Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R DE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 13 – janeiro/fevereiro/março de 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

DISPENSA DE LICITAÇÃO POR EMERGÊNCIA

Antônio Carlos Cintra do Amaral Adilson
Advogado em São Paulo. Consultor e Parecerista em Direito Administrativo. Ex-Professor de Direito Econômico na Faculdade de Direito da PUC/SP.

1. Introdução. **2.** O conceito de lei nacional. **3.** Validade e eficácia jurídica das normas legais. **4.** Síntese. **5.** A concessão de serviço público no direito brasileiro. **6.** O equilíbrio econômico-financeiro da concessão. **7.** Conclusão.

As contratações efetuadas pelo Poder Público devem, em regra, ser precedidas de licitação. Nesse sentido, dispõe o art. 2º da Lei 8.666/93.

Por isso é que, enquanto nas entidades privadas o procedimento seletivo, precedente à contratação, pode ser regulado ou não por normas escritas, as entidades do setor público estão vinculadas ao procedimento da licitação nos termos da legislação aplicável, que prescreve um procedimento formal.

Com muita argúcia, o jurista argentino **HÉCTOR A. MAIRAL**, em seu "*Licitación Pública*" (Buenos Aires, Depalma, 1975, pp. 14/15), aludindo aos objetivos da licitação, que são, com pequenas variações, aceitos pela doutrina jurídica de vários países, aduz:

> *"Además de estos fines, que la doctrina destaca uniformemente, ante la importancia que las contrataciones del Estado han tomado en la economía moderna, como se ha señalado anteriormente, es posible sostener que la licitación pública cumple también una función reguladora de la actividad económica privada al canalizar el poder de compra del Estado hacia aquellas empresas que se desenpeñan con mayor eficiencia y por ende con menores costos. Desde este punto de vista, la licitación pública evita que se operen distorsiones al régimen de libre competencia que, de otra manera, serían posibles ante la existencia de un importantísimo comprador cuyo poder de decisión no*

estaría influído exclusivamente por las motivaciones económicas que rigen para los particulares".

JOSÉ AFONSO DA SILVA diz que são objetivos da licitação (*"Licitações",* in Revista de Direito Público nº 7, p. 53):

a) evitar o arbítrio e o favoritismo na designação do contratante; e

b) possibilitar contratos mais vantajosos para a Administração.

Nesses objetivos, estariam configuradas as duas modalidades de interesse público a que se refere **RENATO ALESSI** (*"Principi di Diritto Amministrativo",* 3ª. ed., Milano, Giuffrè, vol. I, 1974, pp. 226 e ss.):

a) o interesse coletivo primário, ou seja, o interesse da sociedade, protegido, no caso, em nível constitucional, pelo estabelecimento do princípio da isonomia; e

b) o interesse público secundário, do aparelho estatal, enquanto pessoa pública.

Embora tenha concordado, em trabalhos anteriores, com essa colocação de **JOSÉ AFONSO DA SILVA**, atualmente me permito efetuar ligeira alteração em meu entendimento a respeito do assunto. Buscarei expor esse entendimento.

Penso que o objetivo da licitação é a adequada execução de um contrato vantajoso. Não me parece correto dizer-se, como o faz o art. 3º da Lei 8.666/93, que é *"selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração"*.

Isso, por dois motivos:

a) ao selecionar a proposta mais vantajosa, a Administração ainda não atingiu o objetivo da licitação, na medida em que, enquanto não houver contratação, o procedimento licitatório pode ser extinto, mediante revogação ou anulação; e

b) o objetivo da licitação não é o de obter vantagem maior para uma das partes e sim um ajuste que seja satisfatório para ambas.

Contrato vantajoso significa, pois, um contrato que contemple satisfatoriamente os interesses das partes. É algo aparentemente óbvio, mas que, na prática, muitas vezes é ignorado, de boa ou de má-fé.

Não se deve esquecer, porém, que a licitação – procedimento administrativo – faz parte de um processo mais amplo: o processo de contratação. A licitação não é um fim em si mesma, assim como também não o é o contrato.

De acordo com essa concepção, parece-me que o **objetivo do processo de contratação** é:

> *"A obtenção de um serviço, um bem ou uma obra (ou, ainda, uma locação ou alienação) de acordo com o planejado, com a mínima – e se possível nenhuma – distorção, fricção ou atrito, de tal modo que as partes contratantes satisfaçam seus interesses,* ***dessemelhantes mas convergentes****".*

De nada adianta alcançar-se o objetivo da licitação se não se alcança o do processo de contratação. Obter-se um **contrato vantajoso** é condição necessária, mas não suficiente para o êxito da contratação.

Por outro lado, não me parece correto considerar-se a isonomia e a probidade administrativa como objetivos da licitação. Não que sejam irrelevantes: muito pelo contrário. Penso, porém, que o princípio da isonomia (e seus princípios instrumentais ou subsidiários, como a publicidade, a vinculação ao instrumento convocatório, a objetividade dos critérios de habilitação e julgamento e a formalidade) é um parâmetro **jurídico** dentro do qual a licitação deve ser conduzida. E a probidade administrativa é a condição **ética** necessária para que a licitação seja um procedimento sério, um jogo com regras confiáveis e para valer.

A garantia do tratamento isonômico é desafio que se coloca em cada caso. O administrador do setor público, mesmo honesto e bem intencionado, nem sempre consegue tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Muitas vezes, iguala situações desiguais, desiguala situações iguais ou desiguala desproporcionalmente (para mais ou para menos) situações desiguais.

MAIRAL (ob. cit., p. 15) cita um autor francês, **QUANCARD**, que em seu *"L'adjudication des Marchés Publics de Travaux et de Fournitures"* considera que por intermédio da licitação os resultados financeiros alcançados são apenas medianos. A experiência brasileira demonstra exatamente isso e é comum ver-se a Administração Pública contratar em condições financeiras mais desfavoráveis, freqüentemente pelo fato de preocupar-se com a garantia do tratamento isonômico e com o cumprimento das formalidades cuja observância é indispensável a esse tratamento.

Por outro lado, muitas vezes encontramos, no mundo real, licitações cujo **direcionamento** parece evidente, se bem que raramente se possa prová-lo. A probidade administrativa deve reger toda a atividade da Administração Pública, e não apenas o procedimento licitatório. Não me parece, porém, correto afirmar-se que a realização de licitação, com a conseqüente adoção de um rito formal, preserve **por si só** essa probidade. Não se fugiria à realidade jurídica e administrativa se se afirmasse que a licitação tanto pode ser um instrumento para preservar-se a probidade administrativa, quanto para traí-la, nesta hipótese sob uma capa formal enganosa.

Mais ainda: quanto à eficiência administrativa, é questionável a afirmação de que a licitação pública seja instrumento adequado para melhorá-la. Diz **QUANCARD**, citado por **MAIRAL**, que a Administração Pública é prejudicada pela rigidez do procedimento, que não permite modificações no edital, **bem como pela lentidão que caracteriza a realização da licitação**.

Não se conclua, das afirmações acima, que sou contrário à realização de licitações públicas. Quero apenas acentuar duas noções que me parecem básicas:

a) no direito brasileiro, as contratações de obras e serviços, bem como a aquisição ou alienação de bens, devem, em regra, ser precedidas de licitação; e

b) somente a ingenuidade, ou o desconhecimento total da matéria, permite que se afirme ser a licitação pública, pelo simples fato de adotada, garantidora da isonomia, do melhor resultado econômico-financeiro e da moralidade e eficiência administrativas.

Se a licitação é 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."

Reitero hoje esse conceito de emergência, que condiz com a Lei 8.666/93. Considero relevante, porém, aduzir alguns esclarecimentos.

Existe, com freqüência, 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 que 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**). Vale citar **JOSÉ ROBERTO DROMI**, que escreve sobre o assunto, entre outras

coisas (*"La Licitación Pública",* Buenos Aires, Editorial Astrea, 1977, pp. 166/168):

"La urgencia debe ser especial, particular, para un caso determinado, y real.
.....
La urgencia es una cuestión de hecho, concreta, como ya dijimos, que debe ser examinada en particular por la autoridad competente, debidamente acreditada ***y fundada en los pertinentes estudios técnicos****.*
.....

La emergencia justificativa de la excepción, debe ser de una necesidad pública, de una exigencia estatal, y no de sus funcionarios." (grifei)

Friso que não é um juízo **arbitrário** e sim **discricionário** que a Administração emite sobre o interesse social envolvido. A este passo, convém transcrever afirmação de **RENATO ALESSI** (ob. e vol. cits., pp. 230/231):

> *"In particolare, va anzitutto rilevato che la determinazione dell'interesse pubblico necessario a legittimare l'uso della potestà de azione da parte dell'Amministrazione può essere* ***precisa*** *od* ***imprecisa****.*
>
> *Nel caso di determinazione* ***precisa*** *dell'interesse pubblico, alla Amministrazione non rimane alcuna potestà di valutazione dell'interesse pubblico in ordine all'opportunità di agire, o meno, onde la sua attività dicesi* ***vincolata****. Nel caso, invece, di determinazione soltanto* ***imprecisa****, all'Amministrazione rimane, in qualche modo, la potestà di valutare l'opportunità di agire o meno, postestà che è più o meno ampia a seconda dei casi, e precisamente sempre più ampia man mano che si passa dalle prime alle ultime ipotesi. Tale potestà di apprezzamento dell'interesse pubblico ai fini di decidere la convenienza o meno dell'azione amministrativa, dicesi* ***potestà discrezionale*** *o* ***discrezionalità****, mentre attività discrezionale è l'attività rispetto alla cui posizione in essere la sfera di discrezionalità sussiste."*

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.

Ocorre-me, a este passo, acentuar que **MAIRAL,** dentre diversas sugestões que dá para aprimorar as contratações pela Administração Pública, diz que se deveriam interpretar as normas que excluem o requisito da licitação *"de manera algo más amplia que hasta el presente y atendiendo al objetivo de aumentar la eficiencia de la Administración..."* (ob. cit., p. 18).

Acrescentaria eu, apenas, que 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.

É exatamente essa finalidade, qual seja a de realizar o interesse público, ou interesse social, que leva à enunciação, pela doutrina jurídica, do chamado **princípio da continuidade do contrato administrativo**. Celebrado o contrato com vista ao interesse social, há que se garantir a continuidade de sua execução. É **dever** das partes, **especialmente do Poder Público.**

Diz, com propriedade, **GASPAR ARIÑO ORTIZ** (*"Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos",* Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1968, p. 223):

> *"Por encima de los intereses particulares – puramente pecuniarios – de las partes, se impone el interés general, que constituye el fin primario del contrato."*

Disso decorre, segundo o jurista espanhol, o **princípio da continuidade e regularidade do contrato administrativo**, na medida em que a descontinuidade e a irregularidade nas prestações podem até atender a eventuais interesses das partes, mas prejudicam o atendimento do interesse geral, *"que constituye el fin primario del contrato."*

Vale acentuar, afinal, que há situações em que se pode configurar a chamada **discricionariedade técnica**. Na verdade, a Administração, nessas situações, não age **discricionariamente** e sim **vinculadamente**. Como diz **ALESSI** (ob. e vol. cits., p. 244):

> *"Concludendo, se discrezionalità è una libertà, più o meno limitata, di apprezzamento del pubblico interesse ai fini di valutare l'opportunità dell'azione e del contenuto da dare all'azione stessa, vale a dire libertà limitata di determinazione e di azione tenendo conto del pubblico interesse, a torto si parla di una discrezionalità **meramente tecnica**; i due termini **discrezionalità** e **tecnica** sono essenzialmente inconciliabili: invero, come si è detto, quando si tratta de una questione meramente tecnica essa va risolta esclusivamente in base a criteri tecnici ed a regole tecniche, e la pubblica Amministrazione non ha alcuna facoltà di discostarsi da dette regole agendo **male** anzichè **bene** dal punto di vista delle stesse, in quanto che la considerazione del pubblico interesse non ha qui alcunchè da vedere."*

Com efeito, a caracterização da emergência pode, em certos casos, resultar de uma valoração técnica – de engenharia, por exemplo – e, diante disso, a Administração não age dentro de sua margem de discricionariedade,

mas, na lição de **ALESSI**, vinculadamente. Acentua-se, assim, o **dever** e não o **poder** – de dispensar a licitação.

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. Para interpretar e aplicar essa norma, faz-se necessário efetuar duas considerações preliminares.

A primeira é a de que uma das classificações possíveis de contratos é a de contrato **por objeto** e contrato **por prazo.** No primeiro, o prazo não é **extintivo** e sim **moratório.** No segundo, o prazo é **extintivo** da relação contratual. Os contratos por prazo extinguem-se normalmente, portanto, com o término de seu prazo.

Outra distinção a ser efetuada é entre **prorrogação** e **renovação** do contrato. Essa distinção é feita, de maneira clara e precisa, pelo civilista italiano **FRANCESCO MESSINEO** *("Dottrina Generale del Contratto",* 3ª ed., Milão, Giuffrè, 1952, p. 416):

*"A **prorrogação** estende a **duração** do contrato, mas o contrato é aquele inicial (não há um contrato novo), enquanto a **renovação** dá lugar a um contrato **novo,** mesmo que com conteúdo idêntico ao do contrato precedente."*

No contrato administrativo, a possibilidade de **prorrogação** é condicionada à previsão expressa no contrato e, se este tiver resultado de licitação, já no respectivo edital. A **renovação,** por se tratar de celebração de um contrato **novo,** deve ser precedida, em regra, de nova licitação, salvo se se caracterizar, na ocasião, caso em que caiba a dispensa ou inexigibilidade de licitar.

Nos contratos por emergência, a **prorrogação** do prazo contratual além de 180 dias é vedada expressamente pela lei. Assim, o contrato não pode conter cláusula de prorrogação, o que a torna juridicamente inviável. Resta, pois, examinar se cabe a **renovação** do contrato, vale dizer, a celebração de um **novo** contrato por emergência.

A lei veda a prorrogação do prazo nos contratos por emergência. Mas não proíbe - e seria insensato admitir que pudesse fazê-lo - a continuidade da situação emergencial após os 180 dias. A norma jurídica contém uma hipótese. Ocorrido o fato contemplado na hipótese normativa, aplica-se a norma ao caso concreto. A norma jurídica não tem o condão de criar fatos. Nem de impedir que eles se verifiquem. A lei prevê situações fáticas. Não pode, obviamente, criá-las, permiti-las ou proibi-las.

Se, vencido o prazo máximo previsto em lei, caracteriza-se uma situação de emergência, quer seja a continuidade da anterior, quer uma nova situação, juridicamente existe, para todos os efeitos, uma nova emergência. A essa nova

emergência aplica-se a norma que prevê a dispensa de licitação, acarretando o **dever** para o agente público de efetuar uma nova contratação direta.

O agente público não pode prorrogar o prazo contratual, porque este é - como foi exposto acima - improrrogável. Mas isso não significa - nem poderia significar - que à extinção do contrato (conseqüência jurídica do término do prazo contratual) corresponda, necessariamente, a extinção da emergência (situação fática). O contrato está extinto, mas há uma nova incidência da norma jurídica sobre a situação fática emergencial **atual**. O agente público tem, portanto, o **dever** de efetuar nova contratação por emergência.

MARÇAL JUSTEN FILHO *("Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos",* 4ª ed., Rio, AIDE Editora, p. 154) diz que:

> "A prorrogação é indesejável, mas não pode ser proibida. Nesse ponto, a lei deve ser interpretada em termos. A prorrogação poderá ocorrer, dependendo das circunstâncias supervenientes."

O ilustre comentarista da Lei 8.666/93 percebeu o problema. No entanto, não é a prorrogação do prazo contratual que a lei não pode proibir. O que ela não pode proibir é a caracterização, ao término do contrato, de uma situação fática de nova emergência. Proibir a prorrogação a lei pode. E o faz. Não pode, isso sim, é proibir a renovação. Somente poderia fazê-lo se pudesse proibir uma nova situação fática emergencial. Ou a continuidade da situação original, o que dá no mesmo.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Dispensa de licitação por emergência. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, janeiro/fevereiro/março, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

(substituir x por dados da data de acesso ao site).

Publicação Impressa:

Informação não disponível.