

SITUAÇÕES EMERGENCIAIS E DISPENSA DE LICITAÇÃO: O PROBLEMA DA EMERGÊNCIA "CRIADA".

Jorge Hélio Chaves de Oliveira
Procurador Assistente da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza, Professor da UNIFOR

RESUMO

Trata do princípio constitucional da licitação na Administração Pública, no Brasil. Dá ênfase às situações emergenciais reais, para dispensa de licitação, confrontando-as com a chamada "emergência criada".

ABSTRACT

It concerns about the constitutional rule to elicit in the Public Administration, in Brazil. Emphasis to fictitious emergency is also analyzed and faced to the real one.

É sobejamente sabido que a Administração Pública, em qualquer de seus âmbitos competenciais na Federação, é o canal legal e legítimo por que busca o Estado viabilizar o fim a que deve prestar-se, no trato da coisa pública: propiciar o bem comum.

Dessa forma, como não poderia deixar de ser, a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 - cujo preâmbulo já preconiza os fundamentos filosóficos de um Estado democrático de direito entre nós - reserva capítulo especial (Título III, Capítulo VII) à Administração Pública direta, indireta

e fundacional e a seus entes, dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estipulando-lhes regras principiológicas norteadoras. O artigo 37 da *Lex Fundamental*, inserido no início do compartimento constitucional prefalado, estabelece os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e outras vinte e uma normas essenciais à organização, ao funcionamento e ao exercício dos seres administrativos do Poder Público.

Encontra-se, nesse contexto, o princípio da licitação como mandamento genérico e precedente necessário - ressalvadas as exceções previstas em lei - para os contratos administrativos que envolvam compras, serviços, alienações e obras. É o que se depreende do disposto no artigo 37, XXI e parágrafos, da Lei Augusta. Visa, aí, o Legislador Constituinte a fazer prevalecer o interesse público, em detrimento dos conchavos políticos, dos "lobbies" econômico-financeiros, da vontade imediata individual ou de pequeno grupo detentor do poder político circunstancial, enquanto na gerência dos bens públicos.

As normas gerais de licitação e contratação, em todas as suas modalidades (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão e os diversos tipos de contratos previstos por lei), para a Administração Pública, em qualquer esfera de governo, deverão ser estabelecidas por lei federal - atualmente, o Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, com redações atualizadas em 1987 -, consoante o preceituado pelo artigo 22, XXVII, da Carta Magna, quando estipula as competências legislativas privativas da União, embora, no parágrafo único do mesmo artigo, se abra espaço para autorização a cada Estado Federado para legislar sobre questões específicas das matérias de competência da União, o que se dará exclusivamente mediante a aprovação de Lei Complementar à Constituição Federal.

É, portanto, admissível e até saudável que as entidades federativas autônomas elaborem seus próprios estatutos jurídicos de licitação e contratos administrativos - como já o fizeram, por exemplo, o Estado de São Paulo e o Município de Fortaleza -, sendo-lhes, todavia, defeso fugir dos padrões-fundamentos mencionados retro.

Se a regra constitucional é licitar, no que tange aos negócios firmados por entidades geridas ou controladas pelo Poder Público, há, entretanto, as hipóteses previstas no Decreto-lei nº 2.300/86, em que o procedimento licitatório é dispensado (art. 15, I e II), dispensável (art. 22, I a XI) ou, simplesmente, inexigido (art. 23, I a V) e até vedado (art. 23, § 1º).

Poder-se-ia, então, afirmar que a regra corre imenso e constante risco de ser devorada pela prática, na qual um administrador, guardadas suas competências, dispendo de "hábil" assessoria jurídica, driblaria a norma principiológica da licitação muito mais vezes do que recorreria a ela. Pura

precipitação. A postos, os Tribunais e Conselhos de Contas, na correta observância do que lhes é conferido por lei, caminham - ou devem caminhar - céleres na contra-mão daqueles que buscam burlar o legado legal.

Neste breve estudo, procuramos priorizar a preocupação com uma situação que nos parece ser a mais arrimada, dentre as polêmicas que a realidade político-administrativa brasileira nos oferece, pelos administradores mais "apressados" em prover ao bem-estar social: *os casos emergenciais e urgentes* como requisito para a dispensa de competente licitação e consequente contratação direta com particular, não sem antes cumprir a formalidade - às vezes, nem isso - de apresentar à autoridade competente, no mínimo, três propostas de possíveis fornecedores do objeto desejado, dentre as quais se escolherá - em regra, segundo o fator *menor preço* - o prestador do serviço ou vendedor do bem desejado.

É claro o artigo 22, IV, do supracitado diploma legal, quando dispõe, *in verbis*:

"Art. 22 - É dispensável a licitação:

(omissis);

IV - nos casos de emergência, quando caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;

(omissis)."

Eis um dispositivo legal de fácil compreensão gramatical, literal, sendo porém árduo seu exercício prático, haja vista a necessidade de reconhecimento, por quem de direito, da emergência real, havendo por dever distá-la da figura esdrúxula da "emergência criada" ou "fabricada", tudo dentro de sua seara competencial.

No exame de cada caso, é-se pessoal, respeitado o princípio da impessoalidade; usa-se a subjetividade, apesar de calcado em situação objetiva; visa-se a atenuar ou até a dirimir os prejuízos a serem causados a pessoas, obras, serviços, equipamentos ou a bens outros quaisquer, sejam eles públicos ou particulares, mas não se pode compactuar com a negligência administrativa e, mais que isso, deve-se combatê-la, denunciá-la, coibí-la.

O professor Hely Lopes Meirelles, de saudosa memória e admirável herança doutrinária, leciona, em sua obra *Licitação e Contrato Administrativo*:

"O reconhecimento da emergência é de valoração subjetiva, mas há de estar baseado em fatos consumados ou iminentes, comprovados ou previstos, que justifiquem a dispensa de licitação."

Seríssimo, a respeito, é o depoimento que o douto Adilson de Abreu Dallari presta, em estudo publicado na obra coordenada pelo não menos eminente Celso Antônio Bandeira de Mello, *Direito Administrativo na Constituição de 1988*:

"A licitação, hoje, se tornou a maneira mais segura de fraudar a administração, porque é perfeitamente possível manipular qualquer licitação, mediante requisitos de participação, características do produto ou critérios de julgamento injustificados e injustificáveis. Isso não ocorreria se se prestasse mais atenção à lição de Renato Alessi: o procedimento administrativo tem uma fase preliminar de tomada de decisões que vão condicionar o desenvolvimento da fase principal e essa fase preliminar é relevante para o controle da licitação."

De toda sorte, é consenso doutrinário que, sob o prisma puramente jurídico - descartadas, pois, desse enfoque as incursões políticas periféricas e adjacentes a cada caso concreto -, constituem casos emergenciais, cujo atendimento se faz urgente, sob pena de se causarem danos de reparação duvidosa e com conseqüências imprevisíveis a pessoas, obras, equipamentos, serviços e outros bens, públicos ou particulares: a necessidade de restabelecimento imediato de fiação elétrica deteriorada que ameaça incendiar um edifício, ou de conduto de água que abastece uma comunidade; a ocorrência de epidemia de cólera, de dengue ou qualquer surto epidêmico; a quebra de máquinas e equipamentos que retarde ou impossibilite a prestação de serviço público; a greve de servidores que exercem atividades consideradas essenciais, na forma da lei, cujo atendimento contínuo é inadiável à população, etc. etc.

Idêntica preocupação à que ora procuramos expor demonstram os estudiosos do Direito Administrativo Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, em seu livro *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. Ao concordarem com o preciso exame da questão em apreço compreendido por Antônio Carlos Cintra do Amaral, entendem ser condição *sine qua non*, na análise da emergência, fazer-se límpida e lúcida distinção entre a emergência "real", que provém do inevitável, e aquela resultante da incúria ou inércia administrativa, dando a ambas tratamento similar, no que concerne à necessidade premente de contratação direta, dispensada para tanto licitação, mas sem eximir, no segundo caso, "o responsável pela falha administrativa de sofrer as sanções disciplinares compatíveis." Assim, consoante pensam, satisfar-se-ia o princípio da moralidade administrativa.

Aprofundando-se, também, na conceituação do termo "emergência", o ilustre professor Carlos Pinto Coelho Motta, em seu compêndio *Licitação e Contrato Administrativo*, reporta-se ao Decreto da União, de nº 99.354, de 27.06.90, que provocou enorme celeuma e chamou a atenção da opinião

pública nacional, após ênfase dada pela imprensa, para o assunto.

Baseado em parecer favorável exarado pelo insigne Hely Lopes Meirelles, o Executivo Federal resolveu contratar diretamente, sem proceder a licitação, as obras e serviços referentes à implantação do "Programa Emergencial de Recuperação das Rodovias Federais". O Decreto *avênçado* retro caracterizava a situação aludida como emergencial e dispensava licitação para a introdução do programa em referência, o que não encontrou respaldo no discernimento do Consultor Jurídico do Ministério da Infraestrutura. Foi, então, editado outro Decreto (de nº 99.358, de 28.06.90) tornando seu efeito o anterior.

Concluiu, após esse episódio, o professor Motta: "É de se esperar que a reflexão doutrinária e a atenção do público venham impedir, para o futuro, que tais indefinições conceituais possam justificar a prática indevida da figura jurídica da dispensa de licitação, ainda mais que *'o exame da urgência refoge do exame do Poder Judiciário. . .'*" (citando R.E. 74.096 - RTJ - nº 62, p. 819).

E nós concluímos que a democratização dos procedimentos licitatórios - a partir, por exemplo, de reestudo minucioso da legislação em vigor - implica início efetivo da democratização do Estado brasileiro, sobretudo numa época em que se fala tanto e se pratica tão pouco de modernidade, e, seguramente, a democratização do Estado é uma das pilstras da democratização da própria sociedade, em última instância numa relação simbiótica e cíclica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 1991.
2. ____ *Direito Administrativo Brasileira.*, São Paulo, Ed. RT, 1989.
3. ____ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Manual Prático das Licitações*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1991.
4. MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Licitação e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte, Jurídicos Lê, 1990.
5. FIGUEIREDO, Lúcia Valle e FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e Inexigibilidade de licitação*. São Paulo, Ed. RT, 1992.
6. MUKAI, Toshio. *Estatutos Jurídicos e Contratos Administrativos*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1990.
7. MELLO, Celso Antônio Bandeira de (coordenador). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo, Ed. RT, 1991.
8. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, de 05 de outubro de 1988, Brasília, Gráfica do Senado Federal.