

Título : UM NECESSÁRIO VIÉS PRAGMÁTICO SOBRE A CONTRATAÇÃO DIRETA POR EMERGÊNCIA FICTA
Autor : Erick Halpern

UM NECESSÁRIO VIÉS PRAGMÁTICO SOBRE A CONTRATAÇÃO DIRETA POR EMERGÊNCIA FICTA

ERICK HALPERN

Advogado. Procurador do Município de Angra dos Reis/RJ. Pós-Graduado em Direito do Estado e Regulação pela Fundação Getúlio Vargas/RJ.

RESUMO

A licitação pública tem sido marcada como um dogma intransponível, vinculada à concretização do princípio da isonomia nos negócios públicos. Noutro giro, as contratações emergenciais têm sido marginalizadas, inclusive com a extirpação de seus efeitos jurídicos e a responsabilização do ordenador de despesa. O presente trabalho pretende lançar um novo olhar sobre o instituto, aliás, por intermédio, do pragmatismo jurídico e das alterações operadas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

INTRODUÇÃO

Em tempos de Operação Lava-Jato, os negócios públicos são marcados pela ausência de convicção em sua probidade, ainda mais quando não são precedidos de licitação pública.

Nesse contexto, a contratação direta é sinônimo de corrupção, apesar da expressa previsão constitucional e legal. O gestor público que dispensa ou declara a inexigibilidade de licitação, é intensamente marginalizado por ter utilizado um instrumento legal; inclusive, em muitos casos, com a prévia prolação de parecer favorável pelo seu órgão jurídico.

Há pouco tempo, os jornais noticiaram que a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro recebeu uma denúncia manejada pelo Ministério Público em face de dois delegados de polícia, em razão da formalização de contratos emergenciais. O objeto dos contratos consistia na manutenção e operação de todo o sistema de tecnologia de informação da Polícia Civil do Estado, sem os quais ocorreria verdadeira descontinuação dos serviços de inteligência policial, inclusive em contexto da intervenção federal na Segurança Pública Fluminense (DOIS EX-CHEFES..., 2019).

Infere-se, assim, que o administrador público vivencia hodiernamente um *trade-off* entre a urgente necessidade do Poder Público e sua futura e certa responsabilização perante os órgãos de controle.

A ESSENCIAL INSTRUMENTALIDADE DA LICITAÇÃO PÚBLICA

O constituinte originário regulou os negócios públicos e definiu a obrigatoriedade de prévio procedimento licitatório para a seleção dos contratantes em seu art. 37, inc. XXI. A jurisprudência e a doutrina pátria¹ compreendem o referido dispositivo como a positivação do princípio universal da licitação², sobre o qual não se aplica nem a técnica da ponderação destinada à resolução de colisões. Para tanto, a licitação aproximar-se-ia de uma figura mítica, imprescindível a garantir a probidade e a eficiência do sistema de contratações públicas.

Contudo, indaga-se: Será a licitação pública um verdadeiro princípio constitucional?

Para responder à questão, será necessária uma breve digressão sobre a teoria da norma jurídica.

Os princípios são uma espécie de norma jurídica que estabelecem mandados de otimização, de

acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, ao passo que as regras determinam condutas e obrigações específicas. Trata-se de uma diferença estrutural³.

De outro lado, Humberto Ávila (1999, p. 167) ensina que os princípios e regras diferenciam-se em razão do grau de generalidade e abstração:

Dante do exposto, pode-se definir os princípios como normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida. As regras podem ser definidas como normas mediatamente finalísticas. Para cuja concretização estabelecem com maior determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida. Como se vê, esta é uma distinção baseada no critério de abstração da prescrição normativa.

Destarte, pela singela leitura da disposição constitucional, percebe-se que a licitação apresenta natureza jurídica de regra, quer pela doutrina da distinção estrutural de Robert Alexy, quer pela concepção abstrativista de Humberto Ávila. Com efeito, a discussão acerca da classificação da licitação como princípio constitucional está formada por ideologias, preconceitos e receios, o que torna irracional o pensamento lógico-jurídico⁴, tendente a transformá-la em um dogma ou mito⁵.

Assim, a licitação constitui-se como uma exigência constitucional que determina à Administração Pública a obrigatoriedade de realizar um procedimento prévio e competitivo em que figurem todos os interessados em contratar com o Poder Público, sendo selecionados por intermédio de critérios objetivos.

Infere-se que o procedimento licitatório se destina a garantir igual acesso aos interessados no mercado de contratações públicas, de forma a concretizar o princípio da isonomia. Assim, no atual Estado Democrático de Direito, todos os agentes econômicos que estejam aptos a participar do certame têm direito de concorrer em igualdade de condições, sem qualquer espécie de favorecimentos ou privilégios⁶.

A igualdade, no entanto, não é o único comando que regula as licitações públicas. Na verdade, a isonomia reflete o atendimento de interesses privados dos agentes do mercado, de modo a assegurar a inexistência de irrazoáveis cláusulas de barreiras à entrada ou privilégios odiosos a um dos interessados no contrato administrativo (MENDES; MOREIRA, 2016).

Ainda, não se pode olvidar que o procedimento licitatório visa à satisfação de uma necessidade pública – obra, bem ou serviço – a ser suprida por meio de um contrato administrativo que alcance a melhor relação entre custo e benefício. Nessa acepção reside o interesse público, personificado pelo eficiente atendimento de uma finalidade estatal por meio do bem da vida adquirido.

Dessa maneira, no procedimento licitatório, devem coexistir, harmonicamente, a igualdade e a eficiência administrativa, sem qualquer prevalência entre eles, sob pena de privilegiar o interesse público ou privado, conforme o caso.

Não obstante, somente se exige a realização do certame licitatório quando preenchidos seus pressupostos, quais sejam: (a) pressuposto lógico; (b) pressuposto jurídico; e (c) pressuposto fático (BANDEIRA DE MELLO, 2004).

O pressuposto lógico de um procedimento licitatório desdobra-se na disputa e na competição. Por disputa, entende-se a existência de, no mínimo, dois agentes econômicos operando no mercado no qual o Poder Público tenha interesse em adquirir bens ou serviços, isto é, exista uma pluralidade de agentes. Quanto à competição, é necessário que os bens ou os serviços sejam similares, a possibilitar a comparação e a escolha mediante padrões e critérios objetivos.

De outro lado, o pressuposto jurídico relaciona-se com as hipóteses em que o interesse público não se coaduna com o certame licitatório, por não consistir no meio apto para satisfazer a necessidade estatal. A princípio, esse pressuposto confunde-se com as hipóteses de dispensa, em razão de o

legislador ter elencado situações nas quais preponderam outros interesses legitimamente tutelados, que não o igual acesso aos negócios públicos e a vantajosidade advinda da concorrência.

Já o pressuposto fático vincula-se ao interesse concreto dos agentes econômicos em participarem de uma licitação, competindo e formulando propostas pelo objeto contratual.

Destarte, não sendo preenchidos os pressupostos da licitação, torna-se inviável a realização do procedimento licitatório, restando apenas ao administrador o caminho da contratação direta, seja por inexigibilidade, seja por dispensa.

Na hipótese de dispensa, estão presentes os pressupostos lógicos e fáticos da licitação, ou seja, existe a possibilidade de disputa e competição, além de existirem agentes econômicos interessados no certame. Todavia, o legislador autorizou, diante do caso concreto, a não realização da licitação, pois, em uma análise de custo-benefício, entendeu-se como inconveniente o certame por sacrificar outros interesses juridicamente protegidos, a serem declarados discricionariamente pelo administrador.

Dessa forma, infere-se o caráter instrumental da licitação pública. Modernamente, a Administração Pública cumpre as finalidades constitucionais por intermédio de contratos, e, assim, a licitação apenas configura o percurso para a realização do interesse público, consubstanciado na necessidade estatal satisfeita pelo referido contrato. Dessa forma, não se pode transformar a licitação em um fim em si mesmo. Nesse sentido é a lição de Flávio Amaral Garcia (2005):

A licitação é um instrumento da ação estatal, não constituindo um fim em si mesma. É apenas um meio para o atingimento de uma determinada finalidade pública prevista em lei ou na própria Constituição Federal. Se, no caso concreto, a licitação não se revelar como a forma apta ao atendimento desta finalidade, não há nenhuma razão para realizá-la, sob pena de não dar cumprimento a finalidade pública, objetivo a ser perseguido pelo administrador.

Malgrado a dispensa da licitação pública ter expressa previsão legal ⁷, gestores públicos continuam a ser responsabilizados pelo Ministério Público, seja na esfera da improbidade administrativa, seja na esfera criminal.

Não é objetivo do presente texto corporificar uma ode à contratação direta, tampouco ao procedimento licitatório; mas apenas reforçar o caráter instrumental das licitações públicas, visto que o imprescindível é a realização do interesse público, caracterizando-se o próprio Direito Administrativo ⁸ como um ferramental necessário para a consecução dos objetivos plasmados pela Constituição da República de 1988.

A CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL – REQUISITOS E LIMITES

O bem jurídico tutelado pela contratação emergencial são as necessidades coletivas e metaindividuais, ou seja, a ausência de contratação ocasionaria uma lesão a bens públicos e, consequentemente, as próprias finalidades da Administração Pública.

A dispensa de licitação, dessa forma, foi instituída em uma autêntica ponderação legislativa, em que se contrabalançou, de um lado, a igualdade de acesso ao negócio público, e, do outro, uma eficiente satisfação da necessidade estatal.

Assim, o decurso de tempo necessário para a conclusão dos trâmites da licitação pública é um fator impeditivo à sua própria realização, uma vez que sua demora é incompatível com o interesse público caracterizado pelo objeto da contratação ⁹.

Nesse viés, foi editado o art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666/1993:

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;

Pela singela leitura do dispositivo legal, é possível extrair-se dois pressupostos para sua aplicação: (a) demonstração efetiva dos potenciais danos; e (b) proporcionalidade da medida.

Em primeiro lugar, é necessário que, no procedimento administrativo de contratação direta, este caracterizado que a urgência ensejará, concreta e efetivamente, danos a pessoas, bens e atividades da Administração Pública. Ou seja, deve estar evidenciado que a ausência da contratação ocasionará prejuízos irreparáveis, visto que não poderão ser restaurados posteriormente à conclusão de um certame público (JUSTEN FILHO, 2014).

De outro lado, é primordial que seja respeitada a regra da proporcionalidade na aplicação da contratação emergencial. Logo, a contratação direta deve ser examinada à luz dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*.

Por adequação, comprehende-se que o meio é apto para o atingimento do resultado pretendido¹⁰. Dessa forma, a contratação deve ser adequada a extirpar o risco de dano ao interesse público, consubstanciado em seu objeto. À guisa de exemplo, em um surto de dengue, a aquisição direta de inseticidas é o meio apto a eliminá-lo.

A necessidade¹¹ conceitua-se como a inexistência de outra forma menos gravosa para atingir o fim almejado. E, além disso, a essencialidade da aplicação do meio pretendido. No exemplo citado, apenas seria necessária a contratação direta, caso inexistisse outro inseticida com igual eficácia nos almoxarifados do Poder Público.

Além da observância da adequação e da necessidade, deve ser perquirido o preenchimento da proporcionalidade em sentido estrito, que se caracteriza genericamente por uma valoração concreta, na medida em que, ao se garantir um direito, muitas vezes é preciso restringir outro, situação juridicamente aceitável somente após um estudo teleológico, no qual se conclua que o direito juridicamente protegido por determinada norma apresenta conteúdo valorativamente superior ao restringido¹².

Na hipótese da contratação direta por emergência, cabe perquirir se o interesse público subjacente ao contrato administrativo apresenta, concretamente, carga axiológica superior à igualdade de acesso ao mercado público pela iniciativa privada. No exemplo anterior, o sopesamento ocorreria entre a integridade física e o direito à saúde dos municípios em face da igualdade de participação em um certame.

Ademais, em razão da restrição ao princípio da igualdade dos interessados, a contratação emergencial tem alguns limites implícitos. O primeiro consiste no próprio objeto contratual, visto que somente pode ser pactuado o estritamente necessário para debelar o risco ao interesse público ocasionado pela situação de urgência. Explica-se: no bojo de um contrato emergencial não cabe embutir bens ou serviços que poderiam ser perfeitamente objeto de um regular procedimento licitatório (OLIVEIRA, 2016). É a hipótese, por exemplo, da aquisição direta de remédios destinados ao tratamento de câncer em um surto de dengue.

Outro limite à contratação emergencial relaciona-se ao seu prazo de duração, visto tratar-se de contrato provisório vinculado à resolução de urgência. Assim, o legislador ordinário dispôs, peremptoriamente, acerca do prazo máximo de 180 dias, vedada sua prorrogação. Nada obsta, portanto, que seja prorrogado, desde que a contratação se mantenha dentro do interregno de 180 dias. Caso persista a situação emergencial por prazo superior ao legal, é possível a confecção de nova contratação, contudo, aumentando-se o ônus de justificação do gestor público.

Em suma, percebe-se que a contratação emergencial deve funcionar nas hipóteses em que o tempo for inimigo do interesse público, concretizado no objeto contratual pretendido, a fim de afastar o risco incidente sob pessoas, bens e atividades administrativas.

O DIREITO PÚBLICO SOB O OLHAR PRAGMÁTICO DA REVIGORADA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

O pragmatismo¹³, em especial em seu viés jurídico, fundamenta-se em três características comuns, quais sejam, o antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo.

O antifundacionalismo refuta a existência de quaisquer espécies de conceitos abstratos, categorias prévias, princípios imutáveis, dogmas definitivos na filosofia e, portanto, no direito¹⁴. O contextualismo advém da necessidade de considerar crenças políticas, religiosas, científicas, enfim, a cultura da sociedade e as relações que ela mantém com as instituições e práticas sociais. Ou seja, devem ser valorizadas as necessidades humanas e sociais. Por fim, o consequencialismo induz que os atos devem ser testados por meio de uma antecipação provável de resultados e consequências, em um verdadeiro juízo de prognose (POGREBINSCHI, 2019).

Nesse cenário, a Administração Pública brasileira, assim como o direito considerado por si só, beneficia-se da utilização do instrumental do pragmatismo, seja pela pretensão de atingir resultados concretos favoráveis, seja pela consideração dos efeitos futuros de sua atuação. Aliás, induz à modernização das teorias e práticas, uma vez que se dissocia de dogmas que impedem o avançar da Administração Pública, propiciando a releitura de diversos institutos arcaicos de acordo com sua função contemporânea.

Ademais, propicia uma aproximação entre o intérprete-aplicador do direito e o caso concreto objeto da interpretação. Nesse sentido, afirma Rafael Oliveira (2015, p. 87):

Isso significa dizer que a interpretação jurídica é contextualizada, isto é, o sentido da norma depende do respectivo contexto histórico, social, econômico e político, em que se encontra inserida. Vislumbra-se, aqui, a íntima ligação entre a atividade interpretativa e pragmatismo, notadamente pela necessidade de criação da norma a partir do texto da lei, com a valorização do contexto e das consequências da interpretação.

A partir do pragmatismo, o legislador ordinário alterou a vetusta Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) para reconciliar o direito público com o pragmatismo. Confira-se o dispositivo inaugural da novel sistemática:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (*Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018*)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (*Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018*)

O dispositivo transscrito nasceu com o escopo de rechaçar as decisões, que, tomadas em quaisquer esferas, valem-se de princípios genéricos e indeterminados como meros argumentos retóricos, portanto, sem qualquer análise do contexto fático, assim como sem adentrar em suas consequências futuras da decisão no mundo real. Na verdade, busca encerrar a equivocada panaceia dos princípios em que se encontra o atual Direito brasileiro, em que seu simples manejo, sem qualquer rigor metodológico, resolve o caso posto sem adentrar em seus aspectos fáticos¹⁵.

Destarte, pretende-se evitar decisões subjetivas e arbitrárias das instâncias decisórias, que, a pretexto de aplicar diretamente um princípio constitucional, afastem regras jurídicas válidas, reformulem o planejamento estatal e imiscua-se nas políticas públicas, inclusive sem nenhuma deferência às capacidades institucionais do órgão instituidor (MARQUES NETO; FREITAS, 2019).

Assim, o art. 20 da LINDB eleva o ônus geral de motivação das decisões fundamentadas em princípios constitucionais, logo, institui um fundamental processo de concretização dos princípios constitucionais, no qual seja examinado, além dos argumentos jurídicos, o contexto fático e as consequências da decisão (JUSTEN FILHO, 2018). Dessa maneira, exige uma postura deferente da instância decisória aos atos da Administração Pública, considerando a conjuntura em que foram tomados e os próprios efeitos futuros, ao confrontá-los com os princípios incidentes no caso concreto.

Nesse sentido, o acordão da lavra da Desembargadora Maria Isabel Paes Gonçalves, prolatado pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, inaugura essa postura de deferência à Administração Pública pelo Poder Judiciário fluminense:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ALUGUEL SOCIAL OU INCLUSÃO EM PROGRAMA HABITACIONAL. DIREITO À MORADIA. ARTIGO 6º, DA CRFB/88. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO ALUGUEL TEMPORÁRIO. DESOCUPAÇÃO DO AUTOR DE IMÓVEL CONSTRUÍDO EM ÁREA PÚBLICA, DESTINADA A UMA PRAÇA. HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA PELO BENEFÍCIO, DESTINADO ÁQUELES QUE VIVEM EM ÁREAS DE RISCO OU QUE PERDERAM SUA RESIDÊNCIA EM RAZÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA. PEDIDO DE MANUTENÇÃO NO IMÓVEL JULGADO IMPROCEDENTE EM PROCESSO ANTERIOR. NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE O DIREITO À MORADIA QUE NÃO ESTABELECEM O DIREITO SUBJETIVO OU OBRIGAÇÃO DE RESULTADO, COMO FORNECER UMA CASA OU PAGAR DIRETAMENTE UM ALUGUEL À PESSOA SUPOSTAMENTE CARENTE DE RECURSO, MAS SIM O DEVER DO PODER PÚBLICO DE IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS QUE GARANTAM O ACESSO DE TODOS AO MERCADO HABITACIONAL. INEXISTÊNCIA DE LEI MUNICIPAL SOBRE O ALUGUEL SOCIAL. CONDENAÇÃO SEM OBSERVÂNCIA DA LINDB (LEI Nº 13.655/2018), QUE REFORÇOU A NECESSIDADE DE SE CONSIDERAR OS IMPACTOS DAS DECISÕES JUDICIAIS NA SOCIEDADE, CABENDO AO MAGISTRADO FUNDAMENTAR SUAS DECISÕES DE MODO EXPRESSO, AVALIANDO AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS, ECONÔMICAS E SOCIAIS. DESOCUPAÇÃO DE IMÓVEL CONSTRUÍDO EM ÁREA DE USO COMUM DO Povo. PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INCLUSÃO NO PROGRAMA "MINHA CASA, MINHA VIDA" QUE DEVE SER REQUERIDA PELA VIA ADMINISTRATIVA, E NÃO COMO CONSEQUÊNCIA DA DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL EM QUESTÃO. INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 20, PARÁGRAFO 4º, DO CPC/73. PROVIMENTO DO SEGUNDO RECURSO. PREJUDICADO O PRIMEIRO RECURSO. (TJ/RJ, AC nº 0006447-67.2015.8.19.0068, Rel. Des. Maria Isabel Paes Gonçalves, 2ª Câmara Cível, j. em 06.09.2019)

Ressalta-se, por fim, que existe uma interação entre o disposto no art. 20 da LINDB com as regras do art. 489, § 1º, do NCPC¹⁶, cabendo uma interpretação sistemática, visto que ambas as regras evidenciam a imperiosa necessidade da instância decisória, efetivamente, concretizar as normas gerais aos dados do caso em sua análise. Aliás, o próprio art. 15 do NCPC¹⁷ determina uma aplicação subsidiária das regras processuais aos processos administrativos (JUSTEN FILHO, 2018).

De outro lado, o art. 21 da LINDB dispõe:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

O dispositivo transcreto incide sobre quaisquer decisões, seja baseada em um princípio, seja fundada em uma regra jurídica, ao passo que o comando do art. 20 da LINDB é restrito às hipóteses em que o tomador da decisão se alberga de princípios abstratos e genéricos. Outra diferença reside no âmbito de incidência do art. 21, visto que é restrito às decisões sobre a validade de atos, contratos, processos, normas e políticas públicas.

O art. 21 da LINDB pretende proceder uma releitura pragmática à antiquada teoria das nulidades dos atos administrativos ao modificar a imposição obrigatória de efeitos *ex tunc* ao ato nulo, de acordo com as circunstâncias fáticas a serem preservadas no caso em questão. Impõe, portanto, ao órgão julgador um reforçado ônus decisório, uma vez que, ao invalidar ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, deverá indicar, expressamente, suas consequências jurídicas e administrativas (MARQUES NETO; FREITAS, 2019).

Assim, por exemplo, ao invalidar uma licitação e, consequentemente, um contrato de limpeza urbana de um município, o julgador deverá esmiuçar seus efeitos mediatos e imediatos: (a) Quais os direitos do contratado pelo serviço executado e pela desmobilização? (b) Quais os direitos dos

empregados do contratado? (c) Como procederá a Administração para garantir a prestação da limpeza da cidade? (d) Poderá a Administração realizar outra licitação na pendência do litígio? (e) Caberá uma contratação emergencial enquanto perdura o imbróglio jurídico?

Ademais, o comando não demanda que a instância decisória anteveja todos os efeitos externos de sua decisão, sob pena de transmudar o órgão julgador em uma espécie de profeta. Na verdade, pretende apenas tornar as decisões responsáveis ao exigir que sejam avaliadas suas consequências lógicas e plausíveis¹⁸.

Nessa toada, o precedente da 2^a Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REQUERIMENTO DE TUTELA DE URGÊNCIA. PEDIDO DE CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL MEDIADOR/CUIDADOR PELO ENTE ESTADUAL PARA ACOMPANHAR O AUTOR/AGRAVADO EM SALA DE AULA DO COLÉGIO ESTADUAL EM QUE ESTUDA, POR SER PORTADOR DE AUTISMO, APRESENTANDO DIFICULDADES DE APRENDIZADO E INTERAÇÃO. DEFERIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA CONTRA A QUAL SE INSURGE O ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DECISÃO AGRAVADA QUE NÃO INDICA AS CONDIÇÕES DE SEU CUMPRIMENTO EFETIVO, INOBSERVANDO O ARTIGO 21, PARÁGRAFO 1º, DA LINDB ("art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos."). CONTRATAÇÃO DE PESSOAL NA ESFERA PÚBLICA QUE DEMANDA O CUMPRIMENTO DE NORMAS DE ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRA CONSTITUCIONAL NA ESFERA NO ENTE FEDERADO. ARTIGO 37 E INCISOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DECISÃO QUE SE AFIGURA MERAMENTE POLÍTICA. DIREITO FUNDAMENTAL A EDUCAÇÃO QUE NÃO AFASTA A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIAS DAS NORMAS INSCULPIDAS PELO ESTADO DE DIREITO. O DEVER DOS ENTES FEDERADOS NA CONSECUSSÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS DEVE SE CONSTRUIR NO INTERESSE DA COLETIVIDADE, EM ATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO. REFORMA DO DECISUM PARA DESONERAR O ENTE AGRAVANTE DO DEVER DE CONTRATAR O PROFISSIONAL REQUERIDO PELA PARTE AGRAVADA. PROVIMENTO DO RECURSO. (TJ-RJ, AI n.º 0018987-21.2019.8.19.0000, Rela. Desa. Maria Isabel Paes Gonçalves 2^a Câmara Cível, julg. 23/05/2019)

O parágrafo único do preceito em comento ainda institui um dever geral de convalidação dos atos administrativos, compelindo ao julgador, sempre que possível, que se valha dos instrumentos de sanatória. Aliás, já existia previsão similar no art. 55 da Lei nº 9.784/1999¹⁹.

O último preceito da LINDB que exige maiores reflexões assim dispõe:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

A regra em análise concretiza o princípio da realidade na esfera da Administração Pública, reconectando as decisões tomadas pelos órgãos julgadores ao mundo dos fatos. O Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2011, p. 13), de longa data, é referência no assunto:

O princípio da realidade prescreve a coerência entre a realidade e o direito: como uma disciplina de comportamentos interpessoais, que se apresentam como fatos reais da convivência social, deve ser consequente com o que efetivamente ocorreu, ocorra ou possa ocorrer. [...] De resto, o sistema legal-administrativo não pode se constituir em um repositório de determinações utópicas, irrealizáveis e inatingíveis, mas em instrumento sério de cumprimento da ordem jurídica, na disciplina possível da realidade da convivência humana. A desatenção a este princípio se comunica nefastamente a toda a ordem jurídica, pois concessões à irrealidade levam ao descumprimento habitual das normas, ao

desprestígio da autoridade constituída e à banalização da lei, e daí, como na advertência de Agustín Gordillo, afinal, à desmoralização de todo o sistema.

Desse modo, pretende impor aos órgãos julgadores que examinem o contexto fático em que a conduta do gestor foi praticada, assim como que avaliem as limitações materiais e jurídicas que influíram em sua atuação.

Com efeito, são conhecidas as mazelas que Administração Pública enfrentam em seu cotidiano, a saber: ausência de verbas; escasso quadro de pessoal e desídio de *expertise*; escassez de tempo para planejamento de ações; ausência de infraestrutura mínima de trabalho. Ainda, existem dificuldades jurídicas vislumbradas pela ausência de coerência e integridade na jurisprudência lotérica prolatada pelo Poder Judiciário e tribunais (JORDÃO, 2018).

Além disso, almeja censurar a sanha dos controladores em responsabilizar agentes públicos, muitos anos após a prática da conduta e no conforto de seus gabinetes, baseadas apenas em divergências de interpretações jurídicas, sem qualquer contextualização com fatos concretos e considerações a respeito das políticas públicas a seu cargo. Muitas vezes, inclusive, os atos administrativos são chancelados por pareceres jurídicos com argumentos substanciais da Advocacia Pública (GARCIA; MASCARENHAS, [s. d.]).

Pois bem. Com esse instrumental fornecido pelo pragmatismo jurídico e pelas novas disposições da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro, cabe revisitar a contratação direta por emergência quando causada pela inércia, incúria ou desídia de servidor público.

REVISITANDO A CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL POR “ERRO” OU DESÍDIA ADMINISTRATIVA

A contratação emergencial é imersa em um preconceito dos controladores, visto que todo gestor público seria corrupto por natureza. Aliás, nesse prisma, o mercado privado seria vocacionado a ilicitamente enriquecer às custas dos cofres públicos.

Nessa ótica, existe um amplo desprezo dos órgãos de controle, seja judicial, seja de contas, acerca da contratação emergencial oriunda de um erro administrativo, falta de planejamento ou, ainda, pela desídia de um agente público. Tanto que a doutrina²⁰ cunhou a pejorativa expressão “emergência fabricada”.

Destarte, com certa frequência, as instâncias decisórias têm concluído pela invalidação desses contratos aduzindo-se, tão somente, que se trata de emergência fabricada²¹. Aliás, em conjunto com a decretação de nulidade, é manejado pelo controlador o procedimento sancionador do agente público nas esferas civil, criminal e administrativa.

O gestor público, por conseguinte, depara-se com um *trade-off*: ou escolhe sua proteção pessoal, ou opta pelo interesse público consubstanciado na contratação direta do objeto por emergência ficta.

Para a resolução do conflito de escolha do agente público, basta uma interpretação literal do dispositivo do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, já que o enunciado normativo não diferencia as hipóteses de emergência real para a emergência ficta. A emergência real advém de um evento imprevisível; já a emergência ficta origina-se de um erro administrativo, da desídia ou da incúria da própria Administração Pública. Nos dois cenários, emerge a mesma conclusão, qual seja, a contratação direta.

Pelo método de interpretação teleológico, alcança-se idêntico resultado, visto o caráter instrumental da licitação pública. Ora, o procedimento licitatório apenas configura o percurso para a realização do interesse público, consubstanciado na necessidade estatal satisfeita pelo referido contrato. Dessa forma, não se pode transformar a licitação em um fim em si mesmo. Assim, nas situações de urgência, nas quais o fator tempo não se coaduna com a morosidade do certame, não é legítimo que sejam sacrificados pessoas, bens, serviços e atividades administrativas em prol da licitação²².

As inovações operadas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro trouxeram novas luzes sobre o contrato emergencial. Os arts. 20 e 21, ao imporem o consequencialismo para a tomada

de decisões, imputaram uma dose de responsabilidade nas instâncias decisórias, pois é necessária uma análise pormenorizada de seus efeitos no “dia seguinte” da Administração Pública, anteriormente à declaração de nulidade do ajuste (MARQUES NETO; FREITAS, 2019). Aliás, veda que sejam interrompidas atividades administrativas essenciais pelo simples argumento retórico de violação ao princípio da licitação pública, sem qualquer cotejo com o contexto fático ou, pior, ao arrepio do interesse público plasmado no objeto contratual.

Surge, também, a imprescindível obrigatoriedade de os controladores avaliarem, portanto, fundamentarem acerca da criação de regras de transição razoáveis, de forma a compatibilizar a necessidade estatal com a realização da licitação ²³.

Noutro giro, a regra do art. 22 determina que sejam consideradas as circunstâncias fáticas atinentes ao momento da contratação emergencial ficta, ou seja, à guisa de exemplo, deve ser analisado o conflito real entre o desabastecimento do medicamento na rede de saúde por erro administrativo de um servidor ou a contratação direta para garantir um período mínimo para a conclusão do certame.

Ademais, é essencial que o cenário fático seja apreciado nos procedimentos sancionadores relacionados à irregularidade da contratação direta, visto que, com certa frequência, a discricionariedade do gestor público é reduzida a zero em razão do próprio objeto contratual, assemelhando-se à inexigibilidade de conduta diversa, como no exemplo citado. Inclusive, o agente público que deu causa ao contrato emergencial, muitas vezes, não é o próprio gestor.

Assim, proceder de forma diversa consistirá em incentivar que gestores públicos deixem de perseguir o interesse público nas situações de erro administrativo ou de desídia de servidores; ou, pior, que sua atuação seja paralisada pelo medo de responsabilidade pessoal.

Outrossim, é cerceada qualquer solução heterodoxa do agente público plasmada para inovar a gestão pública, assim como o gestor é condicionado a preservar uma administração formalista e legalista, em vez de fomentar a busca de soluções eficientes para a satisfação do interesse público ²⁴.

Nessa toada, Fernando Vernalha Guimarães (2016) destaca:

O administrador público vem, aos poucos, desistindo de decidir. Ele não quer mais correr riscos. [...] Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Sob as garras de todo esse controle, o administrador desistiu de decidir. Viu seus riscos ampliados e, por um instinto de autoproteção, demarcou suas ações à sua “zona de conforto”. Com isso, instalou-se o que se poderia denominar de *crise da ineficiência pelo controle*: acuados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger. Tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvértidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos. E é compreensível a inibição do administrador frente a esse cenário de ampliação dos riscos jurídicos sobre suas ações. Afinal, tomar decisões sensíveis pode significar ao administrador o risco de ser processado criminalmente. Como consequência inevitável da retração do administrador instala-se a ineficiência administrativa, com prejuízos evidentes ao funcionamento da atividade pública.

Destarte, conclui-se que a emergência ficta não inviabiliza a contratação direta por dispensa de licitação, contudo, cabe ser avaliada sua proporcionalidade, assim como demonstrada a potencialidade efetiva dos danos que a Administração Pública suportará. Contudo, existe mais um pressuposto, qual seja, a inauguração de processo administrativo disciplinar com escopo de apurar a responsabilidade do agente público que deu causa à emergência ficta.

Além do mais, esse raciocínio decorre da interpretação sistemática e axiológica do instrumental pragmático da LINDB (arts. 20, 21 e 23) ao contrato por emergência fabricada, como forma de impor o contextualismo, o consequencialismo, sopesar os interesses contrapostos e, por fim, compatibilizá-los. Nessa toada, o Professor Rafael de Oliveira (2013, p. 1.129) esclarece:

A contratação emergencial é possível mesmo na hipótese em que a situação de emergência seja atribuída ao agente público (emergência “fabricada” ou “provocada”), sob pena de não se atender o interesse da coletividade. Nesse caso, todavia, a Administração, após a contratação, deverá apurar a

responsabilidade do agente (ex.: agente público, por desídia, permite que a expiração do prazo de contrato em vigor, cujo objeto é o fornecimento de serviços contínuos a determinado hospital). A contratação emergencial é admitida, mas o agente deverá ser responsabilizado.²⁵

Desse modo, a simplória conclusão acerca da ilegalidade da contratação direta por emergência ficta destoa do pragmatismo jurídico e, portanto, afronta as novas disposições da LINDB, cuja finalidade consiste em introduzir maior eficiência às contratações públicas, inclusive em seus cenários fáticos de emergência, sejam reais, sejam fictas.

CONCLUSÃO

O pragmatismo jurídico tem imbuído uma nova concepção ao Direito Administrativo, a exemplo da recente alteração na vetusta Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, conduzindo a interpretação jurídica de novos paradigmas fundada em respeito ao contextualismo, ao consequencialismo e ao anti-fundacionalismo. Aliás, tais contornos são passíveis de controle, seja nas decisões da Administração Pública, seja nas de titularidade dos órgãos controladores.

Esse cenário pragmático adequa-se perfeitamente ao caráter instrumental das licitações públicas, visto que têm somente as funções de garantir a isonomia entre os agentes do mercado e a busca pelo melhor preço por intermédio da instituição da competição. O principal interesse público consiste na satisfação da necessidade estatal corporificada no objeto contratual.

Assim, cabe revisitar a contratação emergencial sob as luzes do pragmatismo, independentemente de sua origem ser real ou ficta. Na hipótese de erro administrativo ou desídia do agente público, os efeitos do ajuste devem ser reputados hígidos, malgrado a necessária apuração de responsabilidade do agente faltoso.

Uma interpretação diversa ensejará uma inversão de valores, caracterizando uma primazia da licitação pública, em desrespeito ao interesse público e aos objetivos constitucionais inerentes ao Poder Público. Ademais, incentivará que os gestores públicos privilegiem um formalismo exacerbado, em vez de buscarem soluções aos problemas impostos pela realidade cotidiana da Administração.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. Licitação – Do objeto licitável. *RDP*, n. 8, abr./jun. 1969.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- DOIS EX-CHEFES de Polícia Civil viram réus por fraudes em licitação. *G1 Rio*, 4 dez. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/12/04/dois-ex-chefes-de-policia-civil-viram-reus-por-fraudes-em-licitacao.ghtml>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 1994.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GARCIA, Flávio Amaral. Dispensa de licitação em face de situação emergencial do contratado. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, ano 4, n. 47, nov. 2005.
- _____. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GARCIA, Flávio Amaral; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Contratos públicos, improbidade e o Estado amedrontado (ou “Crime de hermenêutica dos outros é refresco”)*. [s.d]. Cedido pelos autores.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*, n. 71, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 11 dez. 2019.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB: acabou o romance – reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 70, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV-Rio, Edição Especial, nov. 2018.

LOUREIRO, Maria Rita. (Coord.). *Coordenação do sistema de controle da administração pública federal*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2009. (Série Pensando o Direito, n. 33).

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, n. 14, p. 361-372, 2000.

MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. A questão da redução dos riscos e a garantia da segurança. *Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, n. 265, p. 37, mar. 2016.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Licitações e contratos administrativos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense/ São Paulo: Método, 2013.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

_____. *O que é pragmatismo jurídico?* Disponível em: <http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>. Acesso em: 21.12.2019

RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como “caixa de ferramentas”*. São Paulo: Malheiros, 2017.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. *Manual prático das licitações (Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, 2003.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Llicitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Onde está o princípio universal da licitação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

¹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 491.

² A expressão foi cunhada por Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, no artigo *Onde está o princípio Universal da Licitação* (SUNDFELD; ROSILHO, 2015).

³ Segundo Robert Alexy (apud SILVA, 2003, p. 610-611), “princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização. Importante, nesse ponto, é a idéia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser - e freqüentemente é - obstada pela realização de outro princípio. [...]. As regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos”.

⁴ Cf. SUNDFELD; ROSILHO, 2015, p. 23.

⁵ “A retomada do texto da Constituição não deixa margem para dúvidas: a Constituição não criou – nem sequer cogitou criar – o princípio universal da licitação. Suas normas revelam quão implausível é falar na existência de tal princípio. Interpretação em sentido contrário importaria, necessariamente, distorcer o texto constitucional, ignorar os comandos normativos existentes e pressupor a existência de outros que não existem. A afirmação de que a presunção estaria contida nos princípios constitucionais não é menos exagerada. Extrair dever geral de licitar - algo bastante concreto, palatável - de princípios constitucionais abstratos e de baixa densidade normativa é um equívoco. Fazê-lo também importaria substituição ao constituinte. O texto constitucional, quando quis, impôs, de maneira expressa o dever de licitar, identificando com clareza seus sujeitos e objetos.” (SUNDFELD; ROSILHO, 2015, p. 37)

⁶ “A Constituição aponta princípios fundamentais, que fazem da licitação a regra e, a contratação direta a exceção: os princípios da igualdade e moralidade. É imprescindível licitar, porque não se pode fazer uma discriminação entre iguais: todos aqueles que se apresentem no mundo de uma eventual

contratação, com iguais aptidões, não devem sofrer privilegiamentos ou detrimientos, sem uma razão lógico-jurídica, solidamente detectável e palpável.” (FIGUEIREDO; FERRAZ, 1994, p. 40)

⁷ O art. 24 da Lei nº 8.666/1993 apresenta um extenso rol de hipóteses, nas quais o legislador ponderou uma preferência ao interesse público plasmado no objeto contratual, em vez do interesse privado consubstanciado em uma isonômica contratação.

⁸ A acepção de Direito Administrativo como “caixa de ferramentas” foi elaborada pelo Professor Carlos Ari Sundfeld e, posteriormente, o tema foi desenvolvido pelo Professor Leonardo Coelho Ribeiro. Para uma melhor análise, confira as seguintes obras: SUNDFELD, 2014; e RIBEIRO, 2017.

⁹ O tempo é um objeto primordial para a qualificação jurídica dessa hipótese de contratação direta, tanto que o Carlos Ari Sundfeld a classifica como inexigibilidade. Confira-se: “Ao contrário do que normalmente se imagina, não se trata de hipótese de dispensa, pois, nos termos da regulamentação do assunto, a contratação direta só é possível se exiguidade do tempo inviabilizar o certame. Logo, ou tem inexigibilidade ou a contratação demandará licitação” (SUNDFELD, 1994, p. 49).

¹⁰ O Ministro Gilmar Mendes (2000, p. 361) cita decisão do Tribunal Constitucional Alemão para facilitar a compreensão do conceito de adequação: “os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado [...]”.

¹¹ Canotilho (2002, p. 270), tratando do subprincípio da necessidade, destaca: “O princípio da exigibilidade, também conhecido como princípio da necessidade ou da menor ingerência possível’, coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão. [...] O princípio da exigibilidade não põe em crise, na maior parte dos casos, a adopção da medida (necessidade absoluta) mas sim a necessidade relativa, ou seja, se o legislador poderia ter adoptado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos”.

¹² Em sentido aproximado ao do texto, veja-se o conceito de Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 23): “o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.

¹³ O pragmatismo nasce em meio aos encontros do Clube Metafísico fundado em 1871 por alguns estudantes dos diversos cursos pós-graduação de Cambridge, quais sejam, Charles S. Peirce, William James, Nicholas St. John Green, Oliver Wendell Holmes, Joseph Bangs Warner, John Fiske, Francis Ellingwood Abbot e Chauncey Wright. Para um estudo minucioso sobre o pragmatismo, consulte: POGREBINSCHI, 2005.

¹⁴ O pragmatismo jurídico é introduzido no direito público brasileiro pelas obras dos Professores José Vicente Santos Mendonça e Rafael Oliveira. Posteriormente, é desenvolvida pelo Professor Gustavo Binenbojm em sua releitura do Poder Policia. Cf.: MENDONÇA, 2014; OLIVEIRA, 2015; e BINENBOJM, 2016.

¹⁵ O Professor Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 60-84) resume bem a questão: “Um sistema jurídico não é mau nem bom pelo fato de, em seus processos, princípios serem usados com muita frequência. O problema não está neles, mas na comodidade que podem oferecer para os espertos e para os preguiçosos. O oportunista, cujo interesse é adiar eternamente o pagamento de suas dívidas, invoca em juízo apenas o princípio do ‘acesso à jurisdição’ e pede para não pagar, até o fim do processo principal: ‘negar a liminar’, diz ele, ‘é cassar meu direito à Justiça’. É um esperto, com um argumento cômodo, ocultando a fragilidade de sua pretensão de mérito. O juiz que não queira o trabalho de analisar a plausibilidade do direito de fundo pode simplesmente aceitar o tal princípio e conceder a liminar, ou invocar o ‘princípio da obrigatoriedade dos contratos’ e negá-la. É um preguiçoso, usando argumentos fáceis para esconder a superficialidade de sua decisão. Espertos e preguiçosos sempre existirão: o mal é que sua esperteza fique oculta, por conseguir iludir os espectadores com truques de mágica – com a simples declaração de princípios”.

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráphrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

¹⁷ “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

¹⁸ Nesse sentido afirma José Vicente Santos Mendonça (2018, p. 43): “Primeira observação: o julgador não deve – porque não teria como – indicar todas as consequências jurídicas e administrativas da decisão. Ele só deve indicar as consequências mais importantes, seja em termos econômicos, político-administrativos e/ou sociais. Da invalidação de contrato administrativo de serviços de limpeza numa escola pública decorrerão um sem número de consequências jurídicas e administrativas, mas o que se exige é que apenas as mais importantes sejam indicadas (o custo da evitação da ilegalidade ao erário; estratégias de realocação de alunos etc.). Vale registrar que nem sempre haverá consequências jurídicas e administrativas significativas; pode haver uma ou outra, e, muito raramente, nenhuma delas. Esta circunstância – a inexistência de um ou outro tipo de consequência, ou de nenhuma – deve ser objeto de justificativa expressa do julgador”.

¹⁹ “Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.”

²⁰ Cf.: PEREIRA JÚNIOR, 2009, p. 299; GASPARINI, 2001, p. 214; FURTADO, 2009, p. 74.

²¹ À guisa de exemplo, vejam-se as seguintes decisões: STJ, REsp nº 1.192.563/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 12.05.2015, DJe de 06.08.2015; STJ, REsp nº 932.821/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 01.04.2008, DJe de 11.04.2008; TJ/RJ, AC nº 000019491.2009.8.19.0062, Rel. Des. Teresa Andrade, j. em 29.04.2015; TJ/RJ, AC nº 0002572-38.2007.8.19.0014 (2008.001.42028), Rel. Des. Pedro Freire Raguenet, j. em 21.10.2008; TCU, Decisão nº 347/1994, Plenário; TCU, Acordão nº 1.266/2007, Plenário.

²² A maioria da doutrina moderna defende essa posição: OLIVEIRA, 2013, p. 68; GARCIA, 2018, p. 308; RIGOLIN; BOTTINO, 2009; NIEBUHR, 2011, p. 250; JUSTEN FILHO, 2014, p. 407-408.

²³ Em sentido semelhante: “Uma das formas mais imediatas de exercício do dever de regularização proporcional é por meio da *criação de períodos de transição*. Detecta-se ilegalidade insanável no ato municipal que autorizava feira-livre. A decisão que o invalidar deverá estabelecer prazo razoável para que deixe de produzir efeitos, quiçá para que se realize a prática de novo ato que o permita (ou para que se encontre novo local)” (MENDONÇA, 2018, p. 43).

²⁴ Nesse sentido: “Na avaliação dos fiscalizados, a perpetuação de tal cultura provoca a percepção de que os auditores agem como algozes em busca de situações que possam promover punições aos funcionários públicos. Tal percepção dificulta a construção de diálogo e impede o aprendizado mútuo, que poderia ser muito rico na medida em que ambos teriam muitas experiências a compartilhar. Os entrevistados nos ministérios relatam, ainda, que muitos gestores e tomadores de despesas vêm evitando assinar projetos ou autorizar gastos temendo a ação dos órgãos de controle, o que acarreta prejuízos ao andamento das políticas públicas. Alegam que existem situações em que auditores priorizam uma visão meramente legalista e apontam erros de formalidades que não têm nenhum efeito sobre o uso eficiente dos recursos públicos. Segundo eles, tal situação gera problemas significativos para os gestores na medida em que eles precisam prestar esclarecimentos e muitas vezes são chamados a depor em inquéritos conduzidos, também, por órgãos de polícia, e que se desdobram em

desgaste emocional desnecessário e que poderia ser evitado caso houvesse propensão ao diálogo” (LOUREIRO, 2009, p. 76-77).

²⁵ O Tribunal de Contas da União, recentemente, tem chancelado a citada posição doutrinária (Cf.: Acórdão nº 1.122/2017, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler). De outro lado, a AGU expediu a Orientação Normativa nº 11/2009, que traz o seguinte teor: “A contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da lei nº 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei”.

Como citar este texto:

HALPERN, Erick. Um necessário viés pragmático sobre a contratação direta por emergência ficta. *ZéNite Fácil*, categoria Doutrina, 20 jan. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.