

CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS NA SECRETARIA DE JUSTIÇA DE UM ESTADO NO NORTE DO PAÍS: EMERGÊNCIA REAL OU FICTA?

TAIS MACEDO DE BRITO CUNHA

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA (UNIR)
taiscunha@pge.ro.gov.br

FERNANDO JUNQUEIRA BORDIGNON

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO (UNESP)
fernandobordignon3@hotmail.com

MARLENE VALÉRIO DOS SANTOS ARENAS

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA (UNIR)
marlenearenas@unir.br

VALMIR BATISTA PRESTES DE SOUZA

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA (UNIR)
valmir@unir.br

Introdução

As contratações de obras, bens e serviços pela Administração Pública devem ser precedidas de processo licitatório, a fim de que sejam observados os princípios administrativos, em especial o da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa, da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade e da probidade administrativa.

Problema de Pesquisa e Objetivo

Em que pese o caráter excepcional da contratação emergencial, foi observada a recorrência desta modalidade de contratação no âmbito da Secretaria Estadual de Justiça (SEJUS), especificamente no que diz respeito à contratação para aquisição de refeições prontas, o que alertou para necessidade de ser apurada a legalidade dessas contratações.

Com esse estudo, objetiva-se identificar se essas contratações emergenciais são decorrentes de emergências reais ou emergências fictas

Fundamentação Teórica

Com o propósito de evitar tais gravames, a Lei Geral de Licitações autoriza a contratação emergencial, que tem seus requisitos e limites disciplinados no art. 24, IV, da Lei 8.666/1993.

Dentre as hipóteses de dispensa encartadas no art. 24 da Lei 8.666/93, a contratação emergencial aponta como uma das mais tormentosas para o gestor público. Isso porque é a que tem sido mais utilizada de forma inadequada e ensejado punições e condenações dos responsáveis pelos órgãos de controle.

Metodologia

Trata-se de pesquisa de natureza predominantemente qualitativa, com foco em análise documental, tendo como foco os processos de contratação emergencial que envolve aquisição de refeições prontas para o sistema prisional do Estado, buscando identificar os fatores reais que ensejam contratações diretas, com lastro no art. 24, IV, da Lei 8.666/93, que disciplina a denominada contratação emergencial. A pesquisa é exploratória, adotando-se como delineamento estudo de caso.

Análise dos Resultados

Para a coleta de dados foi analisado qualitativamente cada processo, identificando se a emergência era real ou ficta. A análise foi fundamentada na leitura e reflexão dos documentos contidos em cada processo administrativo de despesa, em especial: a justificativa da SEJUS, quanto à contratação; o parecer da PGE sobre a viabilidade ou não da contratação, bem como sobre o tipo de emergência configurada; análise qualitativa dos documentos e da cronologia dos fatos, buscando identificar a tipologia

Conclusão

O presente estudo tinha por objetivo identificar se as contratações emergenciais realizadas pela Secretaria Estadual de Justiça (SEJUS) para aquisição de refeições prontas decorrem de emergências reais ou emergências fictas. A recorrência dessa modalidade contratual, que deveria ser excepcional, já induzia a suposição de que as emergências suscitadas não eram efetivamente reais.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: . Acesso em: 21 jun. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 23.ed.rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro

XIX SEMEAD

Administração Pública

4. Relação Governo-Sociedade: Transparência, Accountability e Participação

CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS NA SECRETARIA DE JUSTIÇA DE UM ESTADO NO NORTE DO PAÍS: EMERGÊNCIA REAL OU FICTA?

RESUMO

Este artigo analisa, de forma teórica e empírica, as contratações emergenciais realizadas por um Estado no Norte do País para aquisição de refeições prontas com o escopo de atender o Sistema Penitenciário e Socioeducativo do Estado. A recorrência dessa modalidade de contratação, que deveria ser excepcional, alertou para a necessidade de ser avaliada a legalidade dessas contratações. Diante deste contexto, o presente trabalho busca identificar se as emergências suscitadas para essas contratações diretas são reais ou fictas. Como pressuposto teórico, foram utilizados os requisitos legais, a doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre essa modalidade contratual. Como procedimentos metodológicos, trata-se de um estudo de caso, exploratório, no qual foi analisada metade dos casos concretos ocorridos nos últimos quatro anos, em que a contratação da aquisição de refeições prontas para atender o Sistema Penitenciário e Socioeducativo do Estado ocorreram por intermédio de contratação emergencial. Foi feita uma análise documental dos processos administrativos, baseada na justificativa apresentada para contratação, no parecer jurídico do órgão, na cronologia dos documentos e na análise qualitativa das demais informações. A partir desta análise, verificou-se que a falta de planejamento, de organização administrativa e a morosidade para licitar esse objeto foram os principais motivos que resultaram na emergência suscitada para a contratação direta nestes casos, restando constatado que 100% (cem por cento) das contratações emergenciais, dentro da amostra analisada, decorreram de emergência fictas. Conclui-se, portanto, que para este objeto a regra tem sido emergências fictas nas contratações diretas com lastro no art. 24, IV, da Lei 8.666/93.

Palavras-chaves: Contratação direta. Emergência real. Emergência fabricada.

INTRODUÇÃO

As contratações de obras, bens e serviços pela Administração Pública devem ser precedidas de processo licitatório, a fim de que sejam observados os princípios administrativos, em especial o da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa, da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade e da probidade administrativa.

Trata-se de dever que decorre diretamente da Constituição Federal, que elegeu o processo licitatório como a melhor forma de contratação pública, admitindo a contratação direta apenas em casos excepcionais, especificados na legislação. Neste sentido, muito embora a licitação seja regra no âmbito das contratações públicas, são admitidas exceções, que devem vir especificadas em lei.

Essas exceções estão tratadas na Lei n. 8666/1993, a chamada Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas, que prevê três formas de contratação direta: licitação dispensada, inexigibilidade de licitação e dispensa de licitação.

O foco do presente artigo reside na contratação emergencial, uma das hipóteses de dispensa trazidas pela Lei 8.666/1993, especificamente no seu art. 24, IV, estando este recorte epistemológico voltado para o enfrentamento do tema no âmbito das contratações para aquisição de refeições prontas para o Sistema Penitenciário e Socioeducativo de um Estado no Norte do País.

Em que pese o caráter excepcional da contratação emergencial, foi observada a recorrência desta modalidade de contratação no âmbito da Secretaria Estadual de Justiça (SEJUS), especificamente no que diz respeito à contratação para aquisição de refeições prontas, o que alertou para necessidade de ser apurada a legalidade dessas contratações.

Com esse estudo, objetiva-se identificar se essas contratações emergenciais são decorrentes de emergências reais ou emergências fictas. Para tal finalidade, serão analisados os processos administrativos dessas contratações referentes aos últimos quatro anos, o que corresponde ao período de um mandato, excetuando-se os processos referentes aos contratos que estão em execução e aqueles que estão fora da Secretaria, por terem sido requisitados por outros órgãos. No total de vinte processos, serão analisados dez.

A partir desta análise, será identificado se houve falhas administrativas que deram ensejo às contratações emergenciais ou se as emergências suscitadas efetivamente decorreram de situações imprevisíveis, concluindo-se, então, pela ocorrência de emergências reais ou emergências fictas.

Este artigo está estruturado por esta introdução, seguido do referencial teórico com uma contextualização das aquisições emergenciais, procedimentos metodológicos, análise dos dados e resultados, e considerações finais.

2. CONTEXTUALIZANDO COMPRAS EMERGENCIAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como foi destacado na introdução, as contratações públicas devem ser precedidas de processo licitatório, a fim de que sejam observados os princípios da impessoalidade e da seleção da proposta mais vantajosa para Administração Pública, dentre outros.

Entretanto, há situações nas quais os trâmites ordinários da licitação resultam no perecimento do interesse público, resultante do desatendimento de alguma demanda social ou da solução de continuidade de alguma atividade administrativa (NIEBUHR, 2011).

Com o propósito de evitar tais gravames, a Lei Geral de Licitações autoriza a contratação emergencial, que tem seus requisitos e limites disciplinados no art. 24, IV, da Lei 8.666/1993.

Dentre as hipóteses de dispensa encartadas no art. 24 da Lei 8.666/93, a contratação emergencial aponta como uma das mais tormentosas para o gestor público. Isso porque é a que tem sido mais utilizada de forma inadequada e ensejado punições e condenações dos responsáveis pelos órgãos de controle.

O ponto fulcral da responsabilidade imputada ao gestor nas contratações emergenciais reside na diferenciação entre emergência real e emergência ficta ou fabricada. Antes do enfrentamento desta diferenciação, impende explicitar os requisitos legais da contratação emergencial. Vejamos a referida previsão legal:

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; (grifamos)

Da leitura do dispositivo, verifica-se que a contratação emergencial deve atender aos seguintes requisitos: 1) existência de situação emergencial ou calamitosa; 2) urgência de atendimento; 3) possibilidade de prejuízo ou comprometimento à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Depreende-se da disciplina legal que, para efeitos de dispensa, consideram-se como emergenciais ou calamitosas as situações que reclamam solução imediata pelo Administrador Público, sob pena de causar prejuízo relevante à Administração e colocar em risco pessoas ou coisas. Na forma do texto legal, são os requisitos da urgência de atendimento e da possibilidade de prejuízo e comprometimento a bens públicos ou privados que caracterizam as situações emergenciais e de calamidade autorizadas da contratação direta. A polêmica da matéria está concentrada na exigência ou não de imprevisibilidade na situação emergencial apta a autorizar a contratação direta.

Existe uma corrente doutrinária que considera que no conceito de emergência está incluída a imprevisibilidade da situação, de modo que se a situação era previsível e poderia ter sido evitada pelo gestor cioso, não há que se falar em emergência apta a autorizar a contratação emergencial.

Na linha deste entendimento, ao prever a dispensa para as hipóteses de contratação emergencial, o legislador teria pretendido atender apenas as situações de emergências reais, não intencionando alcançar aquelas situações nas quais a emergência é fabricada pelo administrador desidioso.

Alguns doutrinadores incluem no conceito de situação emergencial ou calamitosa para fins de dispensa de licitação a inviabilidade da situação emergencial decorrer da falta de planejamento do administrador público. Neste sentido Furtado (2001, p.74), que define situação emergencial ou calamitosa que legitima contratação direta como aquela cuja ocorrência escape às possibilidades normais de prevenção por parte da Administração e que, portanto, não possa ser imputada à desídia administrativa, à falta de planejamento ou má gestão dos recursos disponíveis. Para o referido doutrinador, “jamais a inércia do administrador poderá justificar a adoção de contratos emergenciais”.

O Tribunal de Contas da União, por muito tempo, seguiu essa mesma exegese, entendendo que a emergência provocada pela desídia dos agentes públicos não teria aptidão para autorizar a dispensa nos moldes do inciso IV do art. 24 da Lei n. 8.666/1993. Este entendimento foi consagrado na Decisão n. 347/1994 – TCU – PLENÁRIO¹, que dispôs nos seguintes termos:

[...]

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

1 conhecer do expediente formulado pelo ilustre Ministro de Estado dos Transportes para informar a Sua Excelência que, de acordo com as normas que disciplinam a matéria, o Tribunal não responde a consultas substanciadas em caso concreto;

2 responder ao ilustre Consulente, quanto à caracterização dos casos de emergência ou de calamidade pública, em tese:

a) que, além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei nº 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizado no art. 24, inciso IV, da mesma Lei:

¹Decisão n. 347/1994 – TCU – Plenário, disponível em <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19940106%5CGERADO_TC-18400.pdf>, acesso em 21jun.2016.

a.1) **que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação;**

a.2) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas;

a.3) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso;

a.4) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado;

[...]

(grifamos)

Entretanto, o Tribunal de Contas da União superou este entendimento, consolidando posição diversa acerca do tema no Acórdão 1.876/2007-Plenário (NIEBUHR, 2011, p. 250), no sentido de que não há descaracterização da emergência em razão da situação ter derivado da desídia ou falta de planejamento do gestor, como na ementa do referido julgado:

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO DE UNIDADE TÉCNICA. CONTRATAÇÃO FUNDAMENTADA EM SITUAÇÃO EMERGENCIAL. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA.

1. **A situação prevista no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.**

2. A incúria ou inércia administrativa caracteriza-se em relação ao comportamento individual de determinado agente público, não sendo possível falar-se da existência de tais situações de forma genérica, sem individualização de culpas.

[...]

13. **De fato, se caracterizada a existência de situação em que a demora no atendimento possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou privados, faz-se não apenas recomendável, mas imperativa a adoção de imediata solução, ainda que implique na realização de contratação direta, sem licitação.**

14. Consoante bem definiu o Voto acima referenciado que sustentou a decisão n. 138/98-Plenário, a ausência de planejamento e a contratação direta fundamentada em situação de emergência caracterizam situações distintas, não necessariamente excludentes. Estará incorrendo em duplo erro o administrador que, ante a situação de iminente perigo, deixar de adotar as situações emergenciais recomendáveis, ainda que a emergência tenha sido causada por incúria administrativa. Há que se fazer a clara definição da responsabilidade: na eventual situação aludida, o responsável responderá pela incúria, não pela contratação emergencial” (TCU, Acórdão n. 1876/2007, Plenário). (grifamos)

Neste sentido também é a doutrina de Fernandes (1995, p. 315-316):

Efetivamente, se ficar caracterizada a emergência e todos os outros requisitos estabelecidos nesse dispositivo, que serão estudados a seguir, pouco importa que a emergência esteja relacionada à inércia da Administração ou não! Caracterizada a tipificação legal, não pode a sociedade ser duplamente penalizada pela incompetência de servidores públicos ou agentes políticos: dispensa-se a licitação em qualquer caso.

Com efeito, a disciplina do art. 24, IV, da Lei n. 8.666/1993 não fez exigências relacionadas às causas da emergência, autorizando a contratação emergencial desde que a emergência exista, ainda que ela tenha decorrido da incúria ou inércia administrativa.

Isso porque o foco da contratação emergencial não é a causa da emergência, mas os efeitos advindos da demora da contratação decorrente de um processo licitatório. São os prejuízos decorrentes da demora do processo licitatório que a contratação emergencial objetiva evitar.

Veja-se que, uma vez configurada a emergência, a vedação da contratação direta em razão da emergência ter decorrido da desídia do administrador trará, inevitavelmente, o prejuízo que a contratação emergencial visa impedir.

Importante notar que a decisão do Tribunal de Contas da União não apenas reconheceu a possibilidade de contratação emergencial diante de uma emergência ficta, mas reconheceu como imperativa a adoção pelo administrador de imediata solução diante de uma situação de iminente perigo, ainda que implique na realização de contratação sem licitação, sob pena de incorrer em duplo erro, o que não exime a apuração da responsabilidade.

Não se pode desconsiderar, contudo, que a contratação emergencial, quando a situação urgente decorre da inércia administrativa, é extremamente indesejável. Isso porque nesses casos a falta de planejamento, a desídia ou a omissão do administrador geralmente conduzem ao direcionamento da contratação pública, com manifesta violação aos princípios da impessoalidade, da moralidade, da contratação mais vantajosa para Administração Pública, dentre outros importantes princípios administrativos. Trata-se do que se denominou de “emergência fabricada”.

Nesse contexto de emergência fabricada, ainda que reste autorizada a contratação com dispensa de licitação na forma do art. 24, IV, da Lei de Licitações, de modo a preservar a continuidade do serviço público ameaçado e minimizar os danos à população, concomitantemente e como condição, deve ser apurada a responsabilidade de quem deu azo a tal irregularidade. Vide exemplificativamente decisão publicada no Informativo de Jurisprudência do TCU nº 95, de 2012²:

Sessões: 28 e 29 de fevereiro de 2012/Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 95

É possível a contratação por dispensa de licitação, com suporte no comando contido no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, ainda que a emergência decorra da inércia ou incúria administrativa, **devendo ser apurada, todavia, a responsabilidade do agente público que não adotou tempestivamente as providências a ele cabíveis.** (grifo nosso)

Portanto, se estiverem presentes todos os requisitos previstos no dispositivo, cabe dispensa de licitação, independente de culpa do servidor pela não realização do procedimento na época oportuna. Deste modo, no que diz respeito à possibilidade de contratação direta, não há diferença entre emergência real (resultante do imprevisível) e emergência fabricada (resultante da incúria administrativa). Ambas autorizam a contratação direta com lastro na disciplina do art. 24, IV, da Lei n. 8.666/1993. A diferença está no fato de que na emergência fabricada o responsável pela desídia que deu ensejo à contratação direta deve responder administrativamente, civilmente e, se for o caso, até criminalmente.

²Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjB5Yqn_trNAhUDQZAKHcBCCBEQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tcu.gov.br%2FConsultas%2FJuris%2FDocs%2FINFOJURIS%2FINFO_TCU_LC_2012_95.doc&usq=AFQjCNEGk5iOHvc8eDW2yjWdmPIIHB Ahzw&sig2=Xsxe1fcb5TdT7-nBUdLSg&cad=rja>, acesso em 04jul.2016.

Sobre este aspecto, a Advocacia-Geral da União - AGU editou, no âmbito da Administração Pública Federal, a Orientação Normativa nº 11/2009,³ *in verbis*:

A contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, 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.** (sem destaque no original, grifo nosso)

O foco do presente estudo são as contratações emergenciais realizadas pela Secretaria de Justiça do Estado (SEJUS) para aquisição de alimentação pronta para o sistema penitenciário do respectivo Estado.

Por envolver o fornecimento de alimento para pessoas que estão sob a custódia do Estado, este serviço é exemplo típico de serviço que não pode em hipótese alguma sofrer solução de descontinuidade na sua prestação. Afinal, o custodiado não pode ficar sem comer. Além da questão envolver a dignidade do preso, envolve também a própria segurança nos presídios. Qualquer irregularidade no fornecimento da alimentação, até mesmo o atraso, pode desencadear eventos críticos nas unidades prisionais, a exemplo de rebeliões e motins.

Por este motivo, antes mesmo de serem estudados os casos concretos, já é possível afirmar em tese que qualquer possibilidade de interrupção desse serviço configurará uma situação emergencial apta a autorizar a contratação emergencial. A questão que merece estudo, portanto, é se as emergências apontadas nos processos da SEJUS são reais ou fictas.

3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Trata-se de pesquisa de natureza predominantemente qualitativa, com foco em análise documental, tendo como foco os processos de contratação emergencial que envolve aquisição de refeições prontas para o sistema prisional do Estado, buscando identificar os fatores reais que ensejam contratações diretas, com lastro no art. 24, IV, da Lei 8.666/93, que disciplina a denominada contratação emergencial. A pesquisa é exploratória, adotando-se como delineamento estudo de caso.

A fundamentação teórica deste trabalho está assentada na doutrina de renomados autores no âmbito do Direito Administrativo, além de ter como referencial o posicionamento do Tribunal de Contas da União acerca da matéria, que apresentou uma evolução nos últimos quinze anos sobre o tema.

A unidade gestora solicitante desta contratação, a SEJUS, apresentou lista com a indicação de vinte processos realizados nos últimos quatro anos tendo por objeto a contratação emergencial para aquisição de refeições para o Sistema Prisional e Socioeducativo do Estado. Dentre esses processos, alguns processos ainda estavam em curso e outros estavam em análise em outros órgãos, de modo que foi possível a análise de dez processos, o que corresponde a 50% (cinquenta por cento) dos contratos emergenciais realizados nos últimos quatro anos.

Visando preservar a identidade dos que gerem o referido órgão, considerando que esta pesquisa tem fins acadêmicos, trocou-se as numerações originais dos processos administrativos por números fictícios sequenciais (exemplo: I, II, III, IV etc.), o mesmo procedimento foi adotado para os municípios (exemplo: alfa, gama etc.), empresas que também receberam nomes fictícios e os contratos receberam letras (exemplo: A, B, C etc.). Contudo, os dados originais estão em posse dos pesquisadores para futuras auditorias nos dados e resultados obtidos com esta pesquisa.

³ Disponível em <www.agu.gov.br/atos/detalhe/189172>, acesso em 21jun.2016.

Em que pese à informação de que a lista passada era referente aos processos realizados nos últimos quatro anos, verificou-se que o processo mais antigo constante na lista era referente ao ano de 2013, de modo que os vinte processos constantes na lista, bem assim os dez analisados neste trabalho, tramitaram nos últimos três anos.

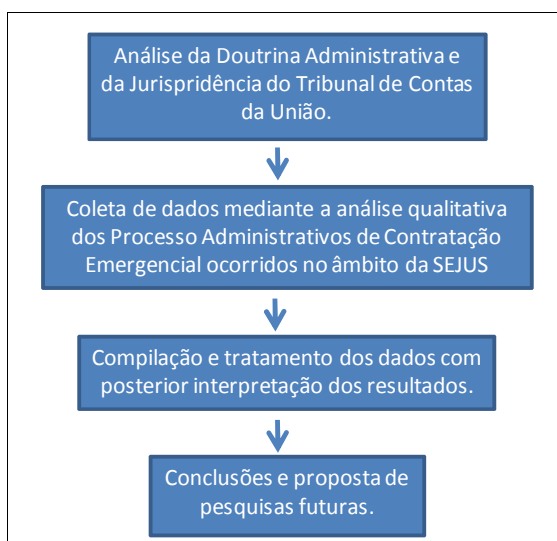
A metodologia utilizada passa pela análise de conteúdo dos dez processos que foram disponibilizados, focando-se na justificativa apresentada pela unidade gestora para a contratação emergencial, bem assim nos pareceres da Procuradoria Geral do Estado. Esta análise se deve ao fato de que o ponto fulcral da contratação emergencial reside na diferenciação entre a emergência real e a emergência ficta, sendo esta última decorrente da falta de planejamento e da desídia administrativa.

Neste sentido, foi a partir da análise das justificativas apresentadas acerca da configuração da emergência que foi possível identificar se a emergência foi real ou ficta. Destaque-se que as justificativas apresentadas foram analisadas juntamente com as demais informações constantes nos processos e não de forma isolada.

Foi traçado um diagnóstico das contratações emergenciais para aquisição de refeições prontas pela SEJUS, identificando-se eventuais falhas administrativas que conduzem à emergência usada como justificativa para a contratação direta.

A Figura 1 abaixo ilustra o processo metodológico utilizado no presente trabalho.

Figura 1 – Processo metodológico



Fonte: elaborado pelos autores

4 ANÁLISE DOS DADOS E DIAGNÓSTICO DAS CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS

Para a coleta de dados foi analisado qualitativamente cada processo, identificando se a emergência era real ou ficta. A análise foi fundamentada na leitura e reflexão dos documentos contidos em cada processo administrativo de despesa, em especial: a justificativa da SEJUS, quanto à contratação; o parecer da PGE sobre a viabilidade ou não da contratação, bem como sobre o tipo de emergência configurada; análise qualitativa dos documentos e da cronologia dos fatos, buscando identificar a tipologia da emergência.

Como exemplo, para demonstrar o tipo de análises qualitativas realizadas na coleta de dados desta pesquisa, utilizaremos inicialmente o do processo de número IV (quatro). Primeiramente há de se avaliar a justificativa realizada pela Secretaria de Justiça do Estado

(SEJUS), à Procuradoria Geral do Estado (PGE), expõe-se abaixo um trecho do mencionado documento:

A imprevisibilidade é a característica essencial para a hipótese de dispensa prevista no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93 e que está plenamente presente no caso concreto, haja vista que quando da notificação da empresa fornecedora de alimentação, **não se podia prever que a contratada demonstraria desinteresse em renovar o contrato em razão da defasagem dos preços.** Neste caso não há que se falar em falta de planejamento ou da desídia administrativa, o que caracterizaria a chamada emergência ficta ou fabricada. Houve uma pronta providência para acudir a situação emergencial **plenamente caracterizada.** (grifo do original)

Observa-se que a não prorrogação do contrato é algo previsível e gerenciável, já que a empresa não é abrigada legalmente a assinar aditivo contratual. Além do mais, a experiência da Secretaria com situações como essas, nas quais as empresas optam por não prorrogar o contrato, já deveriam ter ensejado a adoção de providências administrativas com o escopo de evitar novas “emergências” em razão da não prorrogação contratual.

A notificação da empresa, para manifestar-se acerca do interesse de prorrogar o contrato, com a antecedência necessária para realização de um novo certame, seria uma solução plausível. Nos processos analisados em que ocorreram casos semelhantes não há notícia de ter ocorrida essa notificação prévia, caracterizando uma gestão precária do contrato e, possivelmente, desídia administrativa.

É neste sentido que opina a PGE, ao analisar a contratação emergencial contida nos autos de n. IV (quatro), avaliando que a contratação direta é possível, haja vista que os apenados não podem ficar sem alimentação, pondera, entretanto, que a situação era previsível, devendo haver responsabilização dos agentes que a deram causa.

Portanto, pela análise dos fatos, bem como pela análise dos argumentos contidos no parecer PGE, constata-se que a emergência para a contratação de fornecimento de alimentação nos autos de n. IV (quatro) configura-se ficta ou fabricada, e não real.

Toda a análise acima foi detalhadamente realizada, para cada processo, em papéis apartados, análises que acabaram por gerar documentos de uma extensão razoável. Assim, para não tornar esse artigo excessivamente longo, irá se resenhar os principais padrões identificados e os casos correlatos a eles.

Também foi realizada uma tabela com o resumo de todas as análises empreendidas. Nesta tabela, as colunas foram divididas em: Processo, Município, Empresa, Justificativa da SEJUS, Parecer da PGE e, por fim, análise qualitativa da pesquisa. No Quadro 1 a seguir foram apresentados os dez processos analisados nesta pesquisa.

A análise qualitativa da amostra selecionada, ou seja, dez dos vinte processos de contratação emergencial ocorridos nos últimos 4 anos, demonstrou que 100 % (cem por cento) das contratações analisadas decorreram de emergência ficta ou fabricada, e não real, como demonstrado no Quadro 1 a seguir para sintetizar as informações:

Quadro 1: Demonstrativo da análise dos processos emergenciais

<i>Processo</i>	<i>Município</i>	<i>Empresa</i>	<i>Parecer da PGE</i>	<i>Análise qualitativa da pesquisa</i>
I	Alfa	SCALOPPE LTDA-ME	Configurada emergência ficta ou fabricada	Má definição do projeto básico. Falta de gestão contratual. Emergência ficta ou fabricada.
II	Beta	SCALOPPE LTDA-ME	Configurada emergência ficta ou fabricada	Falta de planejamento. Falta/falha de gestão contratual. Emergência ficta ou fabricada.

<i>Processo</i>	<i>Município</i>	<i>Empresa</i>	<i>Parecer da PGE</i>	<i>Análise qualitativa da pesquisa</i>
III	Gama	NUTRINDO ALIMENTOS LTDA	Configurada emergência ficta ou fabricada	Falta de planejamento. Argumentos falsos. Emergência ficta ou fabricada.
IV	Delta	PATYNUTRI COMÉRCIO DE ALIMENTOS ME	Configurada emergência ficta ou fabricada	Falta de planejamento. Falta/falha de gestão contratual. Emergência ficta ou fabricada.
V	Sigma	PATYNUTRI COMÉRCIO DE ALIMENTOS ME	Configurada emergência ficta ou fabricada	Falta de planejamento. Falta/falha de gestão contratual. Emergência ficta ou fabricada.
VI	Sigma	PATYNUTRI COMÉRCIO DE ALIMENTOS ME	Configurada emergência ficta ou fabricada	Falta de planejamento. Processo emergência anterior. Emergência ficta ou fabricada.
VII	Gama	NUTRINDO ALIMENTOS LTDA	Configurada emergência ficta ou fabricada	Falta de planejamento. Falta/falha de gestão contratual. Emergência ficta ou fabricada.
VIII	Zeta	LETICIA LOES ME	Configurada emergência ficta ou fabricada	Falta de planejamento. Falta/falha de gestão contratual. Emergência ficta ou fabricada.
IX	Gama	NUTRINDO ALIMENTOS LTDA	Configurada emergência ficta ou fabricada	Falta de planejamento. Processo emergência anterior. Emergência ficta ou fabricada.
X	Gama	NUTRINDO ALIMENTOS LTDA	Não apreciou qual o tipo de emergência estava configurada.	Falta de planejamento. Processo emergência anterior. Emergência ficta ou fabricada.

Fonte: elaborado pelos autores

O primeiro padrão descrito, ou seja, a contratação emergencial em decorrência da não prorrogação de um contrato licitamente contratado, foi observado em cinco processos denominados aqui de II, IV, V, VII e VIII.

Outro caso que apareceu com certa frequência é o descrito nos autos de n. VI (seis). Neste processo a justificativa da SEJUS é no sentido de que a licitação aberta para atender a demanda, através de um Pregão Eletrônico supostamente regular, foi anulada e o **contrato emergencial que atendia aquele município se encerraria**, ou seja, não foi aberto um procedimento licitatório com tempo a antecedência adequada, ou este não foi adequadamente conduzido, durante um contrato emergencial já vigente.

A PGE emitiu um parecer no sentido de que a emergência é ficta ou fabricada, haja vista que já operava anteriormente um contrato emergencial, ensejando a necessária responsabilização dos servidores culpados. Entretanto opina pela contratação, haja vista que os apenados não podem ficar desassistidos.

A análise qualitativa desta pesquisa identificou que o fato da existência de um processo emergencial anterior sendo executado, aliado com o período entre a anulação da licitação e a solicitação de uma nova contratação emergencial, **fez com que restasse configurada uma emergência ficta ou fabricada**.

Esse padrão identificado, o insucesso da contratação que supostamente satisfaria a legislação vigente aliado com contratações emergenciais sequenciais, foi identificado em três processos de n. VI, IX e X.

Chamou a atenção o número de contratações emergenciais sequenciais num determinado Município do Estado estudado (chamado fictamente de Gama), o que resultou num fornecimento via contratação inadequada pelo período de dois anos (contrato n. “A”, contrato n. “B”, contrato n. “C” e contrato n. “D”⁴), vide quadro 1 acima. Claramente contratar de forma emergencial de 01/01/2014 até 21/02/2016, período de aproximadamente dois anos, não é uma prática que se espera na Administração Pública, haja vista que contratos emergenciais foram previstos na legislação vigente para situações excepcionais e de curta duração, contrariando o que diz o art. 24, V, da Lei 8.666/1993. A contratação via licitação deve ser a regra, não a exceção.

Por fim, dois casos não se encaixaram nos dois padrões acima descritos. O primeiro, autos de nº I (um), é uma contratação emergencial em decorrência do rápido consumo do número de alimentações de um contrato regular. Era previsto inicialmente que o total de alimentações iria suprir as unidades da secretaria por 12 (doze) meses, entretanto as quantidades inicialmente previstas no contrato supriram a demanda por cerca de, somente, cinco meses.

De acordo com a justificativa da própria SEJUS do referido processo, a contratação emergencial se deu em função de uma falha de cálculo na contratação anterior, e da não observação dos servidores que liquidam a despesa que a alimentação prevista para 12 (doze) meses iria findar em somente cinco meses, em desacordo com o termo de referência, o que evidencia a falha no planejamento, em desacordo com a Lei 8.666/1993

Diante deste panorama, a SEJUS decidiu realizar concomitantemente um aditivo de 25 % do número de refeições inicialmente contratado e a deflagração de um procedimento visando à contratação emergencial do mesmo objeto.

A PGE, por meio de um parecer jurídico no processo em comento, analisando os autos conclui que a emergência é ficta ou fabricada, opinando, porém, pela contratação, haja vista que os apenados não podem ficar sem alimentação.

A análise qualitativa do processo de n. I (um) considerou que dois pressupostos levaram a conclusão de que se trata de uma emergência ficta ou fabricada. Em primeiro lugar a própria SEJUS admite que a situação emergencial ocorrera em decorrência de um procedimento anterior sem planejamento e de uma má gestão contratual. Em segundo lugar, observa-se que ocorreram 162 dias entre o memorando solicitando a contratação emergencial (16/05/2013) e a efetiva emissão da ordem de fornecimento (30/10/2013), em tese, tempo suficiente para realizar uma pregão pela modalidade eletrônica.

Destarte, restou configurada uma emergência ficta ou fabricada decorrente de um projeto anterior de qualidade duvidosa, aliada com má gestão contratual, fatos previsíveis que não foram controlados pelos que gerem a coisa pública.

Por fim, o último caso analisado foi dos autos de n. III (três). Na ocasião a SEJUS se justificou quanto à contratação em dois momentos distintos, conforme justificativas constantes no processo, nas duas ocasiões foi imputada a situação emergencial a decisão nº 2013-TCE⁵ do Tribunal de Contas do Estado (TCE), que supostamente teria suspenso o certame que visava contratar o objeto de forma regular.

Para averiguar a veracidade dos fatos foi necessário analisar o mérito da referida decisão. Ao analisá-la ficou atestado que o TCE não suspendeu o certame, de acordo com a decisão o mesmo foi suspenso pela própria Secretaria. Ao contrário do alegado, nos argumentos do Conselheiro Relator ficou claro que a Corte de Contas Estadual se posicionou pela regularidade do certame, somente solicitando correção de itens formais sem grande relevância e sem capacidade de suspender um certame de relevante importância.

⁴ Foram utilizados números fictícios em decorrência dos fatos já explicados.

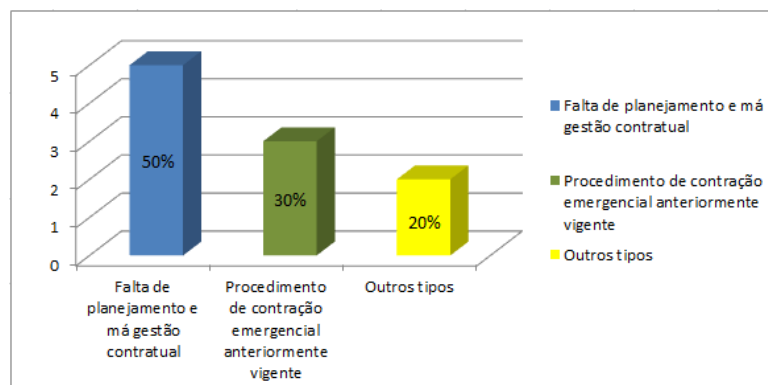
⁵ Número fictício.

A Procuradoria Geral do Estado (PGE), conclui que ocorreu uma emergência ficta, haja vista que existia outra contratação emergencial anteriormente e que os prazos para a conclusão dos pregões são injustificavelmente longos, entretanto opina pela contratação, pois não pode a unidade ficar sem o fornecimento do serviço.

A análise qualitativa do processo em comento considerou que o fato da Secretaria ter usado de um instrumento duvidoso para impulsionar a contratação emergencial, aliado com o fato de existir uma contratação emergencial anteriormente, demonstram que os fatos que ensejaram a contratação não são aqueles que a doutrina considera como causadores de emergência real, configurando uma emergência ficta ou fabricada, totalmente em desacordo com a Lei 8.666/1993 e com os Acórdãos e Decisões do TCU.

Este marca o último processo administrativo analisado com o intuito de coletar dados para esta pesquisa.

Os dados também foram tratados para demonstrar quais as causas mais recorrentes das contratações emergenciais no âmbito dos processos analisado. Os dados foram separados em três categorias: (i) Falta de planejamento e má gestão contratual; (ii) Procedimento de contratação emergencial anteriormente vigente/demora demasiada para conclusão do pregão; (iii) Outros tipos. Triando-se os dados obtém-se o seguinte gráfico:



Portanto, pode-se inferir que são dois os principais motivos que levam a contratações emergenciais no âmbito da SEJUS, são eles: (i) falta de planejamento aliado com má gestão contratual e (ii) a realização de procedimento emergencial de forma reiterada, associada a demora para conclusão dos pregões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo tinha por objetivo identificar se as contratações emergenciais realizadas pela Secretaria Estadual de Justiça (SEJUS) para aquisição de refeições prontas decorrem de emergências reais ou emergências fictas. A recorrência dessa modalidade contratual, que deveria ser excepcional, já induzia a suposição de que as emergências suscitadas não eram efetivamente reais.

A análise qualitativa da amostra selecionada corroborou a suposição inicial, demonstrando que 100 % (cem por cento) das contratações analisadas decorreram de emergência ficta ou fabricada, e não real.

O diagnóstico resultante da análise dos processos sinalizou dois padrões principais nas justificativas apresentadas pela unidade gestora para contratação emergencial: 1) não prorrogação do contrato vigente pela empresa contratada via licitação; 2) insucesso da contratação através de procedimento licitatório, em razão de anulações e suspensões dos pregões.

Dessas justificativas, verificou-se que os principais motivos que levam a contratações emergenciais no âmbito da SEJUS são a falta de planejamento, a má gestão contratual e a demora desarrazoada para conclusão do processo licitatório necessário para contratação regular.

Como não foi objeto do presente artigo, não foram investigadas as razões da demora excessiva para licitação, mas é identificada a necessidade desta matéria ser objeto de um estudo, em razão dessa demora se apresentar como principal fator motivador das contratações emergenciais realizadas pela SEJUS, embora não seja a única. Faz-se necessária, assim, a identificação de quais óbices estão sendo apresentados ao transcurso regular do processo licitatório, para que soluções possam ser apontadas para o problema.

Os resultados encontrados também revelam a importância do presente estudo ser expandido em futuras pesquisas, no sentido de ser investigado se há efetiva apuração de responsabilidade e aplicação de penalidades aos agentes públicos responsáveis pela configuração da emergência ficta.

Como a contratação emergencial fica autorizada diante da configuração de uma situação emergencial, seja ela real ou ficta, se não houver a aplicação de penalidades aos responsáveis, a regra para as contratações públicas continuará sendo desrespeitada, desprestigiando-se o procedimento licitatório em benefício da contratação emergencial, com prejuízo para todos os princípios administrativos consagrados na Constituição Federal.

Nesta senda, a partir das conclusões do trabalho, é identificada a importância da expansão do estudo para dois temas correlatos, a fim de serem identificadas soluções para utilização inadequada e desregrada das contratações emergenciais: efetiva apuração de responsabilidades e identificação dos problemas que tornam o procedimento licitatório tão delongado, quando deveria ser célere e em tempo hábil o suficiente para ter evitado a maioria das contratações emergenciais realizadas pela SEJUS.

Por fim, destaca-se que os objetivos traçados no trabalho foram alcançados, tendo sido respondida a pergunta inicialmente formulada acerca das emergências suscitadas para as contratações emergenciais pela SEJUS, se reais ou fictas, concluindo-se que dentro da amostra analisada 100% (cem por cento) das contratações emergenciais decorreram de emergências fictas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 21 jun. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23.ed.rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25 ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitação e Contratos Administrativos**. São Paulo:Atlas,2001.

PESTANA, Marcio. **Licitações Públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002**. São Paulo: Atlas, 2013.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 3º Ed. rev. E ampl. Belo Horizontes: Fórum, 2011. (Coleção Fórum Menezes Niebuhr).