demonstração de que a contratação direta é o

meio adequado e efetivo para eliminar o risco de dano (JUSTEN FILHO, 2009, p. 295-6).

4.5 Desídia do Administrador

Desídia administrativa é a negligência, o desleixo, a falta de compromisso do agente público em cumprir o seu dever funcional de atuar pautado nos princípios da eficiência e de maneira zelosa. Ocorre desídia quando o gestor público não se atenta para o cumprimento de prazos de contratos administrativos.

Exemplo tradicional e bastante comum na Administração acontece quando o contrato administrativo de serviço contínuo se encerra ou está muito próximo de se encerrar, uma vez findo o seu prazo de vigência, e não foram tomadas providências tempestivas para a abertura de novo procedimento licitatório.

O ponto em comum destas situações é que o surgimento do risco a bens, pessoas e equipamentos poderia ter sido evitado caso o administrador responsável atuasse de acordo com o que dele se espera.

A vedação é decorrente de uma análise lógica: o gestor não poderia provocar a emergência, culposa ou dolosamente, e depois buscar a dispensa emergencial com base na emergência por ele mesmo causada.

Neste momento surge o *tu quoque*, que representa uma violação da boa-fé objetiva. É um abuso de direito decorrente da quebra de confiança. Entende-se que *otu quoque*, assim como *ovenire contra factum proprium*, *asupressioeasurrectio*, apesar de serem institutos derivados do Direito Civil, são plenamente aplicáveis à atuação administrativa.

Os professores Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald conceituam o *tu quoque* de maneira eficaz:

Ocorre *otu quoque* quando alguém viola uma determinada norma jurídica e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação, com o fito de se beneficiar.[...] No *tu quoque* a contradição [...] reside [...] na adoção indevida de uma primeira conduta que se mostra incompatível com o comportamento posterior.

A pretensão de contratar via dispensa emergencial com base em situação caótica causada por desídia própria é caso que se enquadra perfeitamente na definição de *tu quoque* do Direito Civil. Caracteriza-se, em conclusão, como abuso de direito.

O planejamento sempre será realizado no âmbito de uma organização, que pode ser uma empresa privada, uma organização não-governamental, um órgão de governo, desde que todos tenham um objetivo em comum.

Uma organização, focada em um objetivo comum, monta um plano de ação, o que envolve decisões sobre as metas, a distribuição dos recursos para atingi-las e as tarefas críticas a desempenhar para alcançar os objetivos. Como processo, o planejamento diz respeito ao modo como se programa as atividades da organização para a consecução dos objetivos definidos pelas políticas da organização.

Com essas considerações iniciais, afirma-se que o planejamento é o pilar de sustentação de qualquer organização.

A compra de medicamentos para abastecimento da rede pública de saúde é atividade rotineira e continuada. O abastecimento do SUS com medicamentos não é tarefa tão simples assim, pois, para alcançar o resultado pretendido, é imprescindível um minucioso planejamento, que é fundamental em qualquer atividade que a administração pública pretenda executar.

O conceito de desídia utilizado pelo TCU é semelhante ao de DOTI (2007, p. 55) que a relaciona ao princípio da eficiência e ao planejamento em âmbito administrativo: 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.

4.6 Doutrina e Jurisprudência sobre o Tema

Porque o quadro de emergência pode ser imputado à omissão (negligência) do gestor, existe orientação no sentido da ilegalidade da contratação emergencial em tais circunstâncias.

Este posicionamento se baseia principalmente no fato de que, se a própria Administração causou a situação, por conseguinte não poderia posteriormente invocar sua própria morosidade para amparar uma dispensa – como visto, a contratação direta é excepcional e deve, portanto, ser limitada. Outros dois argumentos são invocados, todos bastante razoáveis: primeiro, a emergência poderia até mesmo ser provocada intencionalmente pelo gestor, ao agir de forma desidiosa para justificar uma contratação direta. É a chamada “emergência fabricada”. Segundo, deve ser aplicado maior rigor na análise das hipóteses de contrato emergencial para coibir o uso irresponsável e excessivamente liberal do instituto.

O Tribunal de Contas da União possui diversos precedentes considerando indevida a contratação emergencial decorrente de desídia. Foram elencados na Decisão 347/94TCU-Plenário os requisitos para a contratação emergencial, que durante muito tempo foram considerados como parâmetro para análise da licitude da dispensa. Diversos Tribunais de Contas estaduais observaram e ainda observam estas condições em seus julgados:

Além das formalidades previstas no art. 26 e § único, são requisitos necessários à caracterização dos casos de emergência ou de calamidade pública 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; 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; o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso; 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.
(Decisão 347/94TCU-Plenário)

Colacionamos outras decisões da Corte Maior de Contas:

O que é previsível não configura ‘caso de emergência’ e, de consequente, não se subsume à hipótese tipificada no inciso IV do art. 24 da Lei de Licitações.
(Acórdão 37-2000 – Plenário).
[...] não se pode olvidar que a jurisprudência do TCU sinaliza no sentido de que a Administração só deve realizar aquisições com dispensa de licitação fundada no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, quando devidamente caracterizada a situação de emergência ou de calamidade pública, e desde que a situação não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, e esteja comprovado que a imediata contratação é o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado.
(Acórdão 1029/2011-Plenário)

No mesmo sentido, os acórdãos 300/2004, 738/2006 e 224/2007, dentre outros.

Parcela da doutrina vai ao encontro dos julgados acima transcritos. São as lições de Lucas Rocha Furtado:

É preciso que essa situação de urgência ou de emergência seja imprevisível. Seria absolutamente descabido que o administrador, sabendo que determinada situação iria ocorrer, e que sua ocorrência obrigaria a celebração do devido contrato, não adotasse as medidas necessárias à realização do procedimento licitatório. Jamais a inércia do administrador poderá justificar a adoção de contratos emergenciais, conforme já observamos.

Por outro lado, a premissa de vedar a contratação direta quando a situação de emergência ocorreu pela desídia administrativa não significa o impedimento absoluto de que seja realizada dispensa com base no inciso IV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93.

Recentemente o TCU deliberou no sentido da flexibilidade da proibição tida como genérica. O julgado foi publicado, inclusive, no Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos da Corte, de nº 61:

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO DE UNIDADE TÉCNICA. CONTRATAÇÃO FUNDAMENTADA EM SITUAÇÃO EMERGENCIAL. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA.

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

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

(ACÓRDÃO 1138/2011)

É de salientar que o Superior Tribunal de Justiça ainda emana julgados no sentido da impossibilidade da dispensa emergencial nos casos de desídia administrativa. Eis uma decisão de agosto de 2012:

A desídia, má gestão, inércia ou a falta de planejamento não se inserem no conceito de situação emergencial ou calamitosa a justificar uma contratação direta por dispensa de licitação.

Caso em que restou verificado que os recorrentes agiram com 'vontade livre e conscientemente dirigida a superar a necessidade de realização da licitação', isto é, o dolo direto consubstanciado na 'vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório', eis que, como consequência de sua imprevidência administrativa, acabaram por dispensar a licitação, diante da falta de tempo hábil para a conclusão do procedimento, ao fundamento de que se tratava de situação emergencial ou calamitosa.

(REsp 1315077/DF - RECURSO ESPECIAL 2012/0073595-7, DJ 05/09/2012)

4.7 Quadro Atual

Antes da decisão do acórdão 1138/2011 do TCU, a orientação dominante voltava-se para a vedação da dispensa emergencial quando a urgência fosse originada por um ato ou omissão do gestor público. Portanto, pairava sobre os órgãos públicos o temor de que a Corte de Contas viesse a proferir julgados anulando o ato e penalizando o agente que firmasse contrato emergencial em tais situações, mesmo em um cenário em que não houvesse outra

saída para a Administração – a deflagração de procedimento licitatório regular implicaria grande prejuízo. As unidades administrativas mais cautelosas enfrentavam um impasse.

Com a recente tendência de flexibilização do entendimento da Corte, certamente há um alívio para os órgãos.

De fato, a vedação absoluta da dispensa emergencial nos casos em que configurada desídia administrativa acaba por prejudicar, em diversos casos, o interesse público primário. Seria como imputar o ônus da atuação deficitária do agente para a Administração Pública, em outras palavras, lesionar a própria sociedade.

Vale ressaltar que a Lei nº 8.666/93 sequer menciona a desídia administrativa. Não condiciona a dispensa emergencial a nenhum requisito além dos expostos em seu texto, limitando-se a pormenorizar a situação de emergência ou calamidade pública, delimitar o objeto do contrato e estipular seu prazo máximo de vigência. Sobre o fator que deu causa à emergência, a lei é silente.

De acordo com Marçal Justen Filho,

Isso não significa afirmar a possibilidade de sacrifício de interesses curados pelo Estado em consequência da desídia do administrador. Havendo risco de lesão a interesses, a contratação deve ser realizada, punindo-se o agente que não adotou as cautelas necessárias. A questão apresenta relevância especialmente no tocante à comumente denominada “emergência fabricada”, em que a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível
(Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005).

Destaque-se a Orientação Normativa nº 11 da Advocacia-Geral da União, que pacificou em 2009 o entendimento no âmbito dos órgãos públicos federais:

A CONTRATAÇÃO DIRETA COM FUNDAMENTO NO INC. IV DO ART. 24 DA LEI Nº 8.666, DE 1993, EXIGE QUE, CONCOMITANTEMENTE, SEJA APURADO SE A SITUAÇÃO EMERGENCIAL FOI GERADA POR FALTA DE PLANEJAMENTO, DESÍDIA OU MÁ GESTÃO, HIPÓTESE QUE, QUEM LHE DEU CAUSA SERÁ RESPONSABILIZADO NA FORMA DA LEI.

Contudo, há de se ressaltar que, mesmo adotando-se a posição da legalidade do contrato emergencial decorrente de desídia, a generalização é temerária e pode estimular a inércia da Administração, que ficará mais confortável para não agir quando deveria, tendo em vista que posteriormente poderá contratar por dispensa.

É recomendado que, antes da autorização, seja aplicado no exame dos requisitos um rigor ainda maior do que o comum. Em determinadas hipóteses o prejuízo que se vislumbra não é suficiente para amparar a contratação direta quando o risco advém da desídia. Como visto, não é qualquer prejuízo que pode embasar a dispensa. O risco e a ameaça podem ser graduados, e só a análise concreta permite diagnosticar se a dispensa é proporcional.

5 CONCLUSÃO

Apesar dos Tribunais tenham editado normas e recomendações no sentido da realização da licitação em tempo hábil, uma vez presente todos requisitos previstos em lei, cabível será a dispensa de licitação por emergência, independente da culpa do servidor pela não realização do procedimento licitatório na época oportuna. Caso a demora no procedimento regular ocasione prejuízo ou comprometa a segurança das pessoas, serviços e obras Públicas, deverá proceder a dispensa de licitação por emergência, pois o interesse público está em primeiro plano, devendo, portanto, punir o agente que não adotou as cautelas necessárias em tempo oportuno.

Uma vez detectada a desídia do gestor, por negligência ou má-fé, a Administração deve utilizar do seu poder de investigar e punir o responsável, mas não pode deixar de priorizar à vida, saúde, à integridade de pessoas e à segurança de obras, bens e equipamentos públicos.

Não Importa que a dispensa licitação, por emergência, foi ocasionada por inércia do gestor ou não. “Caracterizada a tipificação legal, não pode a sociedade ser duplamente penalizada pela incompetência de servidores públicos ou agentes políticos: Dispensa-se a licitação em qualquer caso” (FERNANDES,2000, p. 315-316).

Consoante se pôde observar, o certame licitatório, que foi previsto como regra basilar no âmbito da Administração Pública, cada vez mais foi cedendo espaço para as contratações diretas, com o precípua escopo de beneficiar interesses particulares em detrimento da sociedade.

Nesse contexto, dentre os casos em que a licitação é afastada, figura a situação de emergência, conforme previsão expressa do art. 24, inciso IV do diploma legal supracitado.

A emergência que justifica a dispensa de licitação deve ser caracterizada por situação fática real, e não meramente em tese, ocasionada por fato imprevisível ou, embora previsível, mas que não pôde ser evitado.

A contratação direta nos casos de emergência tem lugar quando a situação que a justifica demanda da Administração Pública providências urgentes a fim de evitar prejuízos ou repelir os riscos de danos às pessoas, bens ou serviços, públicos ou privados.

Ademais, dentro das limitações impostas por lei, a dispensa de licitação por emergência somente deverá acontecer quando cabalmente demonstrado a potencialidade do dano que se pretende repelir, bem como a clara indicação de que essa constitui o meio adequado e suficiente para a eliminação dos riscos.

Nesses termos, ressalte-se que a dispensa por emergência do procedimento licitatório agrega caráter de excepcionalidade, podendo seu uso inadequado caracterizar ofensa aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, ensejando aplicação de sanção no âmbito administrativo, civil e criminal.

Sendo assim, vale dizer que essa é uma hipótese que possibilita diversas formas de desvio de poder, uma vez que dispensa procedimentos mais complexos, sendo a seleção da proposta quase sempre subjetiva. Aqui, o clientelismo político e o tráfico de influências junto aos órgãos públicos tentam, sempre, desmoralizar a Administração Pública.

Por isso, as autoridades fiscalizadoras, bem como a sociedade, devem sempre estar atentas, pois uma das mais utilizadas formas de desviar recursos públicos encontra-se nesse dispositivo.

Para coibir tais condutas personalistas e imorais da Administração Pública no âmbito desse procedimento, o ordenamento jurídico pátrio oferece algumas ferramentas, como a ação de Improbidade e a ação popular, embora não seja esta muito utilizada pelos cidadãos. Isso se deve, precipuamente, ao fato de que este é um tema ainda reservado à seleta comunidade jurídica. Além disso, há o tradicional “permissionismo”, que é a condição mais favorável à manutenção do modelo de administração patrimonialista

A sociedade brasileira não participa de qualquer fase do processo de escolha de quem lhe vai prestar determinada comodidade. Entretanto, para que haja efetiva participação popular, cada cidadão precisa ser devidamente conscientizado de seu papel no grupo social, motivado a interferir nas questões públicas e preparado para atuar individual e coletivamente. Do contrário, a sociedade estará fadada a contemplar a moralidade e a impessoalidade somente nos textos jurídicos, sem que possa, efetivamente, saborear suas vantagens.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 9 nov. 2015.

BRASIL. Lei das Licitações. **Lei n. 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/L8666cons.htm. Acesso em: 9 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **REsp 1315077/DF**. 5ª Turma. 28 ago. 2012. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;resp:2012-08-28;1315077-1214538>. Acesso em: 9 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão 1029/2011 – Plenário (AC-1029-13-11-P)**. Disponível em: www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/.../AC_1029_13_11_P.doc. Acesso em: 9 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão 1138/2011 – Plenário (AC-1138-15/11-P)**. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d4c454741444f2d3931333939&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>. Acesso em: 9 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão 37-2000 – Plenário (AC-0037-10/00-P)**. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_AC00371000P.pdf. Acesso em: 9 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Decisão 347/94 – Plenário**. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19940106%5CGERADO_TC-18400.pdf. Acesso em: 9 nov. 2015.

CHARLES, Ronny. **Lei de Licitações Públicas Comentadas**. Salvador: JusPodivm, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Vade-mécum de Licitações e Contratos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GASPARINI, Dógenes. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

RONDÔNIA. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE-RO). **Decisão 021/2012/GCJGM**. Disponível em: <www.tce.ro.gov.br>. Acesso em:

SANTOS FILHO, José Carvalho dos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: 2013.