

DESASTRES NATURAIS E AS CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS*

Diogo de Figueiredo Moreira Neto**
Flavio Amaral Garcia***

Sumário – 1. Introdução; 2. As Formalidades Legais Exigidas Pelos Órgãos de Controle e o Princípio da Razoabilidade; 3. A Instrumentalidade do Processo de Contratação Pública; 4. Os Valores Substantivos Tutelados nas Contratações Emergenciais; 5. Os Diferentes Graus de Emergência e a sua Relação Direta com o Atendimento das Formalidades Legais; 6. A Interpretação Literal e a Violação ao Princípio da Realidade; 7. A Seleção da Sociedade Empresária Contratada em Regime Emergencial; 8. O Início da Prestação dos Serviços sem Cobertura Contratual; 9. A Prorrogação do Contrato Emergencial; 10. Conclusões.

1. Introdução

Os desastres naturais provocam verdadeiras catástrofes nas cidades e nas vidas das pessoas. Exemplo não muito distante ocorreu na Região Serrana do Estado do Rio de Janeiro, no início do ano de 2011. As chuvas que assolaram a região entre os dias 11 e 12 de janeiro de 2011 não encontram precedente na história recente da localidade.

Todos os 10 (dez) municípios castigados pela força das chuvas decretaram situação de emergência ou estado de calamidade pública.

A triste consequência foi o soterramento de cidadãos e integrantes das equipes de resgate, além da destruição de construções e plantações, com diversas vias urbanas e rurais interditadas e o tráfego interrompido.

A população, em geral, sofreu com os sistemas de abastecimento de água e energia prejudicados, bem como com problemas nos sistemas de transporte e comunicações.

As cenas de destruição foram amplamente divulgadas pela mídia, gerando profunda comoção na sociedade brasileira, e, especialmente, na fluminense, que se mobilizou para somar esforços no resgate das vítimas.

Desastres naturais dessa magnitude ocorrem, infelizmente, em várias regiões do país, ensejando providências imediatas dos gestores públicos, como a contratação emergencial prevista no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

Sucedem que os gestores, não raro, têm sido responsabilizados pelos órgãos de controle pelo não cumprimento de formalidades legais, como, por exemplo,

* Artigo publicado originalmente na Revista de Direito Administrativo (RDA), n.º 266.

** Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Cândido Mendes. Sócio Consultor Sênior do Escritório de Advocacia Juruena e Associados

*** Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Sócio do Escritório de Advocacia Juruena e Associados e Professor de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas.

a não realização de coleta de orçamentos para escolha da sociedade empresária a ser contratada, início dos serviços sem cobertura contratual ou mesmo por conta de prorrogações dos contratos emergenciais consideradas indevidas.

O contexto dessas contratações emergenciais vem indicando que quase todos os entes federativos e sociedades empresárias contratadas em regime de urgência por intermédio do art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, têm enfrentado as mesmas dificuldades perante os órgãos de controle.

Em outros termos, os entes públicos responsáveis por solucionar as nefastas consequências ocasionadas pelos desastres naturais estão encontrando os mesmos problemas de formalização das contratações diretas, a saber: (1) início da prestação do serviço sem cobertura contratual; (2) escolha da sociedade empresária contratada sem a prévia pesquisa de preços; (3) necessidade de estender o prazo contratual além do prazo inicialmente previsto, ainda que se tratasse de contratação emergencial.

O objetivo do presente estudo é examinar se esse conjunto de formalidades pode sobrepor-se aos valores constitucionais que devem orientar o gestor público em suas ações administrativas.

2. As Formalidades Legais Exigidas pelos Órgãos de Controle e o Princípio da Razoabilidade

Exemplo que pode servir de parâmetro para o presente estudo, é a decisão do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 1.264/11), por meio da qual se alertou ao Estado do Rio de Janeiro e aos Municípios de Areal, Bom Jardim, Nova Friburgo, Petrópolis, São José do Vale do Rio Preto, Sumidouro e Teresópolis – portanto, o Estado e sete de seus Municípios afetados pela catástrofe que atingiu a Região Serrana do Rio de Janeiro nos dias 11 e 12 de janeiro de 2011 – acerca de diversas providências que deveriam ter sido adotadas.

Dentre outras, destaquem-se as seguintes advertências do Tribunal de Contas da União:

- a) os pagamentos realizados à conta dos recursos federais repassados com o objetivo de atender às situações emergenciais na Região Serrana devem estar em consonância com o preceituado na legislação que rege o tema, precipuamente as Leis nº 8.666/93 e 4.320/64, fazendo-se necessária a adequação dos procedimentos inicialmente adotados em caráter emergencial aos preceitos legais estabelecidos;
- b) razão circunstanciada da escolha do fornecedor ou executantes, nas situações de dispensa de licitação;
- c) justificativa dos preços contratados;
- d) necessidade de formalização de contrato, observada a vedação da existência de contrato verbal.

Todas essas providências são, a rigor, decorrentes da legislação vigente, mas que, nas circunstâncias de um desastre natural de proporções gigantescas, ou

não foram inteiramente atendidas ou foram acatadas de outra forma que não aquela preconizada pelos órgãos de controle.

Diante desse quadro, indague-se: seria razoável presumir que todos os entes públicos afetados pelas chuvas de janeiro de 2011 e as sociedades empresárias contratadas para a prestação dos serviços emergenciais estariam imbuídos de má-fé e locupletando-se ilicitamente de dinheiro público em meio à tragédia na Região Serrana do Estado do Rio de Janeiro?

Seria razoável presumir-se que se trata de um caso de incompetência gerencial coletiva ou de desrespeito concertado entre todas as unidades federadas às formalidades determinadas na Lei nº 8.666/93?

Ora, um exame que seja orientado por critérios de razoabilidade conduz a outra linha de raciocínio, que indica, ao revés, que uma interpretação meramente literal da legislação, desvinculada do princípio da instrumentalidade dos procedimentos das contratações públicas e dos valores irradiados pela Constituição Federal, levaria a consequências juridicamente inaceitáveis, tais como o descumprimento do dever de socorro à vida, que seria imputável ao gestor público e às sociedades empresárias capazes de iniciar uma execução imediata de obras e serviços, em meio ao caótico estado de emergência e de calamidade pública defrontado.

Ora, desastres naturais e grandes catástrofes não podem receber do intérprete e aplicador das normas, um tratamento idêntico ao de demandas quotidianas e rotineiras do setor público, e, mesmo, ao de demandas que sejam emergenciais, porém não relacionadas a risco à vida e à periclitación de outros direitos fundamentais das pessoas.

A razão está em que a utilização dos mesmos parâmetros e critérios do processo ordinário de contratação ou dos mesmos modelos de controle, em casos nos quais, inevitavelmente, se está diante da impossibilidade do atendimento literal das formalidades exigidas pela lei, pode levar, com alta probabilidade, a resultados desastrosos, com perdas de vidas humanas, superpondo valores instrumentais, válidos, mas obviamente secundários, a valores substanciais e primários, por isso postos sob a alta proteção principiológica constitucional.

Não parece factível, por exemplo, obrigar, em contexto de calamidade pública, que uma contratação de obra ou serviço de engenharia seja precedida da confecção de projeto básico e de projeto executivo, tal como determina o art. 7º, da Lei nº 8.666/93... Será que a contenção de uma encosta, que põe risco iminente a vidas de moradores e de agentes públicos, bem como a propriedades públicas e privadas, poderá aguardar tanto tempo?

Do mesmo modo, tampouco pareceria razoável pressupor que, para dar imediato início a urgentes serviços de resgate de soterrados, remoção de entulhos, atendimento médico, compra de medicamentos e de mantimentos, desobstrução de vias e realocação imediata de moradores desabrigados, obrigue-se o gestor a providenciar a prévia abertura de processo administrativo para promover-se à cotação de preços, convocando três empresas, tudo isso enquanto o cataclismo natural reclama mais e mais vítimas.

Situações de calamidade pública e de desastres naturais que atingem elevadas proporções reclamam, em verdade, tanto do gestor público, como das sociedades empresárias que se mostram preparadas a serem contratadas emergencialmente, ações imediatas, muitas delas até imprevisíveis em circunstâncias de normalidade, voltadas a garantir a vida dos cidadãos, mesmo que se postergando formalidades correntes, como as referentes à contratação e à justificativa do preço.

Assim, formalidades, ainda que indispensáveis em qualquer contratação pública, devem se adequar a essa premissa de estrita razoabilidade, jamais o contrário.

Não foi por outra razão que o próprio TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO patrocinou, em maio de 2012, seminário denominado “*Desastres Naturais: ações emergenciais*” para discutir, dentre outros temas importantes, a imperiosa necessidade de adequação da legislação em vigor, quando se tratar de contratações efetivadas em um contexto de calamidade pública.

Um dos propósitos do referido seminário foi, inclusive, a elaboração de anteprojeto de lei que alterasse dispositivos da Lei n.º 8.666/93 visando à contratação de obras, bens e serviços em situações de calamidade pública, justamente em razão do geral reconhecimento da inadequação da legislação vigente.

Observe-se que recente avanço neste sentido pode ser identificado com a edição da Medida Provisória n.º 631, de 24.12.13 que, no seu artigo 15-A, determina a aplicação do disposto na Lei n.º 12.462/11 – Regime Diferenciado de Contratação – às licitações e aos contratos destinados à execução de ações de prevenção em áreas de risco e de desastres.

Inegável que o RDC poderá configurar um meio mais célere e eficiente do que as tradicionais contratações regidas pelo sistema da Lei n.º 8.666/93, mas, diante do conjunto de circunstâncias especiais que gravitam em torno das contratações emergenciais, talvez fosse necessária a edição de um Regime Urgente de Contratações – RUC – especificamente voltado a todas essas complexidades e especificidades que os desastres naturais exigem dos gestores públicos em matéria de contratação pública.

A utilização, tomando um exemplo, de cartões de crédito corporativos, tão largamente utilizados para outras finalidades em vários setores da Administração Pública, poderia ser uma válida alternativa para a compra dos produtos mais necessários ao atendimento imediato da população, conferindo, a um só tempo, maior agilidade ao gestor público e a possibilidade do controle de economicidade pelos órgãos competentes a partir dos gastos efetivamente realizados na fatura apresentada¹.

Todavia, mesmo considerando a aplicação da legislação em vigor, ainda assim, é dever do intérprete identificar os critérios racionais orientados pelos princípios que informam o Direito Público, para afastar, na aplicação do direito posto, as interpretações literais e excessivamente formalistas, que colocam a todos, sem exceção, no campo da ilegalidade e de presumida imoralidade.

Um ponto fundamental deve, porém, ser ressaltado: qualquer eventual interpretação possível de se extrair nesse contexto, não poderá implicar, jamais, em abono de comportamentos ilícitos, fraudes ou malversação dos recursos públicos.

Repudia ao Direito e à Moral que em um contexto de desastre natural, agentes públicos e empresas privadas possam se beneficiar de fraudes e verbas públicas desviadas, locupletando-se com a desgraça alheia.

É, portanto, dever dos órgãos de controle apurar e punir com rigor comportamentos que denotem superfaturamento ou recebimento por serviços não prestados, o que não pode, em hipótese nenhuma, ser equiparado a questões atinentes à formalização dos processos de contratação direta, que possam decorrer de interpretações literais em desarrazoado descompasso com a realidade.

¹ Sobre o tema ver: GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos. Casos e Polêmicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.p 369/380.

3. A Instrumentalidade do Processo de Contratação Pública

Conforme assentou-se anteriormente², o princípio licitatório foi positivado no art. 37, XXI, da Carta Magna, tendo, o constituinte, indubitavelmente, prestigiado o emprego de procedimentos concorrenciais seletivos, como critério de escolha entre pretendentes à contratação com o Poder Público.

Inobstante esse singular cuidado com a realização dos valores inspiradores do instituto, não se pode, a partir dele, afirmar que o princípio licitatório tenha sido adotado em termos absolutos, de modo a produzir efeitos imediatos e dirimentes sobre todos os preceitos ou decisões que não o observem.

Por óbvio, esse princípio, como qualquer outro, notadamente os de natureza formal, tem caráter relativo e cede perante a concorrência de princípios que expressem valores substantivos fundamentais, a serem satisfeitos. Para corroborar este asserto, concorrem duas vertentes de motivação: uma, de natureza dogmática, e outra, de assento positivo.

O argumento dogmático se prende à própria natureza instrumental do princípio licitatório, uma vez que o que nele se contém é a prescrição do emprego de um processo seletivo: nada mais do que a aplicação de um expediente formal voltado à realização mais segura de valores substantivos em jogo, como o são a igualdade dos licitantes, a legitimidade, a moralidade administrativa e a economicidade da gestão pública, sem que seu eventual afastamento importe, necessariamente, no descumprimento dos valores materiais a que deve servir.

Em outros termos, este princípio formal, como qualquer outro da mesma categoria, não vale *per se*, mas, em todos os casos, como um instrumento para o atendimento de princípios de natureza substantiva relevantes.

Assim, se qualquer princípio substantivo importante – que caiba, como tal, ser invocado – possa ser atendido da melhor maneira, em uma determinada hipótese, mesmo com o sacrifício de prescrições formais, que, em tese, deveriam ser empregadas, o seu afastamento não terá, tão somente por esse motivo, consequências dirimentes.

Definitivo, porém, é o argumento positivo, uma vez que contido na própria Constituição e que segue a mesma linha do argumento dogmático, pois, com efeito, é seu próprio dispositivo, o art. 37, XXI, que prevê o afastamento do princípio nos casos especificados na legislação. Como se observa, a própria Carta admite, expressamente, a possibilidade de o princípio licitatório vir a ser excepcionado pelo legislador competente, estabelecendo hipóteses de inaplicação.

Tem-se, pois, que o fundamento dogmático acima mencionado induz que a regra da licitação não é absoluta no ordenamento jurídico. Nas palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO “a licitação não é um fim em si mesmo; é um meio para chegar utilmente a um dado resultado”.³ E, por isso, as exceções ao princípio licitatório são de direito estrito, definidas pela legislação infraconstitucional.

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo & GARCIA, Flávio Amaral. *A política pública do Complexo Industrial de Saúde – O “Poder de Compra do Estado” na Implementação de Direitos Fundamentais*. In REGINA, Sérgio de (coord.). *Parcerias Público-Privadas de Medicamentos (PDPS)*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 34 e ss.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, p. 480.

Todas essas premissas são plenamente aplicáveis aos processos de contratação direta, cuja instrumentalidade decorre de sua própria natureza.⁴

E é o próprio ordenamento jurídico que consagra tais superiores valores substantivos, como a proteção à vida e à saúde, a dignidade da pessoa humana, a educação, a segurança – e tantos outros – tais como aceitos e vivenciados pelas sociedades pluralistas pós-modernas do século XXI.

Para concretizar esses valores o Estado utiliza, dentre outros instrumentos, o instituto do contrato administrativo, como um dos mecanismos para atender às demandas e necessidades coletivas, coordenando esforços conjuntos do Poder Público e da sociedade.

O contrato administrativo, por força da indisponibilidade do interesse público, poderá ser precedido de licitação (regra) ou celebrado por contratação direta (hipóteses de dispensa e inexigibilidade).

Mesmo nos casos de contratação direta, não está livre o administrador para escolher o contratado por critérios subjetivos ou se afastar dos preços de mercado; afinal, contratação direta não pode significar a não incidência dos princípios constitucionais que informam a atuação da Administração Pública. Esta é a inteligência do art. 26, parágrafo único e incisos, da Lei nº 8.666/93:

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Mas, reitere-se, o ponto central está justamente em que o processo de contratação pública é instrumental, na medida em que se justifica, tão somente, para cumprir os valores e as finalidades a que se destina.

São, em última análise, os valores substantivos os que prioritariamente devem ser tutelados e protegidos pela Administração Pública e que determinam e condicionam a forma como a contratação administrativa se desenvolverá e não o contrário, sob pena de absoluta subversão da sua natureza instrumental.

⁴ Nesse sentido, cf. a lição de SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI: “*A procedimentalização das ações administrativas, o estabelecimento de certos procedimentos instrumentais para a tomada de decisões, visa a amparar tanto o cidadão quanto a coletividade, mas não pode levar ao ponto em que já se chegou no processo judicial, onde, muitas vezes, o direito material a ser defendido ou exercitado fica em segundo plano, quando não é até mesmo sepultado por uma avalanche de questões procedimentais irrelevantes. O processo deve ser um meio seguro de realização do direito, não de sua negação. O princípio da informalidade significa que devem ser observadas as formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza e da segurança jurídicas e ao atingimento dos fins almejados pelo sistema normativo. Deve-se dar maior prestígio ao espírito da lei do que à sua literalidade no tocando ao iter estabelecido pela norma jurídica disciplinadora do processo*” (FERRAZ, Sérgio & DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 80).

O atendimento desses valores variará de acordo com cada situação fática e com a finalidade vinculada ao interesse público primário em jogo: esta é a exegese razoável.

É preciso verificar, sob essa ótica, o valor capital que determina e condiciona a atuação de contratante e contratado quando se está diante de uma situação de emergência ou de um estado de calamidade pública.

4. Os Valores Substantivos Tutelados nas Contratações Emergenciais

Em se tratando de contratações emergenciais, previstas no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, foi o próprio legislador que, desde logo, explicitou os valores que devem ser preservados. Confira-se a redação do art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93:

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;

A contratação emergencial é, portanto, um instrumento posto à disposição do Administrador Público com vistas a garantir fundamentalmente o direito à vida e a incolumidade das pessoas e a proteção ao patrimônio público e privado.

Essa é, portanto, a precípua finalidade que vincula e legitima a atuação do gestor público que necessita utilizar a contratação emergencial: a concretização dos valores substantivos positivados pelo legislador que, mesmo que não explicitado em lei, poderiam ser extraídos direta e mandatoriamente da Constituição Federal, pois que a vida humana é um supremo valor.

Nenhum outro direito se equipara em importância à vida, adjetivada pela Constituição Federal de “inviolável”, palavra que implica a obrigação de o Estado lhe garantir proteção máxima.

Apresenta-se o direito à vida como raiz e fonte de todos os outros direitos e bens protegidos pelo ordenamento jurídico, nas precisas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

A vida humana, que é objeto do direito assegurado no art. 5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). (...) *Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos*. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a

igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.⁵

Com o objetivo de proteção máxima à vida, a Constituição Brasileira exige do Estado que atue positivamente para a concretização desse direito. Vale dizer que a proteção à vida deve sempre prevalecer, em detrimento de qualquer interesse ou benefício pecuniário, conforme vem reconhecendo o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

5. É que comprovou-se nos autos que os recorrentes, agentes políticos da Prefeitura de Diadema, agiram de boa-fé na tentativa de ajudar o município vizinho de Avanhandava a solucionar um problema iminente de saúde pública gerado por contaminação na merenda escolar, que culminou no surto epidêmico de diarreia na população carente e que o estado de calamidade pública dispensa a prática de formalidades licitatórias que venham a colocar em risco a vida, a integridade das pessoas, bens e serviços, ante o retardamento da prestação necessária.
(...)

8. In casu, raciocínio diverso esbarraria no art. 196 da Constituição Federal, que assim dispõe: “A saúde é considerada dever do Estado, o qual deverá garanti-la através do desenvolvimento de políticas sociais e econômicas ou pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”, dispositivo que recebeu como influxo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da promoção do bem comum e erradicação de desigualdades e do direito à vida (art. 5º, caput), cânones que remontam às mais antigas Declarações Universais dos Direitos do Homem.⁶ (Os grifos não são do original).

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO. PORTADOR DE DOENÇA CRÔNICA INCURÁVEL. NECESSIDADE URGENTE DE MEDICAMENTO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. Além do elevado sentido social da decisão, a concessão da segurança, para compelir o órgão competente a fornecer medicamento indispensável ao portador de moléstia crônica incurável, pela singularidade da situação, não viola a lei e se harmoniza com a jurisprudência sobre o tema.⁷

⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 200.

⁶ STJ. Recurso Especial nº 480.387/SP. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Publicado no DJ em 24/05/2004.

⁷ STJ. Recurso Especial nº 194.678/SP. Rel. Min. Helio Mosimann. Segunda Turma. Publicado no DJ em 14/06/1999.

A saúde dos cidadãos não pode esperar por diligências burocráticas, via de regra, dilatórias. As providências médicas, para serem eficazes, devem ser imediatas, sob pena de se tornarem inúteis diante da perda do próprio bem de vida que se procura resguardar.⁸

Além da proteção da vida, a contratação emergencial se destina a preservar o patrimônio público, evitando o perecimento dos bens públicos e a sua destruição em casos de catástrofes naturais.

Afinal, como previsto no art. 23, inciso I, da Constituição Federal, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios conservar o patrimônio público.

Mais além, as contratações emergenciais também se destinam a proteger o patrimônio privado, conforme expressamente assentado no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

A ação efetiva e emergencial do Poder Público pode evitar o perecimento dos bens móveis ou imóveis pertencentes às pessoas atingidas pelo desastre.

A Constituição Federal assegura, no art. 5º, inciso XXI, o direito de propriedade, que deve ser garantido pelo Poder Público em casos que envolvam calamidades públicas.

Portanto, as contratações emergenciais previstas no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93 se destinam a concretizar os valores substantivos da proteção da vida e a preservação do patrimônio público e privado, vinculando a atuação do Poder Público e das sociedades empresárias contratadas ao atendimento dessas finalidades.

A convivência numa sociedade civilizada seria impossível sem a garantia aos seus membros de um mínimo de segurança de que certo núcleo fundamental de interesses e direitos será invariavelmente respeitados e protegidos.

Cabe ao Estado, como organização juspólitica da sociedade, declarar quais são esses interesses e direitos que devem ser por ele assegurados, bem como estabelecer os instrumentos necessários para a sua efetivação.

Foi exatamente isso que o legislador fez ao disciplinar a contratação emergencial, vinculando-a e condicionando-a à concretização dos valores substantivos positivados na legislação ordinária e na Constituição Federal.

5. Os Diferentes Graus de Emergência e a Sua Relação Direta com o Atendimento das Formalidades Legais

Como exposto, as questões apontadas pelos órgãos de controle giram em torno da forma como as contratações emergenciais são viabilizadas nos casos de grandes catástrofes naturais.

Não é difícil perceber que existem distintos graus de emergência abarcados pela textura aberta e abstrata do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993.

⁸ STJ. Recurso Especial nº 109.473/RS. Rel. Min. Helio Mosimann. Segunda Turma. Publicado no DJ em 06/09/1999.

É possível considerar, por exemplo, que a hipótese de existirem elevadores quebrados em um determinado prédio público configura situação emergencial, mormente se ali for um local que receba, diariamente, número razoável de pessoas.

Também é viável considerar que a ausência de remédios indispensáveis à realização de cirurgias em pacientes doentes é, igualmente, situação que reclama uma atuação urgente do gestor, dispensando-se a licitação.

Assim, a ocorrência de um desastre natural, nas proporções das chuvas que acometeram a Região Serrana do Estado do Rio de Janeiro, pode justificar a decretação de estado de calamidade pública por todos os Municípios atingidos, configurando, por óbvio, a mesma situação fática que justifica a dispensa de licitação com vistas à contratação direta em caráter emergencial.

Todas as situações, como as narradas acima, podem ser enquadradas pelo gestor público no exercício de sua prudente discricionariedade administrativa, como hipóteses de dispensa de licitação, na forma prevista no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

Mas, indague-se, será que o grau de urgência se mostra idêntico nas hipóteses acima aventadas?

No primeiro exemplo, a despeito de se tratar de uma situação que pode não comportar a realização de uma licitação formal, não há iminente risco de vida para as pessoas. Há o desconforto na utilização de escadas, a impossibilidade de pessoas com dificuldades de locomoção em chegarem aos seus destinos, mas não há risco de vida para as pessoas que utilizarem aquele prédio público.

No segundo exemplo, já se está a cuidar de uma emergência com maior gravidade, eis que a demora na aquisição dos medicamentos pode impedir que os doentes sejam operados, colocando, a depender da situação, vidas em risco.

Distintamente, no terceiro exemplo, a catástrofe já ocorreu. O prejuízo à segurança das pessoas e dos bens já está caracterizado. Vidas foram perdidas e tantas outras estão a esperar, para que sejam preservadas, uma ação imediata do Poder Público, que, para tanto, precisa do concurso de empresas disponíveis nas mais variadas áreas de atuação.

Portanto, à luz do princípio da isonomia, será razoável pressupor que as formalidades exigidas no art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 hão de ser cumpridas do mesmo modo e na mesma intensidade nos três exemplos?

As providências formais – de abertura de processo administrativo prévio, cotação de preços e formalização imediata de instrumento contratual – podem, nas três hipóteses, receber idêntico cumprimento?

Parece claro que, razoavelmente, há uma direta relação entre o grau de urgência e o cumprimento das formalidades.

Assim, quanto maior a urgência, mais flexível devem ser as exigências formais, sob pena de se sobrepor a forma à finalidade ou, dito em outros termos, subjugar valores fundamentais constitucionalmente tutelados à forma prescrita na legislação ordinária para hipóteses comuns.

Idêntica é a percepção de MARÇAL JUSTEN FILHO:

Deve destacar-se que as situações reconduzíveis à hipótese do in. IV não são idênticas entre si. Em todos os casos, a emergência significará a impossibilidade de aguardar o decurso do prazo normal da licitação.

Mas o risco de consumação de danos irreparáveis nunca apresentará dimensão temporal idêntica. *Em certas hipóteses, a Administração disporá de alguns dias para promover a contratação. Em outros casos, a contratação deverá ocorrer no prazo de horas (senão minutos). A avaliação das formalidades cabíveis para produzir a contratação deverá tomar em vista essas circunstâncias. Quanto maior a extensão temporal de que dispuser a Administração, tanto mais extensas e cuidadosas deverão ser as formalidades da Administração para evitar contratação nociva e assegurar a mais ampla participação possível de interessados.* Isso significa que, dispondo de alguns dias para formalizar a avença, a Administração deverá obrigatoriamente adotar um procedimento aberto a todos os possíveis interessados, divulgando pelos meios disponíveis o interesse em realizar a contratação, inclusive para o fim de obter propostas diversas. *Mas se pode imaginar situação de emergência de tal ordem que todas as formalidades sejam impossíveis de ser atendidas. Nesses casos, a situação pode beirar à própria figura da requisição de bens. Imagine-se hipótese de risco de desabamento de uma construção, que exige imediata intervenção para salvar vidas e bens. Não se poderá exigir que a Administração produza formalismos que delonguem o início da execução das providências indispensáveis. A hipótese não pode afastar nem sequer a contratação verbal, a ser formalizada por escrito posteriormente. A tanto não é obstáculo a determinação do art. 60, parágrafo único, da Lei de Licitações, eis que nenhum dispositivo infraconstitucional poderia impedir o cumprimento de deveres de diligência impostos constitucionalmente à Administração Pública. Entre realizar o contrato escrito, propiciando a ocorrência de dano irreparável, e evitar o dano mediante contratação verbal põe-se relação equivalente ao falso dilema entre cumprir determinações da Lei ou as da Constituição. É evidente que prevalecem as determinações constitucionais sobre as legais.* (os grifos não são do original).⁹

Correta a comparação do referido autor com o instituto da requisição¹⁰, expressamente previsto no art. 5º, inciso XXV, da Constituição Federal ao dispor que “*no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano*”.

Foi a própria Constituição Federal que reconheceu que em situações de iminente perigo público, se autoriza uma intervenção na propriedade privada, com a indenização apurada apenas em momento posterior.

O instituto da requisição pressupõe a premissa conceitual e axiológica de que em situações de perigo iminente a forma é instrumental ao atendimento da finalidade pública.

Em atenção ao princípio da eficiência, na requisição, a ação deve anteceder

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 348.

¹⁰ Como já tive oportunidade de definir, requisição é a *intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade e atividades privadas, limitativa do uso e fruição de bens ou impositiva de obrigação de fazer, onerosa, transitória ou permanente, e de caráter indelegável*. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 418).

a formalização, sob pena de não se atingir o resultado desejado, aqui compreendido como o afastamento da situação de perigo iminente.¹¹

Idêntico raciocínio pode e deve ser aplicável às situações de emergência, previstas no art. 24, inciso IV da Lei nº 8.666/93, especialmente quando se apresentarem com extrema gravidade, tal como ocorre em grandes catástrofes e desastres naturais.

Nesses casos, o papel do intérprete, diante da norma dotada de abstração e generalidade, é identificar a diferença de gravidade das situações de urgência que podem ocorrer no mundo dos fatos a partir de critérios lógicos e racionais e não interpretar os dispositivos da Lei nº 8.666/93 de forma mecânica e literal, desprezando por completo o contexto fático em que se insere.

A forma é a exteriorização do ato administrativo, absolutamente necessária para assegurar a plena publicidade, sindicabilidade e estabilidade das relações jurídicas.

Não obstante, a forma está diretamente ligada à finalidade do ato administrativo, elemento densamente informado pela necessidade de legitimação do agir administrativo – pois a legitimidade é princípio fundamental que, a par da legalidade e da licitude, conforma a juridicidade de todo o agir do Estado.

A atividade da Administração só será legítima se obedecer à destinação estritamente predisposta pela ordem jurídica, cujo objetivo maior não é outro que tutelar os valores assegurados na Constituição Federal, como o é, no caso, o direito à vida.

Na hipótese examinada nesse estudo, essa finalidade seria impossível de ser atingida caso as formalidades do art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 fossem cumpridas na esteira da interpretação literal cogitada pelos órgãos de controle, sem levar em consideração o grau de urgência do estado de calamidade pública instaurado a partir da ocorrência do desastre natural.

Enfim, até que a legislação seja alterada (o que é indispensável para aumentar o grau de segurança jurídica), o dever do interprete é não se descuidar da conexão lógica entre fato e norma, igualando situações fáticas completamente díspares e com afastamento indevido da primazia dos valores constitucionalmente assegurados.

6. A Interpretação Literal e a Violação ao Princípio da Realidade

A interpretação, no Direito, tem como precípua objetivo determinar o sentido objetivamente válido de um preceito jurídico diante de determinada hipótese de aplicação.¹²

Interpretar é aplicar o direito; não mais se separam, como outrora, em processos estanques, a interpretação do texto e a concretização de determinado direito. O texto é o material jurídico que será trabalhado pelo intérprete e aplicador jurídico, como nas palavras de FRIEDRICH MÜLLER.¹³

Interpretar um texto normativo, segundo os critérios de hermenêutica jurídica, significa, portanto, revelar o seu conteúdo, extrair suas finalidades e investigar suas

¹¹ Nessa linha, cf. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 748.

¹² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. MOCADA, L. Cabral de. 6ª Ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 229.

¹³ *Apud* GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 29.

origens, de forma a melhor adequar a sua *ratio* a determinada situação concreta¹⁴ que é o problema jurídico que deverá ser resolvido pela aplicação da norma concretizada.

As figuras do texto e da norma não se confundem: a norma é o texto interpretado.¹⁵ O texto é, tão somente, o ponto de partida da interpretação jurídica.¹⁶

Os problemas intrínsecos à utilização da linguagem no domínio do direito apenas irão corroborar para a rejeição de uma postura apegada simplesmente ao texto da lei, conforme já advertia o clássico CARLOS MAXILMILIANO:

Entretanto, o maior perigo, fonte perene de erros, acha-se no extremo oposto, no apego às palavras. Atenda-se à letra do dispositivo; porém com a maior cautela e justo receio de “sacrificar as realidades morais, econômicas, sociais, que constituem o fundo material e como o conteúdo efetivo da vida jurídica, a sinais, puramente lógicos, que da mesma não revelam senão um aspecto, de todo formal” Cumpre tirar da fórmula tudo o que na mesma se contém, implícita e explicitamente, o que, em regra, só é possível alcançar com experimentar os vários recursos da Hermenêutica.¹⁷

Não é permitido ao intérprete desconsiderar o contexto e a finalidade dos quais deverá extrair o significado da norma; daí, também, porque a interpretação gramatical pode se revelar insuficiente.¹⁸

O intérprete deve observar tanto o *texto* quanto os fatos subjacentes ao caso concreto, já que não pode extrapolar a chamada “*moldura da norma*” — oportuna metáfora que engloba não somente a moldura do texto, como, também, a moldura dos fatos.¹⁹

¹⁴ Conceito clássico trazido em: FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Altas, 1994, p. 256. Conceito reproduzido, em sede alienígena, em: LEYH, Gregory, editor. *Legal Hermeneutics: History, Theory, and Practice*. Berkeley: University of California Press, 1992.

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27.

¹⁶ Nas palavras de Frederick Schauer: “*And so although it would be a mistake to ignore the extent to which the straightforward meaning of the statutory text is the dominant factor in statutory interpretation, it would be a mistake as well to neglect the important fact that the text, even if it is the starting point, is often not the ending point, and that the final determination of the meaning of a statute is not always the same as the meaning of the words or phrases or sentences that the statute happens to contain.*” (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p.167) (Os grifos não são do original).

¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 111.

¹⁸ Nesse sentido, LUÍS ROBERTO BARROSO: “*A interpretação gramatical funda-se nos conceitos contidos na norma e nas possibilidades semânticas das palavras que integram o seu relato. Em muitas situações, a atividade interpretativa não envolverá complexidades que desbordem da aplicação textual dos enunciados normativos. É o que ocorre, por exemplo, com a norma que dispõe acerca do número de ministros do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 101), ou a que atribui competência à União para instituir imposto de importação (CF, art. 153, I), ou ainda a que prevê a idade mínima de 35 anos para alguém se candidatar a Presidente da República. Porém, como regra geral, a atitude do intérprete jamais poderá ser a mera abordagem conceitual ou semântica do texto. Ao contrário, cabe-lhe perquirir o espírito da norma e as perspectivas de sentido oferecidas pela combinação com outros elementos de interpretação.*” (Os grifos não são do original). (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, p. 291).

¹⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 36.

Serão os fatos que irão determinar o problema sobre o qual se debruça o aplicador do direito. O problema, antes ignorado pela ciência jurídica como elemento neutro e praticamente irrelevante para o processo interpretativo, passou a ganhar posição de destaque após as valiosas contribuições de THEODOR VIEHWEG.²⁰

Um dos riscos a que se sujeita uma interpretação exclusivamente literal é a sua desconexão lógica e racional com a realidade.

Sobre o princípio da realidade já se teve a oportunidade de asseverar que tanto as normas jurídicas, quanto os seus desdobramentos administrativos não podem exigir o irrealizável e inatingível, como bem se exprime no brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*.²¹

O Direito Público, em especial, por ter em seu campo de ação um expressivo contingente de interesses indisponíveis, não pode se perder em formulações quiméricas e pretensões impossíveis, porque estaria fugindo à sua finalidade.

Isto porque, em atenção ao princípio da realidade, os comandos da Administração, sejam abstratos ou concretos, devem ter todas as condições objetivas de serem efetivamente cumpridos para a obtenção de resultados para a sociedade a que se destinam.

O sistema legal-administrativo não pode se tornar um repositório de determinações utópicas, irrealizáveis e inatingíveis, mas um instrumento sério de cumprimento da ordem jurídica, na disciplina possível da realidade da convivência humana.²²

A desatenção a este princípio não só compromete a norma ou o ato irreal, como contamina nefastamente a todo o ordenamento, pois concessões à irrealidade levam ao descumprimento habitual, ao desprestígio da autoridade constituída e à banalização da lei, e daí, como bem adverte AUGUSTÍN GORDILLO, afinal, à desmoralização de todo o sistema.

É irreal pressupor que a escolha das empresas no cenário de catástrofes naturais possa aguardar a cotação de, no mínimo, três delas, tal qual ocorre com situações de emergência com menor gravidade.

É irreal pressupor que o início da execução dos serviços possa aguardar a formalização do contrato e extrair da ausência de prévio contrato formal uma nulidade absoluta.

Passa-se a seguir a examinar, pontualmente, cada uma das formalidades que vem sendo exigidas pelos órgãos de controle.

7. A Seleção da Sociedade Empresária Contratada em Regime Emergencial

A escolha da sociedade empresária a ser contratada em regime de emergência nos casos de grandes catástrofes naturais nem sempre poderá se submeter exclusivamente

²⁰ A partir de sua obra *Tópica e Jurisprudência*. Trad. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Brasília: Ministério da Justiça, UnB, 1979.

²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 90/91.

²² Nesse sentido, cf. as lições de CARLOS ARI SUNDFELD: “O fato é que, para realizar os interesses gerais da atualidade no contexto de um Estado intervencionista, não basta editar uma lei abstrata, genérica e distante, (...). É preciso que o Estado vá trabalhando com a realidade todo o tempo, (...)” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 28).

a critérios econômicos, nem aguardar uma coleta formal de orçamentos com três interessados.

Essa formalização nos processos de contratação direta, assentada na doutrina e na jurisprudência pátria, é possível de ser viabilizada quando se está diante de uma urgência que não coloca a vida das pessoas e o patrimônio público em risco, o que, evidentemente, não é o caso dos grandes desastres naturais.

Imagine-se, por hipótese, que a postura adotada pelo gestor que se deparar com situação de catástrofe natural, seja a seguinte: para todas as contratações emergenciais em curso, solicitar a cotação de três sociedades empresárias e contratar aquela de menor valor.

É bem possível que ao se adotar esse procedimento, a ação imediata do Poder Público seja retardada e os danos à vida das pessoas e ao patrimônio público e privado, consequentemente, muito maiores.

Seria enorme a probabilidade de que, em assim agindo, os gestores e as sociedades empresárias fossem – frise-se, corretamente – acionados pelo Ministério Público por conduta omissiva.²³

Ao ângulo dos princípios da razoabilidade e da realidade, a contratação emergencial, nesses casos de calamidade pública, não deve obedecer à lógica procedimental tradicional, sob pena de afronta aos direitos fundamentais e a outros valores constitucionalmente protegidos.

Outros critérios podem e devem nortear a escolha das sociedades empresárias em situações de emergência decorrentes de catástrofes naturais e que deveriam ser explicitados pela legislação apenas como forma de conferir maior segurança jurídica aos agentes públicos e sociedades empresárias privadas envolvidas nessas situações drásticas e que reclamam uma imediata e pronta atuação coordenada.

Pode-se cogitar, por exemplo, de contratação de sociedades empresárias que estejam mais próximas da tragédia e que tenham maior facilidade de disponibilidade de mobilização de mão-de-obra e equipamentos para um rápido e eficiente atendimento. Trata-se de critério racional e ajustado à realidade dos fatos.

Nessa linha, a lição de JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES:

Em outras hipóteses, porém, evidenciada a situação que autoriza a contratação direta, mostrar-se-á ainda imperioso que sejam explicitadas as razões que levaram a contratar determinado profissional ou empresa. *Assim ocorre, v.g., nas hipóteses III, IV, V, VI, VII, IX, XII e XVIII do art. 24 e 25 inciso II, em que, mesmo caracterizada a situação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, restará certa margem de subjetivismo para o administrador escolher quem contratar.* É justamente nessa justificativa que se pode avaliar a correção do procedimento do agente público, seu discernimento elevado, sua aptidão para gerir interesses públicos.

²³ O artigo 13, §2º, do Código Penal criminaliza conduta omissivas que resultem em resultado danoso: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”. Na hipótese em análise, os gestores seriam responsabilizados, se omissos, porque legalmente obrigados a cuidar, proteger e vigiar pela integridade física da população e as sociedades empresárias, em razão de terem assumido o dever de realizar serviços em prol dos cidadãos.

Para essas justificativas são admissíveis motivos ou razões que, se incluídas em um ato convocatório, ensejariam sua nulidade. *É o caso, por exemplo, da justificativa para escolha do fornecedor que se faz pela proximidade do mesmo com a comunidade afetada pela emergência. Enquanto em condições normais não poderia o administrador pautar-se pela localidade da sede do estabelecimento do contratado para promover a contratação, ou mesmo incluir essa condição para a habilitação no processo licitatório, ou decisão, em caso de empate, aqui ela pode ser erigida como critério para escolha de um entre vários possíveis fornecedores para a contratação direta, desde que a localização geográfica possa contribuir para a rapidez no atendimento das pessoas em situação de risco ou minorar-lhes o sofrimento.*²⁴

O critério exclusivamente econômico na escolha do contratado não pode ser, em hipóteses de catástrofes naturais, sinônimo de “*proposta mais vantajosa*”.

A prevalecer essa linha de entendimento, estar-se-ia privilegiando o interesse público secundário em detrimento do interesse público primário...

O interesse público, legalmente definido como aquele que é posto sob a responsabilidade do Estado e como finalidade inafastável de sua ação, não é outro senão, em síntese, o interesse geral da sociedade - o bem comum, em sua acepção metajurídica, necessariamente inspirador da ação política que o definirá, discriminadamente, no Direito, para cada sociedade, para cada tempo e para cada ato.

Tanto na gestão dos interesses da sociedade, constitucionalmente cometidos a seus cuidados - os primários, quanto na gerência de seus próprios interesses, referidos a seu pessoal, bens e serviços - os secundários, deve sempre agir o Estado absolutamente vinculado ao que está definido no ordenamento jurídico como interesse público.

Considerem-se, portanto, as distintas acepções de interesse público, relevando a importância prática da subcategorização. Assim, como primeira subcategoria tem-se o interesse público primário, que é um conceito substantivo, definido a partir das necessidades, das aspirações, dos valores, dos anseios, das tendências e das opções gerados e manifestados numa sociedade, ao passo que a segunda subcategoria consiste no interesse público derivado, que é um conceito adjetivo, definido ou inferido a partir das necessidades organizativas e funcionais do Estado.

Em síntese, os interesses públicos primários dizem respeito à sociedade, enquanto os interesses públicos secundários se referem ao próprio Estado, pessoa moral à qual se imputam direitos e deveres, mas os interesses públicos secundários só são legítimos quando forem instrumentais para o atingimento dos primários.

Ora, fica óbvio que os interesses públicos primários estão intimamente ligados aos direitos fundamentais que, a partir da Constituição, são as próprias finalidades públicas genéricas que devem ser maximamente preservadas e perseguidas pelo Estado, perfazendo este seu objetivo maior.

²⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 644.

Quanto ao ponto, o neoconstitucionalismo²⁵ contribuiu eficazmente para reforçar a posição de centralidade da Constituição no ordenamento jurídico, enfatizando, por via de consequência, o dever de observância e de implemento dos direitos fundamentais nela declarados, garantidos e promovidos. Aliás, a própria concepção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais os revela como sendo os valores mais importantes da ordem jurídica a serem observados.²⁶

Essa breve digressão sobre interesse público e sua categorização contemporânea tem por objetivo permitir uma visualização mais ampla das graves consequências que decorreriam no caso de se adotar um procedimento de prévia cotação de preços com três sociedades empresárias nas circunstâncias sob exame.

O interesse público primário (afeto à sociedade) estaria subjugado pelo interesse público secundário (vinculado ao erário), o que seria inaceitável à luz da nova hermenêutica constitucional.

Com isso, por óbvio, não se está a argumentar que o Poder Público pode, diante de uma situação emergencial decorrente de calamidade pública, pagar preços acima do mercado ou superfaturados.

É inaceitável o locupletamento ilícito de verbas públicas por agentes públicos ou empresas privadas, sendo mais reprovável quando isso ocorre em um contexto de desastres naturais que acarretam perdas de milhares de vidas.

Toda e qualquer contratação direta, inclusive as emergenciais decorrentes de catástrofes naturais, deve atender ao princípio da economicidade, aqui compreendido como a melhor relação econômica, de custo/benefício, e não apenas sob o ponto de vista meramente financeiro. Se assim o fosse, estaria irremediavelmente vilipendiado o interesse público primário.

Nos casos em que o serviço se inicia imediatamente por força do perigo iminente de dano a vida das pessoas e do patrimônio público e privado, a pesquisa de preços, ainda que elaborada em momento posterior, tem como principal objetivo verificar se o preço cobrado está alinhado aos parâmetros de mercado, afastando-se o risco de preços exorbitantes ou superfaturados.

²⁵ Sobre o tema, confira-se na doutrina estrangeira: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

²⁶ A respeito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, vale destacar a seguinte passagem de PAULO GUSTAVO GONET BRANCO: “*Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático. Essa dimensão objetiva produz consequências apreciáveis. Ela faz com que o direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado. A perspectiva objetiva, nesse sentido, legitima até restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos. Outra importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, provindas de particulares ou de outros Estados. Esse dever de proteção mostra-se associado sobretudo, mas não exclusivamente, aos direitos à vida, à liberdade e à integridade física (incluindo o direito à saúde). O Estado deve adotar medidas – até mesmo de ordem penal – que protejam efetivamente os direitos fundamentais.*” In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 256/257.

Portanto, possível concluir que essa a pesquisa de preços – em situações de absoluta emergência como aquelas decorrentes de calamidades públicas – não é determinante para a escolha do contratado.

8. O Início da Prestação dos Serviços sem Cobertura Contratual

Não há qualquer dúvida de que a formalização contratual – como é razoável de se esperar em uma situação de extrema calamidade pública – ocorra após o início efetivo da prestação dos serviços.

Nessas circunstâncias, devem as partes (Poder Público e contratado), em atenção aos princípios da realidade e da boa-fé, explicitar que a data da formalização do contrato e a data do início da prestação dos serviços não coincidam.

Mas dúvida não há de que inexistindo má-fé, deve o contratado ser ressarcido pelo período descoberto. Note-se que existe o dever de indenizar o contratado mesmo nos casos de nulidade. Confira-se:

Art. 59 da Lei nº 8.666/93 – A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo Único. *A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.*

A rigor, esse dispositivo legal é apenas uma derivação do princípio da vedação do enriquecimento sem causa, princípio geral do Direito que repudia o sacrifício desproporcional e o enriquecimento injusto de uma parte em desfavor da outra.

Eventual afastamento do direito de ser indenizado somente pode se concretizar caso comprovada a má-fé da sociedade empresária contratada ou eventual conluio entre as partes.

A discussão que a doutrina trava envolve não o dever de indenizar, mas tão somente o *quantum*.

Parcela da doutrina²⁷ sustenta que a indenização deve considerar o preço contratado, o que significa embutir a margem de lucro devida pelo contratado que agiu de boa-fé.

²⁷ Para MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, a indenização deve levar em conta “o efetivo ganho da Administração e o prejuízo do particular, que inclui, pois, a sua margem de lucro” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 392). Da mesma forma entende MARÇAL JUSTEN FILHO, para quem o montante devido só será reduzido às perdas e danos se o particular tiver concorrido para a nulidade: “se o particular tiver concorrido para a consumação do ato ilícito, caberá promover a redução da indenização correspondente às perdas e danos sofridas, tendo em vista uma avaliação sobre culpa concorrente” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13ª Ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 719)

Para outra corrente doutrinária²⁸, essa indenização deveria se limitar ao custo que o contratado incorreu na prestação dos serviços, sem incorporar o lucro a que faria jus.

O cenário ideal seria o reconhecimento do legislador da impossibilidade de se formalizar o contrato concomitantemente ao início da prestação dos serviços nessas hipóteses emergenciais decorrentes de calamidade pública, o que contribuiria, como frisado anteriormente, para a segurança jurídica de gestores públicos e sociedades empresárias privadas.

Mas enquanto isso não ocorre, é dever do intérprete extrair do texto legal a sua legítima finalidade, considerando a moldura dos fatos existente, afastando interpretações literais que impliquem em resultados desconformes com a realidade, alçando a todos, sem exceção, ao campo da imoralidade e ilegalidade.

9. A Prorrogação do Contrato Emergencial

A vedação da prorrogação de contratos emergenciais, expressamente prevista no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, vem sendo relativizada pelo próprio Tribunal de Contas da União, conforme se vê do voto do Ministro BENJAMIN ZYMLER:

Com efeito, não se olvida que a regra geral é que as contratações efetuadas pela Administração Pública devem ser precedidas de licitação. Entretanto, no caso da hipótese em abstrato aqui tratada, admite-se a contratação sem licitação para se afastar mal maior, quais sejam, danos irreparáveis e/ou riscos insuportáveis causados por uma maior demora na contratação em decorrência da realização de procedimento licitatório. Trata-se de opção do legislador ordinário com amparo no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

Esses riscos/danos nem sempre estarão afastados após o transcurso de 180 dias. Caso estejam, não há maiores questionamentos de que o prazo deve ser respeitado. Entretanto, caso não estejam, o interesse público primário deve ser atendido. A relevância do interesse coletivo e social do objeto contratado, bem como a urgência em seu atendimento, pode fazer com que seja colocado em segundo o estrito cumprimento desse dispositivo legal.

Esse entendimento, compatível com os princípios da finalidade e razoabilidade que regem a Administração Pública, permite, de acordo com o caso concreto, que se preserve determinado bem jurídico mais relevante – imediata ação pública em casos

²⁸ JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR entende tratar-se de hipótese de ressarcimento, porquanto o dano resultará reparado com o ressarcimento do que o contratado houvesse despendido na execução realizada: “Entenda-se por indenizar o pagamento tão-só do custo do que foi executado pelo contratado, excluída a parcela remuneratória que

de emergência ou calamidade - em detrimento de outro menos relevante – a realização de licitação.

(...)

Ora, se os bens contratados são necessários para o atendimento da situação emergencial e essa situação emergencial ainda persiste, o interesse público demanda que a execução contratual continue após o prazo legal para serem adequadamente tutelados os bens jurídicos que a contratação sem licitação buscou preservar.

(...)

Assim, sob essa ótica, não haveria óbices legais para que fosse extrapolado o limite de 180 dias de que trata o inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93, pois o fundamento jurídico da contratação sem licitação seria outro.

Em suma, dentro do possível, buscou-se atender aos princípios que regem as contratações efetuadas pela Administração, em especial os da impessoalidade, moralidade e isonomia. (os grifos não são do original).²⁹

Idêntica é a linha de raciocínio de MARÇAL JUSTEN FILHO:

*A comparação entre contratação por emergência e provimento jurisdicional cautelar tem a vantagem de propiciar a utilização, no campo administrativo, de inúmeros conhecimentos desenvolvidos no âmbito processual. Assim, *deve-se reconhecer que a contratação por emergência envolve a ponderação de interesses segundo o princípio da proporcionalidade. As limitações impostas às contratações por emergência têm de ser interpretadas em face do interesse a ser tutelado. Bem por isso, todas as regras do inc. IV são instrumentais da proteção a interesses buscados pelo Estado. Não possuem fim próprio e autônomo. Não podem ser aplicadas sem consideração aos fins buscados e tutelados. Por isso, o próprio limite de 180 dias deve ser interpretado com cautela. Afigura-se claro que tal dimensionamento pode e deve ser ultrapassado, se essa alternativa for indispensável a evitar o perecimento do interesse a ser protegido.*³⁰ (grifou-se)*

Essa é, sem dúvida, a interpretação que melhor se alinha à concretização ao interesse público primário e que não sobrepõe a forma ao valor, como insistentemente defendido nesse estudo.

O objetivo do prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias para os contratos emergenciais é evitar a eternização desses ajustes, que devem durar estritamente o tempo necessário para sanar a situação de calamidade.

²⁹ TCU. Acórdão nº 3238/2010. Min. Rel. Benjamin Zymler. Plenário. Publicado no DOU em 14/10/2010.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 345.

Na hipótese de a situação emergencial persistir mesmo após o decurso do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, não há outra solução senão a de prorrogar o contrato ou mesmo celebrar novo contrato emergencial.

Ambas as soluções levam a resultados idênticos.

10. Conclusões

A contratação emergencial prevista no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93 é instrumental à concretização de valores e direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

São os valores substantivos que devem ser tutelados pela Administração Pública (direito à vida, proteção do patrimônio público e do patrimônio privado) que determinam e condicionam a forma como a contratação administrativa se desenvolverá e não o contrário, sob pena de absoluta subversão da sua natureza instrumental.

Situações emergenciais que decorram de catástrofes naturais caracterizadoras de Estado de Calamidade Pública reclamam uma atuação voltada a salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos.

É possível extrair do art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 que não há uma única interpretação acerca do cumprimento das formalidades exigidas pelo legislador.

Existe uma direta relação entre o grau de urgência e o cumprimento das formalidades previstas no referido dispositivo legal. Quanto maior a urgência, mais flexível devem ser as exigências formais, sob pena de se sobrepor a forma ao fim ou, dito em outros termos, subjugar o valor constitucionalmente tutelado à forma.

A forma é a exteriorização do ato administrativo, absolutamente necessária para assegurar sua plena publicidade, sindicabilidade e a estabilidade das relações jurídicas.

Nenhum ato pode prescindir do cumprimento das formalidades. O que deve ser ponderado é se existe apenas um único meio de atender aos requisitos formais previstos pelo legislador.

Desastres naturais e grandes catástrofes não podem receber do intérprete tratamento idêntico ao de outras demandas do setor público, ainda que emergenciais, sob pena de não concretizar os valores constitucionalmente protegidos.

A utilização dos mesmos parâmetros e critérios do processo ordinário de contratação ou dos mesmos modelos de controle pode levar a resultados desastrosos e a situações irrazoáveis, nas quais, inevitavelmente, se estará diante da impossibilidade do atendimento literal das formalidades exigidas pela lei.

Enfim, as contratações emergenciais em um cenário de calamidade pública configuram hipótese bastante assemelhada ao instituto da requisição administrativa, prevista no art. 5º, inciso XXV, da Constituição Federal, na qual o atendimento das formalidades é necessário, mas decorre de uma ação prévia e anterior da Administração Pública para evitar uma situação de perigo iminente.

O que é absolutamente inaceitável é o locupletamento ilícito de verbas públicas por agentes públicos ou sociedades empresárias privadas, sendo mais reprovável quando isso ocorre em um contexto de desastres naturais que acarretam perdas de milhares de vidas. Nessas hipóteses devem os órgãos de controle agir com o máximo rigor, mas tais transgressões, por certo, não haverão de ser presumidas.