

Dispensa de Licitação por Emergência (2)

Antônio Carlos Cintra do Amaral

O dever da Administração de contratar por emergência

Se a licitação é a regra, a dispensa e a inexigibilidade de licitação são exceções. Na Lei 8.666/93, a dispensa de licitação é prevista, basicamente, no art. 24. A inexigibilidade, no art. 25.

Dentre os casos de dispensa de licitação, situa-se a emergência (art. 24, IV, da Lei 8.666/93). A meu ver, essa não é hipótese de **dispensabilidade** de licitação, mas sim de **dever jurídico de contratar sem licitação**.

Já tive, em meu “*Licitações nas Empresas Estatais*” (São Paulo, McGraw Hill, 1979), oportunidade de discorrer sobre as contratações por emergência, sem licitação prévia. Disse, na época (p. 54):

“A emergência é, a nosso ver, 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 de licitação, com os prazos e formalidades que exige, pode causar prejuízo à empresa (obviamente prejuízo relevante) ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou, ainda, provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas. Quando a realização de licitação não é incompatível com a solução necessária, no momento preconizado, não se caracteriza a emergência.”

Acrescentei (ob. e p. cits.):

“Há que usar essa faculdade com o devido cuidado. Sobretudo se deve atentar que muitas vezes a emergência resulta não do imprevisível,

mas da falta de providências tomadas no momento oportuno pelas unidades técnicas ou administrativas da empresa. Na prática, ocorre com frequência o adiamento de decisões, ou a falta de planejamento ou programação de atividades, de modo que, em um dado momento, a contratação passa a ser emergencial.

*Se, por exemplo, falta uma peça essencial ao funcionamento de um determinado equipamento, utilizado diariamente, peça essa a ser adquirida em 24 (vinte e quatro) horas, temos que distinguir duas hipóteses: ou essa falta decorreu efetivamente de um imprevisto ou resultou de uma falha administrativa (por exemplo: o procedimento de compra da peça está a arrastar-se nos trâmites burocráticos, possivelmente até esquecido na gaveta de um servidor). **Ambas as situações são emergenciais. Cabe, pois, a dispensa de licitação. Mas na segunda hipótese o responsável pela falha administrativa deve ser responsabilizado.** A não responsabilização, nessa hipótese, do servidor da empresa pode significar, na prática, estímulo à provocação proposital de situações emergenciais, com o objetivo de tornar dispensável a licitação, o que só prejuízos pode acarretar para a entidade.” (grifos atuais)*

Reitero hoje essas considerações. Considero relevante, porém, aduzir alguns esclarecimentos.

Existe, com frequência, confusão entre **urgência de contratar** e **urgência de executar o contrato**. Vale dizer: não basta ter urgência de firmar o contrato, mas sim de contratar com urgência para também com urgência executar o objeto contratual.

Muitas vezes, a Administração contrata rapidamente e o objeto contratual é executado com lentidão. Assim, deve a Administração tomar cuidados, tais como:

- a) determinar o prazo máximo (possível) para a execução do objeto contratual, levando em conta os interesses da parcela da sociedade, beneficiada ou a ser beneficiada; e
- b) verificar se esse prazo pode ser cumprido mesmo que realizada licitação, sem esquecer ou ignorar que:
 - b.1) a licitação é a regra;
 - b.2) a licitação é necessariamente lenta, como afirma **QUANCARD**, lentidão essa decorrente da rigidez formal (prazos legais para apresentação de propostas, tempo necessário à análise dos documentos para habilitação e à comparação das propostas apresentadas e incidentes procedimentais, como, por exemplo, impugnações, recursos administrativos e medidas judiciais).

Na hipótese de verificar que o cumprimento do prazo máximo determinado para execução do objeto é incompatível com a realização de licitação, **deve** a Administração

escolher, para contratação direta, executante que possua capacidade jurídica e regularidade fiscal e preencha os requisitos de capacidade técnica e econômico-financeira compatíveis com a complexidade e o porte do objeto a executar.

Friso mais: o executante há de ser de absoluta confiança. Já que o prazo passa a ser o elemento determinante da decisão de não licitar, a confiabilidade se torna mais importante, exatamente porque diante de caso excepcional também excepcional deve ser a confiabilidade. Ao dispensar a licitação para uma contratação, com fundamento na emergência, a Administração está arriscando-se a, se não cumprido o prazo determinado, ver frustrar-se seu objetivo de atender ao interesse social subjacente, **apesar da medida excepcional tomada.**

A decisão de não licitar decorre de uma valoração subjetiva da situação e do interesse social envolvido. Quando a norma menciona **prejuízo**, este deve ser interpretado em sentido amplo. Não me parece existir dúvida de que prejudicada fica a parcela da sociedade envolvida, direta ou indiretamente, quando, por exemplo, uma obra pública não é posta à sua disposição no **prazo adequado**. O conceito de **prazo adequado** comporta um certo grau de subjetividade e é determinável em cada caso.

Não pretendo dizer que o juízo sobre a urgência seja **arbitrário**. O interesse determinante da não realização da licitação é o interesse social (**interesse coletivo primário**, na concepção de **ALESSI**) e não o da Administração (**interesse público secundário**, na concepção de **ALESSI**).

Configurados, pois, os pressupostos da não realização de licitação, que mencionei acima, a Administração **deve** efetuar a contratação sem o prévio procedimento licitatório. É o interesse social que exige a contratação sem licitação. Assim, a Administração **está proibida** de realizá-la, pois se o fizesse estaria contrariando o interesse social tutelado pelo ordenamento jurídico.

Enfatizo: o aumento da eficiência da Administração deve ter por objetivo atender não ao interesse da Administração, mas ao da sociedade. Exemplificando: há mero interesse da Administração (mais especificamente do agente administrativo) quando um governante decide que uma obra seja contratada e executada, em caráter de emergência, no prazo de 180 dias (máximo previsto na lei), porque seu mandato está a expirar-se e ele pretende acrescentar a obra ao “*curriculum*” de sua administração; há interesse social quando se decide que uma obra pública seja contratada e executada, em caráter de emergência, no mesmo prazo de 180 dias, para coincidir com a colheita de um produto agrícola importante, em uma determinada região, e assegurar seu pronto escoamento.

A noção de que a Administração Pública tem o **dever** e não o **poder** de dispensar a licitação por emergência ganha maior relevância quando se trata de aplicar o art. 24, IV, da Lei 8.666/93. Esse dispositivo estabeleceu o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos para os contratos por emergência, **vedada sua prorrogação.**

Sobre esse dispositivo, buscarei fazer algumas observações no próximo Comentário.

(Comentário CELC nº 49– 15.11.2001, divulgado no site www.celc.com.br)
Esta página é renovada quinzenalmente, nos dias 1 e 15 de cada mês