

A DISPENSA DE LICITAÇÃO EM SITUAÇÃO EMERGENCIAL GERADA POR DESÍDIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

DANIELE DIAS MARTINS

Analista de Correios Jr, Advogada, Analista IX dos Correios. Especialista em Ministério Público – Estado Democrático de Direito – área de concentração em Direito Constitucional pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Curitiba-PR. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera – Uniderp, Campo Grande/MS.

RESUMO

O estudo visa demonstrar que o interesse público deve ser atendido em qualquer circunstância, sendo supremo e indisponível. No decorrer deste trabalho será apresentada a possibilidade de dispensa de licitação nos casos de emergência e calamidade pública, abordando de modo específico a possibilidade de contratação direta diante da existência de emergência fabricada pela própria Administração Pública. Serão abrangidas as cautelas a serem tomadas em contratações dessa natureza, considerando o entendimento do Tribunal de Contas da União e da doutrina administrativista. Por fim, será tratado acerca da necessidade imperiosa de se efetuar a apuração de responsabilidade do agente público que gerou a situação emergencial, por dolo ou culpa, levando a Administração a fazer uso da contratação direta em detrimento da licitação.

Palavras-chave: Dispensa de licitação. Desídia. Responsabilidade.

ABSTRACT

The research has the objective to demonstrate that the public interest must be preserved at any circumstance, because it is supreme and unavailable. As this research goes on it will be shown the possibility to exempt public tendering in cases of emergency and state of emergency, treating in a specific way about the possibility to directly firm contracts up against an emergency caused by Public Administration. It will be shown the careful to have in contracts of this kind, according to the judgments of the Federal Court of Auditors and administrative literature. Finally, it will be discussed about the necessity to investigate the responsibility of the public officer that caused the emergency situation, and if it was committed intentionally or by negligence, taking Public Administration to directly firm contracts exempting public tendering.

Keywords: Exempt of public tendering. Careless. Responsibility.

Sumário: 1. Introdução. 2. Licitação e contratação direta. 2.1 Dispensa de licitação por emergência ou por calamidade pública. 2.1.1 Do conceito de emergência e demais requisitos do inciso IV, artigo 24 da Lei 8.666/93. 3. A dispensa de licitação em casos de emergência fabricada. 3.1 Da apuração de responsabilidade. 4. Conclusão.

1. Introdução

As contratações públicas, por determinação constitucional, devem ser precedidas de certame licitatório. Ocorre que, em casos excepcionais, a lei permite a dispensa ou a inexigibilidade de licitação. Dentre os casos de dispensa de licitação temos as situações de emergência ou calamidade pública, desde que presentes determinados requisitos legalmente estabelecidos.

Neste contexto, o problema que se apresenta é o cabimento da contratação mediante dispensa de licitação nos casos de “emergência fabricada”, ou seja, quando a situação emergencial nasce da desídia da própria Administração.

Nessas situações, em que a emergência decorre de falta de planejamento, desídia administrativa ou má gestão de recursos, por culpa ou dolo do agente público, os órgãos de controle por muitas vezes repudiam a contratação direta, em sacrifício do interesse público.

O presente trabalho de pesquisa justifica-se pela necessidade de se buscar entendimentos que garantam a proteção dos bens em risco, ainda que a emergência tenha sido “fabricada”.

Pretende-se demonstrar que, se por um lado temos a responsabilidade do agente público pela emergência “fabricada”, que afastaria a possibilidade de contratação direta, por outro lado, temos o interesse público que requer a atuação imediata da Administração. Isto nos leva à busca de uma síntese, que seria o atendimento ao interesse público e, paralelamente, a responsabilização do agente desidioso ou, até mesmo, ímprobo.

2. Licitação e Contratação Direta

Por determinação do diploma legal que encabeça o ordenamento jurídico brasileiro, os contratos de obras, serviços, compras e alienações só podem ser firmados pela Administração Pública através de processo de licitação, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, ressalvados os casos especificados na legislação. É assim que dispõe o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal.

O procedimento licitatório se presta não apenas para que a Administração selecione a proposta mais vantajosa, mas também para garantir isonomia na participação dos particulares que preencham os requisitos do instrumento convocatório.

Conforme assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 300), “a licitação equivale a uma oferta dirigida a toda a coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais e regulamentares constantes do edital”.

Para Edgar Guimarães (2002, p. 36):

[...] a figura jurídica da licitação apresenta-se como importante instrumento de controle da moralidade e da probidade na atuação administrativa, pois possibilita a escolha de um contratante e sua proposta com absoluta isenção de quaisquer fatores ou elementos subjetivos, permitindo a eleição da oferta mais vantajosa para a Administração Pública.

A legislação infraconstitucional, Lei 8.666/1993, através da qual a União exerceu sua competência de editar normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, dispôs sobre as exceções ao certame licitatório, conforme ressalvado pela Constituição Federal.

Dentre os casos em que a Lei 8.666/1993 permite a contratação direta, temos as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

A inexigibilidade, prevista no artigo 25 da lei em comento, diz respeito às situações em que não há possibilidade de competição, sendo inviável a licitação, haja vista só existir um objeto ou um único fornecedor que possa atender ao interesse da Administração.

Já a dispensa de licitação, prevista no artigo 24 da mesma lei, traz casos em que a competição é viável, mas o legislador facultou à Administração a contratação direta, em virtude de certas circunstâncias, descritas nos incisos do artigo 24, pressupondo que nesses casos o interesse público será atendido com maior eficácia mediante a contratação direta.

As hipóteses do artigo 24 da Lei 8.666/1993 são hipóteses de licitação dispensável, que “é toda aquela que a Administração pode dispensar se assim lhe convier” (MEIRELLES, 2001, p. 262).

O regime jurídico-administrativo é pautado pelos princípios da supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público. Para Celso Antonio Bandeira de Mello (2005), a supremacia do interesse público é a fonte de prerrogativas da Administração, ao passo que a indisponibilidade do interesse público dá origem às sujeições.

Assim, a possibilidade de dispensar a licitação em determinadas circunstâncias, em detrimento da isonomia aos particulares, surge como uma prerrogativa do poder público, corolário da supremacia do interesse público.

2.1 Dispensa de Licitação por Emergência ou Calamidade Pública

Uma das situações em que a lei dispensa a licitação é a ocorrência de uma emergência ou calamidade pública, nos termos do inciso IV do artigo 24, da Lei 8.666/1993, *in verbis*:

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;

(...)

Como se vê, o artigo 24, inciso IV, da lei 8.666/1993 apresenta ao agente público a faculdade de dispensar a licitação nos casos de acontecimentos emergenciais que possam ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

A contratação feita nesses moldes é improrrogável e deverá se restringir aos 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 dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade.

Como toda exceção, os dispositivos legais referentes à dispensa de licitação devem ser aplicados restritivamente. Por isso, muitas indagações surgem ao agente público no momento de identificar se a situação concreta comporta ou não a exceção legal.

A situação se agrava com o rigorismo advindo dos órgãos de controle que, não raras vezes, imputam responsabilidade pessoal aos agentes públicos por dispensa inadequada de licitação.

Colacionamos algumas decisões do Tribunal de Contas da União para demonstrar o tratamento dado nestas situações, sob diversos aspectos:

Ementa: determinação à Universidade Federal Rural da Amazônia para que, quando da aplicação do disposto no art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666/1993, observe o disposto no item ‘a.1’ da Decisão nº 347/1994-Plenário, proferida em sede de consulta, no sentido de que somente estaria justificada a contratação fundamentada nesse dispositivo legal quando “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” (item 9.3, TC-013.890/2003-3, Acórdão nº 3.022/2009-2ª Câmara DOU de 12.06.2009, S. 1, p. 118).

Ementa: determinação à Subsecretaria de Assuntos Administrativos Secretaria Executiva do Ministério dos Transportes para que se abstenha de adotar dispensa de licitação prevista no inc. IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993 (emergência), em decorrência de falta de planejamento ou desídia dos departamentos encarregados pelo andamento do processo, apurando as causas e a eventual responsabilidade administrativa quanto às falhas apontadas (item 1.5.1.1, TC-019.441/2007-7, Acórdão nº 22/2010-1ª Câmara, DOU de 29.01.2010, S. 1, p. 189).

Ementa: determinação à Seção Judiciária Federal no Estado de Pernambuco para que observe, nas contratações com fundamento no art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666/1993 (dispensas emergenciais), que os contratos somente poderão vigorar pelo tempo necessário para se concluir a licitação, não podendo o prazo máximo ultrapassar o período previsto no referido dispositivo (item 1.6.2.3, TC-016.139/2006-0, Acórdão nº 5.076/2008-1ª Câmara, DOU de 05.12.2008, S. 1, p. 120).

Ementa: determinação ao Ministério da Integração Nacional para que – em relação à tomada de contas especial por ele instaurada para apurar os danos decorrentes da destruição de um vertedouro de emergência em barragem – observasse os preceitos a seguir: a) a apuração dos fatos deve conter elementos de prova/convicção suficientes para se definir qual foi a conduta dos agentes públicos e demais responsáveis envolvidos (agentes solidários ou não); b) a identificação dos responsáveis deve demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta deles e o dano; c) a quantificação do débito deve abranger todas as despesas custeadas com recursos federais para a realização das obras emergenciais e de recuperação do vertedouro complementar da barragem, como os valores repassados por 2 convênios que tiveram essa finalidade, inclusive as despesas com os serviços técnicos realizados para a identificação dos problemas e proposta das soluções (itens 9.1.1 a 9.1.3, TC-006.344/2008-4, Acórdão nº 670/2009-Plenário, DOU de 09.04.2009, S. 1, p. 127).

Ementa: determinação ao Banco Central do Brasil para que, quando realizar contratação emergencial ou renovação de instrumento de contrato, observe rigorosamente, além do disposto no art. 24, inc. IV, c/c o art. 26, parágrafo único, incisos I a III da Lei nº 8.666/1993, a necessidade de só efetivar contratações diretas de entidades após comprovação da compatibilidade dos preços praticados com os de mercado, mediante pesquisa de preços em pelo menos três empresas do ramo, devendo a documentação pertinente constar do respectivo processo de dispensa ou inexigibilidade (item 1.5.1.1, TC-020.748/2008-5, Acórdão nº 6.499/2009-1ª Câmara, DOU de 20.11.2009, S. 1, p. 220).

Ementa: alerta à Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri no sentido de que: a) utilização do instituto da dispensa de licitação por emergência somente nos casos em que se comprovar a presença dos pressupostos estabelecidos pela Lei nº 8.666/1993, no seu art. 24, inc. IV, em que não haja realmente possibilidade de se realizar um procedimento licitatório normal, ante os prejuízos que isso poderia causar; b) instrução dos processos de dispensa por emergência com a necessária e imprescindível justificativa de preços, não sendo suficiente apenas a inserção das cotações de preços obtidas com três ou mais empresas desacompanhada de análise fundamentada dos valores apresentados e contratados (itens 1.5.1.2 e 1.5.1.3, TC-015.455/2009-0, Acórdão nº 4.442/2010-1ª Câmara DOU de 28.07.2010, S. 1, p. 188).

Ementa: alerta à Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior no sentido de que, caso não tenha finalizado um novo processo licitatório quando expirada a vigência de um contrato de 2009, poderá ser realizada contratação emergencial, em caráter excepcional e com fundamento no interesse público, tão somente por prazo suficiente à conclusão do processo licitatório e para a prestação dos serviços que não possam sofrer solução de continuidade, apontando os problemas que poderão advir da paralisação de tais serviços e comprovando a ocorrência de prejuízo ao interesse público, sendo que a imprescindibilidade dos serviços e a essencialidade das atividades deverão estar expressamente demonstradas e justificadas no respectivo processo, apenas durante o prazo necessário para a conclusão do novo processo licitatório, observando as disposições relativas às contratações emergenciais, em especial aquelas contidas no art. 26 da Lei nº 8.666/1993 (item 9.2, TC-001.136/2009-7, Acórdão nº 470/2011- Plenário, DOU de 17.03.2011, S. 1, p. 118).

Ementa: determinação à Seção Judiciária Federal no Estado de Pernambuco para que observe, nas contratações com fundamento no art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666/1993 (dispensas emergenciais), que os contratos somente poderão vigorar pelo tempo necessário para se concluir a licitação, não podendo o prazo máximo ultrapassar o período previsto no referido dispositivo (item 1.6.2.3, TC-016.139/2006-0, Acórdão nº 5.076/2008-1ª Câmara, DOU de 05.12.2008, S. 1, p. 120).

Como se vê, as ressalvas do órgão de controle vão desde a caracterização de “emergência”, necessidade de justificativa de preço e observância do prazo máximo permitido pela lei para a contratação, até a ocorrência da chamada “emergência fabricada”, ocasionada por desídia da própria Administração.

“O Tribunal de Contas tem como mister a verificação técnica dos dispêndios e investimentos da Administração Pública” (FRANÇA, 2011, p. 98). Decorre daí a importância de se conhecer de modo aprofundado as possibilidades legais e seguras de aplicação do inciso IV do artigo 24 da Lei 8.666/1993, a fim de evitar apontamentos dos órgãos de controle, sobretudo do Tribunal de Contas da União.

2.1.1 Do Conceito de Emergência e Demais Requisitos do Inciso IV, Artigo 24 Da Lei 8.666/93

A doutrina procura conceituar “emergência” para fins de aplicação da dispensa de licitação. Vejamos o conceito ensinado por Marçal Justen Filho:

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. (2012, p. 339)

O doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes assevera que “compõe a situação de emergência, na finalidade desse dispositivo, certa dose de imprevisibilidade da situação e a existência de risco em potencial a pessoas ou a coisas, que requerem urgência de atendimento.” (2007, p. 366).

O Tribunal de Contas da União, em seu Acórdão 383/2003 – Plenário, teve a oportunidade de reafirmar decisões anteriores, arrolando os requisitos para a contratação direta por emergência. Segundo a referida decisão, a urgência precisa ser concreta e efetiva do atendimento emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens, à saúde ou à vida de pessoas. Além disso, o TCU assevera que o risco, para justificar a dispensa de licitação, deve ser iminente e especialmente gravoso, e a contratação deve se prestar efetivamente para afastar esse risco.

Seguem os requisitos elencados pela decisão da Corte de Contas:

- a1) que a situação adversa, dada como 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;
- a.2) 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;
- a.3) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso;
- a.4) 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. (TCU - Acórdão 383/2003 – Plenário).

Compete ao administrador avaliar todas as circunstâncias da situação concreta, averiguando se estão presentes todos os requisitos definidos pelo Tribunal de Contas da União, inclusive se a situação pode ou não ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação.

Cumpra ressaltar a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade nessas situações:

A proporcionalidade é comumente tratada como sinônimo de razoabilidade, no entanto, é possível fazer uma distinção entre elas, embora estejam intimamente ligadas. A razoabilidade evita que a aplicação da lei gere resultados absurdos, pois nenhuma lei será pertinente se suas consequências extrapolarem o padrão de normalidade. Já o princípio da proporcionalidade exige do aplicador do Direito a

adequação dos fins que objetiva atingir com os meios necessários para tanto. Em outras palavras, o uso dos meios deve ter a intensidade necessária para o alcance dos fins (MARTINS, 2009, p. 56).

Assim sendo, não encontra respaldo legal aquela contratação direta que não tenha vinculação com a emergência ou que não se preste a estancar os riscos que se apresentam em decorrência da emergência. A contratação deve ser um meio adequado e eficaz para o fim de atender à situação emergencial.

Por sua vez, a imprevisibilidade da situação emergencial reforça que não havia meios da Administração agir preventivamente para evitar o risco a pessoas e bens.

São exemplos de situações imprevisíveis e inevitáveis, assim aceitos pela doutrina e jurisprudência: o caso em que um contrato de serviço contínuo, como limpeza ou vigilância, esteja sendo executado por empresa que, sem sinais prévios, vem a descumprir suas obrigações de forma a gerar a rescisão unilateral da avença, ocasião em que se fará necessária a contratação direta enquanto a Administração providencia novo processo licitatório; situação em que a Administração inicia o processo licitatório com a antecedência necessária, porém, no decorrer do certame, os licitantes ingressam com medida judicial questionando determinada decisão da autoridade administrativa, ocasionando a suspensão do processo licitatório; quando bens públicos são atingidos por fenômenos naturais de grandes e inesperadas proporções, como vendavais e tempestades, que geram a necessidade de ação imediata do administrador para sanear os danos.

Nesses casos, é inconteste que a contratação direta, nos termos do artigo 24, inciso IV da Lei 8.666/1993, se faz cabível, pois não se verifica a ocorrência de culpa ou dolo de agente público que tenha gerado a emergência, dada a imprevisibilidade das situações.

Por outro lado, são inúmeras as situações em que o interesse de bens e pessoas é colocado em risco em virtude da incúria da Administração, pela chamada emergência fabricada, conforme se passará a dispor.

3. A Dispensa de Licitação em Casos de Emergência Fabricada

Embora o dispositivo legal que prevê a possibilidade de dispensa de licitação em casos emergenciais e de calamidade pública tenha o intuito de salvaguardar o interesse público nas situações de urgência, muitos são os casos em que a situação emergencial é gerada por desídia da própria Administração Pública, a chamada emergência “fabricada”.

A emergência “fabricada” nada mais é do que aquela proveniente de culpa ou dolo do agente público, que falha no cumprimento de seus deveres funcionais, gerando uma situação emergencial por falta de planejamento, por inércia ou morosidade nos trâmites necessários para a licitação, por administração inadequada de recurso, por desídia.

Importante observar que, o requisito segundo o qual a dispensa de licitação só é possível se a situação adversa não for gerada, total ou parcialmente, pela culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação, não é requisito imposto pelo legislador.

O inciso IV do artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos exige a existência de urgência de atendimento de uma situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços e equipamentos. A lei não trata da origem da situação emergencial.

Por outro lado, tanto a doutrina quanto a jurisprudência dos órgãos de controle, tomaram o cuidado de afastar a possibilidade de contratação direta nos casos de emergência fabricada, justamente para evitar que toda e qualquer situação viesse a se tornar emergência capaz

de ensejar a dispensa de licitação.

Esse foi, por determinado tempo, o entendimento do Tribunal de Contas da União, pois, conforme já visto, o primeiro dos requisitos arrolados pelo Acórdão 383/2003 – Plenário, é que “a situação adversa, dada como 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”.

Houve, no entanto, uma evolução recente neste entendimento, pois vedar a contratação direta nos casos de emergência fabricada significa, muitas vezes, sacrificar interesses públicos indisponíveis.

Para Edgar Guimarães (2008), se, por um lado, a utilização da emergência decorrente de inoperância ou inércia do administrador público é incorreta, por outro lado, instaurada a emergência, ainda que “artificialmente” criada, a proteção do interesse público enseja o emprego dessa solução, cabendo à Administração, posteriormente, apurar as responsabilidades dos agentes que deram causa àquela situação.

Tendo em vista, portanto, a necessidade de tutela do interesse público acima de tudo, o Tribunal de Contas da União vem mitigando a posição tradicional, segundo a qual, a contratação direta emergencial só seria cabível em casos de ausência de desídia na geração da emergência. Vejamos os seguintes julgados:

[...] De fato, tenho defendido a necessidade de se separar a ausência de planejamento da contratação emergencial propriamente dita, pois entendo que a contratação emergencial se dá em função da essencialidade do serviço ou bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornam imperativa a imediata contratação (Acórdão nº 1599/2011, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar).

[...] A contratação emergencial se dá em função da essencialidade do serviço ou bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornam imperativa a imediata contratação. Na análise de contratações emergenciais não se deve buscar a causa da emergência, mas os efeitos advindos de sua não realização. A partir dessa verificação de efeitos, sopesa-se a imperatividade da contratação emergencial e avalia-se a pertinência da aplicação, pelo Administrador, da excepcionalidade permitida pelo art. 24, IV, da Lei de Licitações. [...] não pode o administrador incorrer em duplo erro: além de não planejar suas atividades, permitir que a sua desídia cause maiores prejuízos à Administração e/ou terceiros.” (Acórdão nº 1.138/2011, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar)

[...] essas contratações emergenciais seriam irregulares no entendimento deste Tribunal, Decisão n. 347/1996 – Plenário, segundo o qual seria aplicável a dispensa de licitação, *in casu*, desde que: ‘(...) a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, de falta de planejamento, de 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’. **Todavia, cumpre destacar a evolução jurisprudencial deste Tribunal acerca da matéria, mediante o Acórdão n. 46/2002 – Plenário, segundo o qual a contratação direta também seria possível quando a situação de emergência de-**

corresse de falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois, a 'inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração'. (Acórdão nº 285/2010, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, grifo nosso).

Também a Advocacia Geral da União expediu a Orientação Normativa abordando o assunto, nestes termos:

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 (Orientação Normativa nº 11/AGU, de 01/04/2009).

É possível afirmar, desta forma, que mesmo na ocorrência de falha administrativa a contratação emergencial é cabível, desde que haja instauração do competente processo administrativo para apurar a responsabilidade correspondente, conforme já decidiu o TCU:

O entendimento de que, uma vez constatada a situação emergencial, a licitação deve ser dispensada, não afasta a apuração da responsabilidade dos administradores que incorreram em desídia ou má gestão, contribuindo para que o quadro se tornasse crítico. Nesse sentido, não há contradição entre a conclusão da escorreita realização de contratação por meio de dispensa de licitação, que ora apresento, e a realização do procedimento licitatório, a que me referi anteriormente (Acórdão nº 2.705/2008, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler).

O entendimento doutrinário encontra-se em consonância com a Corte de Contas, no sentido de que, mesmo havendo culpa ou dolo do administrador, será possível efetuar a contratação direta, com a correspondente apuração de responsabilidade do agente que gerou a necessidade de dispensa de licitação.

Nesse sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2007, pgs. 369/370):

Relevante questão que se apresenta diz respeito à verificação da conduta do administrador e se a mesma, quando caracterizada como desidiosa, deve implicar a impossibilidade de a Administração servir-se desse dispositivo que autoriza a dispensa de licitação. A resposta é negativa. Efetivamente, se ficar caracterizada a emergência e todos os outros requisitos estabelecidos nesse dispositivo, que serão estudados a seguir, pouco importa que a mesma decorra da inércia do agente da administração 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** (grifo nosso).

O administrativista Marçal Justen Filho (2012, p. 341), também comunga dessa posição:

Isso não significa afirmar a possibilidade de sacrifício de interesses perseguidos 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. Assim, atinge-se o termo final de um contrato sem que a licitação necessária à nova contratação tenha sido realizada. Isso coloca a Administração diante do dilema de fazer licitação (e cessar o atendimento a necessidades impostergáveis) ou realizar a contratação direta (sob invocação da emergência). O que é necessário é verificar se a urgência existe efetivamente e, ademais, se a contratação é a melhor possível nas circunstâncias. **Deverá fazer-se a contratação pelo menor prazo e com o objeto mais limitado possível, visando a afastar o risco de dano irreparável. Simultaneamente, deverá desencadear-se a licitação indispensável.** Ou seja, **a desídia administrativa não poderá redundar na concretização de danos irreparáveis aos valores buscados pelo Estado, mas se resolverá por outra via.** Comprovando-se que, mediante licitação formal e comum, a Administração teria obtido melhor resultado, o prejuízo sofrido deverá ser indenizado pelo agente que omitiu as providências necessárias. Ademais disso, deverá punir-se exemplarmente o agente público que omitiu o desencadeamento da licitação (grifo nosso).

Sendo assim, há necessidade de que, paralelamente ao processo de contratação direta, a Administração promova a apuração dos fatos que deram causa à emergência, a fim de concluir se houve falha por culpa do agente público ou até mesmo a ocorrência de um ato doloso.

3.1. Da Apuração de Responsabilidade

A necessidade de realizar a apuração de responsabilidade é decorrente do princípio da indisponibilidade do interesse público, a Administração não pode se eximir de apurar a responsabilidade de seus agentes que praticam irregularidades, dolosas ou culposas, por ação ou omissão.

Assim, ao mesmo tempo em que a dispensa de licitação pode ser aceita em caso de emergência fabricada pelo princípio da supremacia do interesse público, o qual deve ser atendido acima de tudo, o princípio da indisponibilidade do interesse público vem obrigar a Administração a responsabilizar o agente que colaborou para a “fabricação” da emergência.

Conforme disserta Jacoby Fernandes (2007, p. 370), é “indeclinável o dever de penalizar o gestor que age com desídia ou negligência na obrigação de prever as situações que possam causar dano à sociedade ou à Administração”.

O princípio da moralidade também exige que providências sejam tomadas diante de um agente ímprobo ou desidioso, de forma que, se a autoridade competente não agir de modo a apurar a responsabilidade pela emergência fabricada, é ela própria quem poderá vir a ser responsabilizada, conforme lição de Inocêncio Mártires Coelho (2010, pgs. 968/969):

O princípio da moralidade densifica o conteúdo dos atos jurídicos, e em grau tão elevado que a sua inobservância pode configurar improbidade administrativa e acarretar-lhe 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, se sua conduta configurar, também, a prática de ato tipificado como crime, consoante o disposto no § 4º do art. 37 da Constituição.

O Código Penal, em seu artigo 320, tipifica o crime de condescendência criminosa,

descrito como “deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente”.

Não se olvide também que, em matéria de licitações, o artigo 89 da Lei 8.666/1993 tipifica como crime, punível com detenção de 03 a 05 anos e multa, a conduta de dispensar a licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixar de observar as formalidades pertinentes. Assim sendo, se a dispensa de licitação por fato emergencial não estiver fundada em elementos concretos, plausíveis e exaustivamente justificados, o administrador poderá sofrer ação penal com base no dispositivo em comento.

Para Marçal Justen Filho (2012), se ficar comprovado que mediante licitação formal e comum a Administração teria obtido melhor resultado do que pela contratação direta emergencial, o prejuízo deverá ser indenizado pelo agente que omitiu as providências necessárias, devendo-se punir exemplarmente o agente público que omitiu o desencadeamento da licitação.

A responsabilidade dos servidores e as diversas esferas de apuração é assunto abordado com maestria por Odete Medauar (2011, pgs. 319/320):

Se a conduta inadequada afeta a ordem interna dos serviços e vem caracterizada somente como infração ou ilícito administrativo, cogita-se, então, da responsabilidade administrativa, que poderá levar o agente a sofrer sanção administrativa. Essa responsabilidade é apurada no âmbito da Administração, mediante processo administrativo e a possível sanção é aplicada também nessa esfera. Se o agente, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, causou dano à Administração, deverá repará-lo, sendo responsabilizado civilmente. A apuração da responsabilidade civil poderá ter início e término no âmbito administrativo ou ter início nesse âmbito e ser objeto, depois, de ação perante o Judiciário. Se a conduta inadequada do agente afeta, de modo imediato, a sociedade e vem caracterizada pelo ordenamento como crime funcional, o servidor será responsabilizado criminalmente, podendo sofrer sanções penais. A responsabilidade criminal do servidor é apurada mediante processo penal, nos respectivos juízos. É possível que a mesma conduta configure infração administrativa, acarrete dano à Administração e seja tipificada como crime. Neste caso, o servidor arcará com as consequências da responsabilidade administrativa, civil e criminal, pois as três têm fundamento e natureza diversos. O mesmo se aplica na ocorrência de duas modalidades de infração.

A apuração de responsabilidade é, portanto, imperiosa e não pode ser desprezada, principalmente nos casos de contratações diretas sem observância das disposições legais, pois, a dispensa de licitação é uma exceção e, como tal, deve ser interpretada e aplicada restritivamente.

O gestor que trata a coisa pública como se sua fosse, está fadado à responsabilização por todos os seus atos, que poderão, inclusive, subsumirem-se às hipóteses de improbidade administrativa tipificadas na Lei 8.249/1992, ocasião em que serão cabíveis penalidades que envolvem não apenas o ressarcimento do dano, mas também multa civil, perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, a depender do enquadramento da conduta, que pode ser ato que importe em enriquecimento ilícito e/ou que cause prejuízo ao erário e/ou que atente contra os princípios da Administração Pública.

4. Conclusão

A possibilidade de dispensar a licitação se traduz em uma prerrogativa da Administração Pública em decorrência da supremacia do interesse público, porém, só pode ocorrer nos casos tipificados na Lei 8.666/1993, artigo 24, dentre os quais, temos a dispensa de licitação em situações emergenciais ou de calamidade pública.

Em casos de emergência fabricada, quando a Administração não age tempestivamente, deixando de tomar as providências necessárias à realização da licitação que era previsível, a supremacia do interesse público permite a contratação direta, desde que, concomitantemente, seja apurada a responsabilidade do agente desidioso, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público.

Vemos, portanto, a aplicação simultânea dos princípios basilares do regime jurídico-administrativo, fontes de todas as prerrogativas e sujeições da Administração Pública.

O interesse público, traduzido pela segurança de pessoas e bens, não pode ser sacrificado em decorrência do mau agir do agente público. Desta forma, os órgãos de controle vêm permitindo a contratação direta, observados os requisitos legais, desde que seja apurada a responsabilidade respectiva, para ressarcimento ao erário.

Compete ao administrador, ao fazer uso da dispensa de licitação emergencial, cercar-se de todas as cautelas possíveis para fundamentar sua decisão no atendimento ao interesse público, demonstrando quais consequências danosas poderão advir da ausência de contratação.

5. Referências

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Código penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2013.

BRASIL. **Lei de licitações e contratos administrativos (1993)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 10 nov. 2013.

BRASIL. Lei 8.429/1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 10 nov. 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. Princípios constitucionais da administração pública. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 960-969.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Editora Jurídica Atlas, 2004.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da Administração Pública**: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GUIMARÃES, Edgar. **Contratação direta**: comentários às hipóteses de licitação dispensável e inexigível. Curitiba: Negócios Públicos Editora, 2008.

GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitação e contratos administrativos**. São Paulo: Editora Dialética, 2012.

MARTINS, Daniele Dias. **A relatividade dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito**. Curitiba, 2009. 56 f. Monografia (Especialização em Ministério Público – Estado Democrático de Direito, na área de concentração em Direito Constitucional) - Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. atual. por AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.