



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

João Paulo Gaia Duarte

A URGÊNCIA NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA:

Uma análise comparativa entre os regimes português e brasileiro em busca do equilíbrio entre a necessidade de celeridade e a concorrência

Dissertação no âmbito do curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Menção em Direito Administrativo, orientada pela Professora Doutora Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Outubro de 2021

Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

**A URGÊNCIA NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA:
Uma análise comparativa entre os regimes português e
brasileiro em busca do equilíbrio entre a necessidade de
celeridade e a concorrência**

**THE URGENCY IN PUBLIC PROCUREMENT:
A comparative analysis between Portuguese and Brazilian
regimes in search of a balance between the need for speed and
competition**

João Paulo Gaia Duarte

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) em Ciências Jurídico-Políticas, Menção em Direito Administrativo, orientada pela Professora Doutora Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva.

Outubro de 2021



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

AGRADECIMENTOS

“Sentir gratidão e não expressá-la é como embrulhar um presente e não entregá-lo”.

William Arthur Ward

Disse Marcus Tullius Cícero que a gratidão não é apenas a maior das virtudes, é a mãe de todas as outras. Mas, até hoje, ninguém soube melhor defini-la do que Antístenes, pupilo de Sócrates, que cravou ser a gratidão a memória do coração.

Ao final deste curso de mestrado, não posso deixar de agradecer a algumas pessoas.

Em primeiro lugar, quero agradecer aos meus pais, Alexandre e Wania. Meu pai, que já há algum tempo repousa em paz, certamente ficaria orgulhoso do trajeto que tenho percorrido sem a sua presença. A ele devo muito do que aprendi na minha formação como homem. A minha mãe agradeço por ser a fortaleza onde encontro segurança nos momentos de fraqueza. Não estaria escrevendo essas linhas se não fosse por você!

À minha esposa Erika, sou grato pela presença constante, pelo apoio permanente nas diversas circunstâncias das nossas vidas e, sobretudo, pelo amor sincero. Disse o ex-Presidente brasileiro Jânio Quadros que intimidade demais provoca duas coisas: filhos e aborrecimentos. Nesses anos de convivência, soubemos superar os obstáculos do cotidiano e educar com valores sólidos a nossa filha Giovanna, que, a cada dia, com a sua obstinação e sede de conhecimento, inspira-nos a evoluir como seres humanos e profissionais. Vocês me acompanharam com alegria ao longo desta jornada em Coimbra e sou especialmente grato por todos os momentos que passamos!

Aos meus irmãos, Felipe e Anna Carolina, ao meu cunhado Arthur e ao meu sobrinho Breno, agradeço pelo carinho genuíno e por estarem sempre à disposição, mesmo à distância. São poucas as pessoas em que podemos confiar e tenho a sorte de poder contar com vocês!

Agradeço aos meus demais familiares, amigos, colegas de trabalho da Procuradoria Geral do Estado de Alagoas, colegas do mestrado, funcionários e professores da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e, em especial, à Doutora Suzana Tavares da Silva,

fonte de inspiração, pela generosidade manifestada nas aulas de Direito Administrativo I e durante a orientação desta dissertação.

Por fim, agradeço a Deus pelo dom da vida, pois, lembrando Fernando Pessoa, só de ouvir o vento passar, já valeu a pena ter nascido!

"Se você é capaz de manter a sua cabeça quando
todos estão perdendo as deles e o culpam disso;
Se você é capaz de confiar em si mesmo quando todos duvidam de você,
E, no entanto, permite que duvidem;
Se você é capaz de esperar sem perder a esperança,
Ou, sendo enganado, não se utiliza de mentiras,
Ou, sendo odiado, não se rende ao ódio,
E, ainda, não parece bom demais, nem pretensioso;
Se você é capaz de sonhar, sem fazer dos sonhos seus senhores;
Se você é capaz de pensar, sem fazer dos pensamentos suas armas;
Se você é capaz de encontrar com o triunfo e com a desgraça
E de tratar esses dois impostores da mesma maneira;
Se você é capaz de suportar ouvir a verdade que disseste,
Ser distorcida por pessoas sem princípios em armadilhas para tolos,
Ou assistir as coisas pelas quais você deu sua vida, estraçalhadas,
E reconstruí-las com o pouco que lhe reste;
Se você é capaz de arriscar numa única tentativa,
Tudo o que ganhou em toda a sua vida,
E, ao perder, retornar ao ponto de partida,
Sem resmungar uma palavra sobre sua perda;
Se você é capaz de forçar seu coração, nervos e músculos,
E dar o máximo depois que se esgotarem,
E ainda aguentar quando não há nada mais em você,
exceto aquela vontade que diz para eles: "Aguentem firme!";
Se você é capaz de falar com a plebe e manter sua virtude,
E andar com reis, sem perder a naturalidade;
Se nem inimigos nem amigos queridos podem machucar você;
Se todos os homens contam com você, mas não demasiadamente;
Se é capaz de preencher o impiedoso minuto
Com 60 segundos valiosos como os de uma corrida à distância,
Sua é a Terra e tudo o que há nela,
E - mais do que isso - você será um Homem, meu filho!"

Joseph Rudyard Kipling

RESUMO

Trave-mestra da contratação pública, a concorrência é um princípio pautado pela lógica de que a abertura ao mercado e a igualdade de oportunidade e de tratamento entre os operadores do mercado, ao menos no plano ideal, possibilita a seleção das propostas com as melhores condições para o atendimento do interesse público.

Contudo, em cenários de excepcionalidade, a concorrência pode causar a paralisia das atividades administrativas e comprometer o interesse público, visto que, com todas as formalidades, os concursos públicos exigem um tempo de preparação incompatível com as situações prementes.

Tendo em conta essa realidade e levando em consideração que a urgência é um dos fundamentos ou critérios materiais mais impropriamente invocados pela Administração Pública para afastar o regime concorrencial das contratações públicas em Portugal e no Brasil, pretende-se analisar tal fenômeno e refletir se os regimes português e brasileiro de contratação pública propiciam respostas eficientes a situações verdadeiramente urgentes e se também são capazes de impedir ou desestimular a redução artificial da concorrência em casos de inércia, de falta de planejamento ou de desídia administrativa, práticas por vezes utilizadas para acobertar favorecimentos a determinados operadores em detrimento da concorrência.

A partir da análise comparativa dos regimes português e brasileiro, inclusive dos aprovados durante a pandemia da COVID-19, são apresentadas propostas para alterar a legislação e contribuir para o aprimoramento da contratação pública urgente em ambos os países, buscando o equilíbrio entre a necessidade de celeridade em situações prementes e o respeito à concorrência.

Palavras-chave: Contratação Pública – Concorrência – Urgência – Ajuste Direto – COVID-19

ABSTRACT

The pillar of public procurement, competition is a principle guided by the logic that opening to the market and equality of opportunity and treatment among market operators, at least at the ideal level, enables the selection of proposals with the best conditions to serve the public interest.

However, in exceptional scenarios, competition can cause the paralysis of administrative activities and compromise the public interest, since, with all the formalities, public tenders require preparation time incompatible with the pressing situations.

Taking into account this reality and that urgency is one of the material criteria most improperly invoked by the Public Administration to rule out the competitive regime of public contracts in Portugal and Brazil, we intend to analyze this phenomenon and reflect on whether the Portuguese and Brazilian public procurement regimes provide efficient responses to truly urgent situations and whether they are also capable of preventing or discouraging the artificial reduction of competition in cases of inertia, lack of planning or administrative negligence, practices sometimes used to cover up favoring certain operators to the detriment of competition.

Based on the comparative analysis of the Portuguese and Brazilian regimes, including those approved during the COVID-19 pandemic, proposals are presented to change the legislation and contribute to the improvement of urgent public procurement in both countries, seeking a balance between the need for speed in urgent situations and respect for competition.

Keywords: Public Procurement – Competition – Urgency – Direct Award – COVID-19

SIGLAS

ANPC – Autoridade Nacional de Proteção Civil

CCP – Código dos Contratos Públicos

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPA – Código do Procedimento Administrativo

COVID-19 – *Coronavirus Disease 2019*

DL – Decreto-Lei

E.P.E – Entidade Pública Empresarial

ESPII – Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional

ESPIN – Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional

HUCFF – Hospital Universitário Clementino Fraga Filho

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

I. P – Instituto Público

LBPC – Lei de Bases da Proteção Civil

MP – Medida Provisória

OMS – Organização Mundial da Saúde

SARS-CoV-2 – *Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2*

SNS – Sistema Nacional de Saúde

TCU – Tribunal de Contas da União

TdC – Tribunal de Contas

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

ABREVIATURAS

art. – Artigo

cf. – Confira-se

EUR – euros

p. – Página

pp. – Páginas

segs. – Seguintes

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| AGRADECIMENTOS..... | 3 |
| RESUMO..... | 6 |
| ABSTRACT..... | 7 |
| SIGLAS E ABREVIATURAS..... | 8 |
| INTRODUÇÃO..... | 11 |
| CAPÍTULO I – A URGÊNCIA NO DOMÍNIO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA..... | 14 |
| 1.1. A urgência como exceção ao princípio da concorrência na contratação pública..... | 14 |
| 1.2. A definição jurídica de urgência administrativa e os seus elementos constitutivos..... | 18 |
| 1.3. As categorias da urgência administrativa..... | 25 |
| 1.3.1. As urgências preventiva e reparadora..... | 27 |
| 1.3.2. As urgências imperiosa e simples (ou moderada)..... | 28 |
| 1.4. A distinção entre urgência administrativa e estado de necessidade..... | 29 |
| CAPÍTULO II – A URGÊNCIA NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA EM PORTUGAL.... | 34 |
| 2.1. A urgência imperiosa e o ajuste direto no Direito português..... | 34 |
| 2.2. Os pressupostos do ajuste direto por motivos de urgência imperiosa..... | 38 |
| 2.2.1. A existência de urgência imperiosa..... | 39 |
| 2.2.2. Nexo de causalidade entre a urgência imperiosa e circunstâncias imprevisíveis..... | 42 |
| 2.2.3. A inimputabilidade dos fatos às entidades adjudicantes..... | 47 |
| 2.2.4. A limitação do ajuste direto à medida do estritamente necessário e a impossibilidade de cumprimento dos prazos de procedimentos menos restritivos à concorrência..... | 50 |
| 2.3. A urgência simples e o concurso público urgente..... | 53 |
| CAPÍTULO III – A EMERGÊNCIA NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL..... | 56 |
| 3.1. O dever de licitar como regra e a contratação direta como exceção..... | 56 |
| 3.2. A contratação emergencial prevista no artigo 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/1993..... | 58 |
| 3.2.1. As definições de calamidade pública e de emergência..... | 59 |
| 3.2.2. Os pressupostos da contratação emergencial e a Decisão n.º 347/1994-Plenário do Tribunal de Contas da União..... | 61 |
| 3.2.3. A mitigação dos pressupostos da contratação emergencial na jurisprudência do Tribunal de Contas da União..... | 65 |

| | |
|--|------------|
| 3.2.3.1. A limitação dos contratos emergenciais à medida do estritamente necessário e a possibilidade de prorrogação do prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias a partir da Decisão n.º 820/1996-Plenário do Tribunal de Contas da União..... | 66 |
| 3.2.3.2. A possibilidade de contratação direta em casos de “emergência fabricada” a partir da Decisão n.º 138/1998-Plenário do Tribunal de Contas da União..... | 68 |
| 3.3. A contratação emergencial prevista no art. 75, inciso VIII, da Lei n.º 14.133/2021.... | 83 |
| CAPÍTULO IV – A URGÊNCIA NA PANDEMIA DA COVID-19 E A INEFICIÊNCIA DOS REGIMES COMUNS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA..... | 87 |
| 4.1. A pandemia da COVID-19 e o surgimento de um novo paradigma de urgência..... | 87 |
| 4.2. A aprovação do regime excepcional de contratação pública em Portugal..... | 88 |
| 4.2.1. O regime excepcional instituído pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020..... | 89 |
| 4.2.2. O ajuste direto por motivos de urgência imperiosa no Decreto-Lei n.º 10-A/2020.. | 91 |
| 4.2.3. O alargamento do âmbito de utilização do ajuste direto simplificado no Decreto-Lei n.º 10-A/2020..... | 94 |
| 4.3. O regime excepcional de contratação pública no Brasil..... | 99 |
| 4.4. A pertinência da incorporação das normas excepcionais aprovadas durante a pandemia da COVID-19 e os riscos à integridade dos regimes de contratação pública português e brasileiro..... | 104 |
| CONCLUSÃO..... | 110 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 115 |
| JURISPRUDÊNCIA..... | 122 |

INTRODUÇÃO

Apesar de as raízes da atividade contratual da Administração Pública serem muito antigas¹, na primeira metade do Século XX, a diversificação das tarefas atribuídas ao Poder Público para a satisfação de necessidades cada vez mais sofisticadas no âmbito do Estado Social contribuiu decisivamente para o aumento exponencial da contratação pública, pois a Administração Pública ou não conseguia obter as prestações necessárias por si mesma ou julgava poder obtê-las a preço inferior no mercado².

Como nessa altura histórica já não mais se admitia a escolha dos fornecedores e empreiteiros mediante critérios arbitrários ou puramente subjetivos, a seleção efetuada pela Administração passou a se pautar por critérios concorrenciais que favoreciam a igualdade de oportunidade e de tratamento para todos aqueles que com ela desejassem contratar e que, ao menos no plano teórico, propiciavam a seleção das melhores propostas, em termos de preço e de qualidade, para a satisfação das necessidades públicas. Por essa razão, a concorrência foi alçada à condição de princípio-tronco do Direito da Contratação Pública³.

Contudo, a concorrência não é um valor absoluto e o regime concorrenciais, em contextos excepcionais, pode até comprometer o desempenho de atividades necessárias ao atendimento de outros valores de interesse público, visto que a contratação pública, com as suas formalidades burocráticas, requer um tempo de preparação quase nunca disponível em cenários de emergência.

A pandemia da COVID-19, por exemplo, é a prova mais recente de que a lei pode admitir, em cenários de anormalidade, o sacrifício do valor “concorrência” para proteger outros valores de interesse público⁴.

Assim, tendo em vista que a prossecução do interesse público pode suplantar, pela sua relevância, as desvantagens da restrição à concorrência⁵, a presente dissertação tem por objetivo a análise de um dos fundamentos que, na prática, mais tem justificado a mitigação

¹ Maria João ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável*, Almedina, Coimbra, 2013, p.13.

² Alexandra LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos: Parte geral*, 2.^a ed., AAFDL Editora, Lisboa, 2015, p. 14.

³ Mário Esteves de OLIVEIRA e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 185.

⁴ Pedro Matias PEREIRA, *Procedimentos fechados no contexto de emergência e estabilização*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 24, Coimbra, 2020, p. 199.

⁵ Pedro Fernández SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Volume I, AAFDL Editora, Lisboa, 2020, pp. 407-408.

da concorrência, assim como a censura dos Tribunais de Contas nas contratações públicas portuguesas e brasileiras: a urgência administrativa.

No *Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho administrativo*, publicado no ano de 1953, Manuel Francisco Clavero Arévalo afirmava faltar “una teoría común que englobe en general a las instituciones de urgencia y que ponga debidamente de relieve que es la urgencia, el fundamento, la causa y el fin de las susodichas figuras, que sólo pueden ser cumplidamente examinadas, aplicadas e interpretadas partiendo de una teoría de la urgencia, de la que carece el Derecho administrativo”⁶.

Embora não tenhamos a pretensão de exaurir tamanha missão, propusemo-nos a contribuir em termos teóricos para a definição da urgência na contratação pública, assim como para a identificação dos seus elementos nucleares e principais categorias, aspectos, em nossa visão, ainda pouco desenvolvidos na doutrina luso-brasileira.

Além disso, visto que o tema conta com um forte apelo prático, na medida em que a contratação urgente é um procedimento frequente e que, não raras vezes, é arditamente utilizado como pretexto para burlar a concorrência, decidimos examinar os pressupostos da contratação pública urgente em Portugal e no Brasil e avaliar se os respectivos regimes são capazes, de um lado, de proporcionar respostas eficazes perante situações prementes e, de outro, de impedir a redução artificial da concorrência por agentes públicos que pretendam favorecer operadores do mercado ou, simplesmente, escapar da burocracia pré-contratual.

As inquietações que motivaram a escolha do tema despertaram redobrada atenção com o surgimento da pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2, cujos indesejados efeitos colocaram em xeque os pilares dos regimes de contratação pública.

É, pois, objetivando contribuir com a redução da má interpretação na aplicação dos dispositivos do ajuste direto e da contratação emergencial que decidimos examinar, com respaldo na jurisprudência dos Tribunais de Contas, os pressupostos exigidos para que determinados acontecimentos sejam considerados urgentes para o efeito de dispensar a concorrência na contratação pública.

O desenvolvimento da presente dissertação está estruturado em quatro capítulos.

No primeiro, há a contextualização do fenômeno da urgência como fundamento que excepciona o princípio da concorrência no domínio da contratação pública, seguida da

⁶ Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO, *Ensayo de una Teoría de la Urgencia en el Derecho administrativo*, in *Revista de Administración Pública*, n.º 10, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1953, p. 30.

sua definição jurídica, da identificação dos seus elementos centrais e principais categorias, bem como da sua diferenciação em relação ao “estado de necessidade”, instituto de cuja teoria nos valem para a compreensão da urgência como uma realidade autônoma.

No Capítulo II, o foco é direcionado para a contratação pública portuguesa, com a análise dos pressupostos do ajuste direto motivado pela urgência imperiosa em períodos de normalidade e da possibilidade de utilização do procedimento do concurso público urgente como uma modalidade genérica para as situações em que não estejam preenchidos todos os pressupostos legais do ajuste direto.

No Capítulo III, a atenção é orientada para a contratação emergencial no Direito brasileiro e a controvertida aplicação do art. 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Ainda neste capítulo, pontuaremos as recentes alterações promovidas no regime de contratação emergencial pela Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, nova lei brasileira de licitações e contratos públicos, que incorporou a jurisprudência do Tribunal de Contas da União a respeito do tema.

No Capítulo IV, há a análise dos regimes excepcionais de contratação pública aprovados em Portugal e no Brasil em resposta à crise causada pela COVID-19 e, em face da demonstração da ineficiência dos regimes comuns em circunstâncias dessa magnitude, avaliaremos a pertinência e os riscos da incorporação das normas transitórias aprovadas durante a pandemia nos regimes permanentes de contratação pública.

Após o exame crítico-reflexivo das leis portuguesas e brasileiras, na conclusão, apresentaremos propostas que, na nossa visão, podem contribuir para que os regimes de contratação pública dos países examinados se tornem mais céleres e eficientes para salvaguardar o interesse público em situações prementes, procurando, sobretudo, respeitar os princípios da concorrência, da igualdade, da transparência, da eficiência e da integridade.

CAPÍTULO I – A URGÊNCIA NO DOMÍNIO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

1.1. A urgência como exceção ao princípio da concorrência na contratação pública.

Historicamente, a contratação pública é entendida como a atividade por meio da qual a Administração adquire os bens, serviços e obras necessários à satisfação do interesse público ou das suas próprias necessidades de gestão⁷. Nessa perspectiva, a concorrência é vista como a forma de garantir a obtenção desses bens, serviços e obras nas melhores condições disponíveis.

Ocorre que, com o desenvolvimento da contratação pública, os contratos públicos tornaram-se um objeto muito mais complexo, com múltiplos propósitos, e passaram a ser encarados não só como instrumentos voltados a atender as necessidades administrativas ou as missões de interesse público sob a tutela estatal, mas também como atos econômicos que representam tanto oportunidades de ganhos financeiros para os agentes do mercado como ferramentas para a prossecução de políticas macroeconômicas ou políticas públicas secundárias⁸.

⁷ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5.^a ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, p. 251.

⁸ Como instrumento para políticas macroeconômicas, Pedro Costa GONÇALVES sustenta ser cada vez mais corriqueiro os governos utilizarem as contratações públicas para influenciar comportamentos e promover o crescimento na economia. Em contextos de crise, cita que os governos recorrem ao aumento do gasto público por meio de contratações públicas para fomentar a demanda e manter empregos, bem como para combater as taxas de desemprego nos setores da economia diretamente relacionados às compras públicas. Igualmente, a contratação pública tem sido frequentemente utilizada para o fomento de pequenas e médias empresas, para a sustentabilidade ambiental, para a inovação tecnológica, bem como para integração de pessoas em razão do sexo, etnia, de deficiências físicas, etc. Cf. Pedro Costa GONÇALVES, *Direito dos Contratos Público*, 5.^a ed. Almedina, Coimbra, 2021, p. 117 e segs. Também sobre a perspectiva econômica da contratação pública, Albert Sánchez GRAELLS esclarece que a contratação pública possui ao menos três dimensões econômicas relevantes: “public procurement has at least three relevant economic dimensions that are difficult to separate. On the one hand, public procurement is a public expense (non-payroll) tool by which the government decides how much, in which projects and when to deploy public funds for the sourcing of goods, works or services, in the public interest. On the other hand, public procurement is the working tool through which the decisions made in the previous phase are implemented. Through public procurement, the government complements its own capabilities (human resources, equipment, etc.) by commissioning a given project to an undertaking or by sourcing goods or services from a supplier or contractor. In this more limited role, public procurement serves as an instrument of election for the government, through which it is able to identify and select its contractors. Finally, if public procurement could be configured as an economic sector by itself - or as a part of the economic activity of the public sector - public procurement could be conceived of as a tool of sectoral regulation, inasmuch as it is a body of rules aimed at disciplining the purchasing behaviour of the public buyer (or, put differently, a body of rules aimed at controlling the administrative discretion exercised by

Devido à importância do conteúdo econômico dos contratos públicos⁹, para além de conferir legitimidade às escolhas administrativas, evitando favoritismos, a concorrência desenvolveu-se como uma ferramenta de proteção do mercado na formação dos contratos públicos, pois estes, por serem “recursos escassos”, não podiam deixar de ser oferecidos a todos os pretensos interessados em disputar as vantagens inerentes ao contrato público.

Com esse raciocínio, Pedro Costa Gonçalves explica que a adjudicação contratual corresponde à alocação de um recurso escasso que, quando ofertado pela Administração, só pode ser aproveitado por um interessado – ou por grupo limitado de interessados –, o que exclui a atribuição do mesmo benefício a qualquer outro sujeito que tenha pretensão igualmente legítima ou atendível de alcançá-lo¹⁰. Por isso, impõe-se a sua alocação através de um procedimento público, concorrencial, transparente e que confira a todos os eventuais interessados o direito de acesso em condições de igualdade.

Pois bem. Apesar de não ter sido expressamente consagrada nas antigas diretivas comunitárias como um dos princípios da contratação pública¹¹, a concorrência, que assim já era reconhecida na ordem jurídica portuguesa, foi elevada à condição de valor basilar no plano comunitário, tornando-se, na expressão consagrada por Rodrigo Esteves de Oliveira, “verdadeira trave-mestra da contratação pública, uma espécie de *umbrella principle*”¹².

governmental units and civil servants in the conduct of procurement activities)”. Cf. Albert Sánchez GRAELLS, *Public Procurement and the EU competitions rules*, 2^a ed., Hart Publishing, Oxford, 2015, p. 52.

⁹ Para se ter uma dimensão do poder de aquisição (*buyer power*) da Administração Pública, na Comunicação “Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa” (COM (2017) 572), estimou-se que os contratos públicos são responsáveis por mais de 16% do Produto Interno Bruto da União Europeia.

¹⁰ Pedro Costa GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado contratante*, 1.^a ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, pp. 199-202. Referindo à monografia de Walter Leisner sobre a projeção do princípio da concorrência no mercado e nas relações entre o mercado e o Estado, Pedro Costa GONÇALVES assinala que o valor da concorrência encontra fundamento constitucional a dois títulos, não cumulativos, mas paralelos, posto que operam em momentos diferentes: por um lado, na relação com a liberdade de empresa e de iniciativa econômica privada – que se materializa numa dimensão de liberdade concorrencial (*wettbewerbsfreiheit*) – e, por outro, na relação com o princípio da igualdade concorrencial (*wettbewerbsgleichheit*), dicotomia que ajuda a entender o sentido da diferença entre a concorrência no direito da concorrência e no direito da contratação pública. Cf. Pedro Costa GONÇALVES, *ob. cit.*, pp. 371-374.

¹¹ Para Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, ao contrário do que sucede com a igualdade de tratamento e com a transparência, as diretivas comunitárias não assumiram expressamente a concorrência como um princípio da contratação pública. Contudo, o autor destaca que são vários os considerandos dos diplomas comunitários em que se faz referência ao fato de a concorrência efetiva ser um objetivo da contratação pública, em geral, e dos procedimentos adjudicatórios, em especial, impondo condutas e proibindo outras, em termos tais que se mostra realmente adequado encará-la ou qualificá-la como um verdadeiro princípio. Cf. Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *Os princípios gerais da contratação pública*, in *Estudos da Contratação Pública*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 65.

¹² Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 67.

Assim sendo, segundo Ana Raquel Gonçalves Moniz, o princípio da concorrência constitui “o pano de fundo do alcance a conferir, em matéria da contratação pública, aos demais princípios”¹³.

Com efeito, o princípio da concorrência pressupõe a igualdade de oportunidades e de tratamento, visto que apenas procedimentos abertos são capazes de conceder tratamento igualitário a todos os interessados na adjudicação de um contrato que estejam em condições objetivamente idênticas em relação à capacidade de executá-lo¹⁴.

Outrossim, o princípio da concorrência reclama a existência de publicidade, que é o meio através do qual o mercado toma ciência das informações pertinentes à contratação pública¹⁵. A par disso, o princípio da economicidade é também corolário da concorrência, visto que a maior abertura dos procedimentos pré-contratuais amplifica a participação do mercado e potencializa adjudicações de melhores propostas com menores gastos públicos, propiciando a alocação eficiente dos recursos públicos e a obtenção da melhor equação entre as utilidades pretendidas pela Administração e os recursos que ela disponibiliza (*best value for taxpayer's money*)¹⁶.

Ademais, é necessário não apenas garantir a escolha das melhores propostas, mas igualmente assegurar que a seleção foi realizada sem favoritismos ou interferências de fatores estranhos. Em face disso, a concorrência potencializa a integridade das contratações públicas, constituindo, em conjunto com os princípios da imparcialidade e da transparência, uma das melhores formas de conter favoritismos e corrupção, visto que, devido ao interesse na adjudicação contratual, os próprios concorrentes atuam como fiscais dos procedimentos pré-contratuais¹⁷.

¹³ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Princípios da Contratação Pública*, in Revista de Contratos Públicos, n. 11, Coimbra, 2016, p. 47.

¹⁴ Para Pedro Costa GONÇALVES, o princípio da concorrência funciona como cânone ou critério normativo que, em respeito ao princípio da igualdade, adstringe a entidade adjudicante a usar procedimentos de adjudicação abertos, que confirmam a todos os operadores interessados iguais condições de acesso e, quando participantes, iguais condições de tratamento. Cf. Pedro Costa GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado contratante*, p. 376.

¹⁵ Para Margarida Olazabal CABRAL, aquilo que começa por caracterizar os concursos públicos é o fato de as entidades adjudicantes tornarem pública a sua intenção de contratar, dispondo-se a aceitar propostas de um número indeterminado de interessados. Cf. Margarida Olazabal CABRAL, *O concurso público no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos da Contratação Pública, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 184.

¹⁶ Miguel Assis RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL Editora, Lisboa, 2013, p. 374.

¹⁷ Cláudia VIANA aduz que a corrupção nos contratos públicos é uma realidade que gera diversas consequências: compromete o processo decisório; produz distorções da concorrência; coloca em causa o princípio dos mercados livres e abertos e, especialmente, o bom funcionamento do mercado interno; causa

Por tudo isso, Rodrigo Esteves de Oliveira afirma ser no respeito à concorrência e na sua promoção que assenta o valor nuclear dos procedimentos adjudicatórios e que, se é na concorrência que se funda o mercado da contratação pública, “isso há de significar que a tutela de uma concorrência sã entre os competidores interessados deve estar na primeira linha das preocupações do sistema jurídico”¹⁸.

Todavia, apesar de tutelar os interesses relativos ao acesso aos mercados públicos, de vedar a introdução de obstáculos injustificados à liberdade de candidatura e de coibir favorecimentos nos procedimentos pré-contratuais, possibilitando que a escolha pública do co-contratante resulte do confronto juridicamente correto das respectivas propostas¹⁹, nem todos os casos estão sujeitos à concorrência e esta, nem sempre, é capaz de produzir os resultados mais satisfatórios ao interesse público.

Em alguns casos, tal como adverte Miguel Assis Raimundo, a contratação com concorrência não é possível e, noutros, sê-lo-ia apenas com sacrifício desproporcional dos interesses da adjudicação²⁰. Em situações de urgência ou calamidade, a demora inerente aos trâmites burocráticos dos procedimentos concorrenciais pode representar um obstáculo prático à prossecução do interesse público²¹, uma vez que a contratação pública desenvolve-se através de um processo lento e que o tempo disponível costuma ser inferior ao da aquisição pública (*time to market*).

Por isso, em casos desse gênero, a Administração Pública fica compelida a seguir uma lógica diversa da estabelecida para períodos de normalidade. Diante da iminência ou na sequência de eventos adversos, a concorrência é comumente atenuada e até dispensada, em atenção a valores de relevância superior, que seriam sacrificados se fossem observados os prazos e as minúcias dos procedimentos concursais tradicionais²².

Em razão disso, estimando que a urgência seja, talvez, o fundamento ou o critério material mais impropriamente invocado pela Administração Pública para afastar o regime concorrenciais das contratações públicas em Portugal e no Brasil, bem como considerando

prejuízos financeiros; e, entre outros aspectos, ocasiona um clima de instabilidade, de insegurança e de desconfiança dos agentes económicos e dos contribuintes. Cf. Cláudia VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 34-35.

¹⁸ Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *ob.cit.*, p. 67.

¹⁹ Ana Fernanda NEVES, *Os Princípios da Contratação Pública*, in Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 40.

²⁰ Miguel Assis RAIMUNDO, *ob. cit.*, p. 893.

²¹ Miguel Assis RAIMUNDO, *As exceções da contratação pública e da concorrência*, in Contratação Pública e Concorrência, CEDIS, Lisboa, 2013, p. 131.

²² Miguel Assis RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*, p. 211.

que a contratação emergencial é mais vulnerável à corrupção, propusemo-nos a pesquisar tal fenômeno que, em geral, não tem sido objeto de interesse acentuado da doutrina, a qual, quase sempre, limita-se a abordar as suas consequências práticas no plano das contratações públicas sem, no entanto, apresentar uma teoria que evidencie o seu conteúdo²³.

Como o reconhecimento da urgência, no plano fático, exige valorações subjetivas, decidimos iniciar o nosso estudo com a apresentação de uma definição própria de urgência e com a identificação dos elementos constitutivos e principais categorias de tal instituto.

1.2. A definição jurídica de urgência administrativa e os seus elementos constitutivos.

A despeito de ser um fenômeno de simples compreensão, a urgência não é um conceito de fácil explicação. Após salientar que a urgência é um conceito que escapa à formulação matemática e que qualquer busca por sua definição parece inútil, Pierre-Laurent Frier cita alguns juristas franceses que estudaram o tema, entre os quais Philippe Jestaz, autor que declara que “definir l’urgence d’une façon rigoureuse est une entreprise vouée à l’échec” e que “la plupart des auteurs qui s’y sont essayés n’ont abouti qu’à des formules imprécises qui gravitent toutes autour de l’idée d’un préjudice dans le retard”²⁴.

Em raciocínio semelhante, Isabel Celeste M. da Fonseca reconhece que a ciência administrativa tem demonstrado dificuldades para definir a urgência “enquanto realidade autónoma, como realidade geradora de consequências jurídicas próprias, isto é, a urgência como realidade autónoma em situação de normalidade legal”²⁵.

Na maior parte das vezes, a doutrina em geral e, particularmente, a luso-brasileira, conquanto avalie as providências administrativas desencadeadas pela urgência, negligencia o estudo da sua substância e se satisfaz com fórmulas vagas e imprecisas que associam a urgência a situações em que apenas uma intervenção célere seria eficaz para a prevenção de efeitos danosos.

Nessa linha, é lugar comum afirmar-se que a urgência é uma realidade que impõe que certos comportamentos tenham lugar no imediato. Como exemplo, podemos elencar

²³ Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO, *ob. cit.*, p. 30.

²⁴ Philippe JESTAZ, *L’urgence et les principes classiques du droit civil*, Th. Paris, Ed. L.G.D.J., Paris, 1968, p. 1, *apud* Pierre-Laurent FRIER, *L’urgence*, Ed. L. G. D. J., Paris, 1987, p. 11.

²⁵ Isabel Celeste Monteiro da FONSECA, *Processo temporalmente justo e urgência: contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 137.

Celso Antônio B. de Mello, autor que afirma que “mesmo que a palavra contenha em si algum teor de fluidez, qualquer pessoa entenderá que só é urgente o que tem de ser enfrentado imediatamente, o que não pode aguardar o decurso do tempo, caso contrário o benefício pretendido será inalcançável ou o dano que se quer evitar consumir-se-á ou, no mínimo, existirão sérios riscos de que sobrevenham efeitos desastrosos em caso de demora”²⁶. Ou Antônio Carlos Cintra do Amaral, que tratando do tema especificamente na seara da contratação pública, defende que “um caso é de emergência quando reclama solução imediata, de tal modo que a realização da licitação, com os prazos e formalidades que exige, pode causar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou ainda, provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas”²⁷.

Mesmo em se tratando de um típico conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo e extensão são incertos ou vagos²⁸, não nos parece apropriado examinar as consequências jurídicas de um instituto sem antes defini-lo ou compará-lo com conceitos próximos ou afins.

Nesse passo, urge densificar (ou, ao menos, tentar densificar) a noção de urgência que, como já anotado por Adilson Abreu Dallari, “não é uma palavra oca, desprovida de qualquer significado”²⁹.

A definição de um conceito, segundo Herbert Hart, é uma questão de traçado de linhas ou de distinção entre uma espécie de coisa e outra, as quais a linguagem delimita por

²⁶ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 30.^a ed., Malheiros, São Paulo, 2013, p. 135.

²⁷ Antônio Carlos Cintra do AMARAL, *Licitação nas empresas estatais*, MacGraw Hill, São Paulo, 1979, p. 54.

²⁸ Na obra “*Notas sobre Derecho y Lenguaje*”, Genaro CARRIÓ identifica dois fenômenos que costumam frustrar a certeza na comunicação linguística: a ambiguidade e a vagueza. Sobre a segunda, esclarece que: “tal fenómeno acaece, por ejemplo, cada vez que una palabra tiene como criterio relevante de aplicación la presencia de una característica o propiedad que en los hechos se da en la forma de un continuo, como la edad, o la altura, o el numero de cabellos que un hombre puede tener, y pretendemos hacer cortes en ese continuo valiéndonos de palabras o expresiones tales como ‘joven’, ‘adulto’, ‘anciano’, ‘hombre edad madura’, o ‘alto’, ‘bajo’, ‘retacón’, o ‘calvo’, ‘hirsuto’, etc. Ya sabemos lo que quiere decir ‘joven’ o ‘calvo’. No se trata aqui de un problema de ambigüedad. El problema es este otro: carece de sentido preguntarse a qué precisa edad se deja de ser joven, o cuántos cabellos hay que tener para no ser calvo, o cuánto hay que medir para ser alto. Todo quanto podemos decir es que hay casos centrales o típicos, frente a los cuales nadie vacilaria en aplicar la palabra, y casos claros de exclusión respecto de los cuales nadie dudaria en no usarla. Pero en el médio hay una zona más o menos extendida de casos posibles frente a los cuales, cuando se presentan, no sabemos qué hacer”. Genaro R. CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4.^a Ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 27-32.

²⁹ Adilson Abreu DALLARI, *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 6.^a Ed., Saraiva, São Paulo, 2003, p. 59.

palavras distintas³⁰. Na linguagem comum, urgência é a qualidade daquilo que é urgente ou o caráter daquilo que não admite demora. De Plácido e Silva ensina que a urgência, palavra de origem latina, “exprime a qualidade do que é urgente, isto é, é premente, é imperioso, é de necessidade imediata, não deve ser protelado, sob pena de provocar, ou ocasionar um dano, ou um prejuízo. Assim, a urgência assinala o estado das coisas que se devam fazer imediatamente, por imperiosa necessidade, e para que se evitem males, ou perdas, consequentes de maiores delongas, ou protelações”³¹.

Sem embargo, essa definição pouco auxilia na compreensão do conceito jurídico de urgência, o qual, como é de se imaginar, possui naturais variações nas diversos searas do Direito. Além do mais, tal noção é imprecisa para distinguir a “urgência” do “estado de necessidade”. Assim, parece-nos que o método mais adequado para definirmos a urgência é a partir da sua decomposição e da identificação dos seus elementos intrínsecos.

Debruçando-se sobre o assunto, Maria da Glória Garcia assevera que a urgência corresponde a uma realidade conceitual artificialmente criada, com certo grau de indeterminação, que traduz uma particular compreensão do modo como a realidade existe e evolui no tempo ligada a comportamentos humanos, realidade essa que impõe que certos comportamentos tenham lugar no imediato³².

Como, em certas situações, a temporalidade ordinária é insuficiente para alcançar determinados objetivos, é necessária a adoção de uma temporalidade artificialmente criada, mais rápida e que, a depender das circunstâncias factuais, pode significar a diferença entre a vida e a morte de pessoas.

A partir dessa ideia, extrai-se que o “tempo” é um elemento inerente à urgência.

Tanto é assim que, para Isabel Celeste da M. Fonseca, “quem fala em emergência fala em tempo, em período breve de tempo, em prazo e em dimensão de tempo curto, em termos que a urgência não aparece senão quando se entende que não pode perder-se tempo algum para praticar uma acção que obste à consolidação do perigo que se teme”³³.

Trazendo tal raciocínio para o campo administrativo, Diogo Freitas do Amaral e Maria da Glória Garcia indicam o tempo como o fator caracterizador da urgência, “quando

³⁰ Herbert L. A. HART, *O conceito de direito*, 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2001, p. 18.

³¹ De Plácido e SILVA, *Vocabulário jurídico*, Volume IV, Rio de Janeiro, 1980, p. 1.611.

³² Maria da Glória Ferreira Pinto Dias GARCIA, *A urgência nos procedimentos pré-contratuais*, in *Direito e Justiça, Direito comercial e das sociedades*, Estudos em memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin, Volume Esp., 2012, p. 551.

³³ Isabel Celeste Monteiro da FONSECA, *ob. cit.*, p. 131.

conexionado com uma situação de perigo ou com uma situação de prioridade de realização de um interesse público determinado, valorado pela lei em termos que justificam o não cumprimento do regime jurídico-regra”³⁴.

Também Manuel Francisco Clavero Arévalo reconhece o tempo como o elemento determinante da urgência e enfatiza que a insuficiência dos procedimentos normais do Direito Administrativo para a consecução do interesse público, em razão da falta de tempo, desempenha papel fundamental na determinação do conceito da urgência³⁵. Em suma, esclarece que:

“toda la labor de la Administración debe ser eficaz, y por lo general la eficacia exige una rapidez en el discurrir norma de la función administrativa. Esta rapidez de la Administración no es, o al menos no debe ser, incompatible con las instituciones jurídico-administrativas normales. Si la rapidez caracteriza o debe caracterizar a una normal y eficaz Administración, los procedimientos jurídicos de que ésta se vale normalmente no deben ser obstáculo a dicha rapidez. Ahora bien: en ocasiones esa rapidez normal de la función administrativa se convierte en urgencia, y esta conversión, es lo que queremos poner de relieve, produce una fundamental consecuencia jurídico-administrativa, que es el abandono del derecho administrativo normal, para aplicar instituciones administrativa excepcionales. Esta consideración es la que centra el problema en la diferenciación de dos conceptos: rapidez y urgencia. Diferenciación fundamental con indiscutibles consecuencias en el campo jurídico-administrativo. En donde radica, a nuestro modo de 'ver, la diferenciación señalada es que en la urgencia el factor tiempo es elemento determinante y constitutivo del fin administrativo perseguido. De tal manera es ello, que de no conseguirse dicha finalidad en un tiempo determinado para el cual la institución normal no era idónea, tal meta habría dejado de interesar a la Administración o hubiera perdido su razón de ser. Por el contrario, en la función administrativa normal, que, como ya dijimos anteriormente, debe realizarse generalmente con rapidez, el factor tiempo no es elemento determinante del fin propuesto, o si lo es, dicho tiempo es perfectamente compatible con la utilización de los procedimientos administrativos normales. Podemos, pues,

³⁴ Diogo Freitas do AMARAL e Maria da Glória Ferreira Pinto Dias GARCIA, *O estado de necessidade e a urgência em direito administrativo*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 59, 1999, p. 491.

³⁵ Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO, *ob. cit.*, p. 32.

afirmar aclarando que en la actividad administrativa de urgencia el factor tiempo es elemento constitutivo de la finalidad de la Administración. Mas como los procedimientos normales no permitirían la consecución de la finalidad en dicho tiempo, se arbitra un procedimiento excepcional. En relación con la actividad administrativa normal, que, siendo rápida, no es urgente, el factor tiempo no deviene elemento determinante ni constitutivo del fin perseguido, o si lo es resulta compatible con los procedimientos jurídico-administrativos normales”³⁶.

A partir de essas ideias iniciais, é possível inferir que a urgência corresponde a uma temporalidade extraordinária com uma dinâmica mais rápida do que a habitual e que o tempo, no sentido de premência temporal, é o primeiro elemento da definição da urgência.

No entanto, o tempo, por si só, não gera a urgência.

Segundo Maria da Glória Garcia, a urgência “só nasce quando as pessoas avaliam, no tempo, aquilo que nele acontece, dessa avaliação resultando um juízo de necessidade de uma acção imediata, uma acção que não pode ser adiada”³⁷.

Pierre-Laurent Frier, por sua vez, aduz que a urgência é uma “notion téléologique, celle-ci est tout entière dominée par les buts qu’elle vise. Il n’est pas nécessaire, pas urgente de faire quelque chose dans l’absolu, mais uniquement pour atteindre un certain objectif menacé par la conjoncture”³⁸.

Com uma visão semelhante, Isabel Celeste M. da Fonseca aponta que a urgência pressupõe uma relação subjetiva de alguém com o tempo, pois exprime “uma inquietação perante um futuro imediato caracterizado de incerteza e pelo risco, que não pode ser, sequer, avaliado serenamente. E a inquietação é acompanhada de uma irresistível necessidade de obter imediatamente uma resposta técnica do serviço que para o efeito existe”³⁹.

Ou seja, a urgência depende de um juízo de constatação sobre um conjunto de condições que demonstrem que uma decisão deve ser tomada imediatamente⁴⁰.

³⁶ Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO, *ob. cit.*, p. 32.

³⁷ A autora ilustra tal raciocínio com o caso de uma mãe que passeia com o filho. Se este lhe escapa da mão e atravessa a rua, a mãe precipita-se para o agarrar, em razão da avaliação que faz da realidade. A situação é de urgência não porque o tempo se altere, se imponha, a regule ou discipline, mas porque o juízo da mãe em situação a conduziu à ação imediata. E não a uma qualquer ação, mas àquela. Cf. Maria da Glória Ferreira Pinto Dias GARCIA, *ob. cit.*, p. 549.

³⁸ Pierre-Laurent FRIER, *ob. cit.*, p. 18.

³⁹ Isabel Celeste Monteiro da FONSECA, *ob. cit.*, p. 125.

⁴⁰ Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 4ª ed., Atlas, São Paulo, 1996, p. 278.

Logo, a urgência nada mais é do que um julgamento sobre situações futuras com consequências invariavelmente dramáticas, em que o tempo disponível para agir é menor do que aquele que seria normalmente necessário. Esse juízo, essa relação subjetiva com o tempo, a partir das circunstâncias que ameaçam o interesse público e que reclamam a aceleração da ação da Administração Pública em sua defesa, no nosso sentir, configura o segundo elemento componente do conceito de urgência.

Assim, extraímos dois fatores determinantes do conceito de urgência: o elemento temporal e o elemento teleológico. Tal conclusão, diga-se de passagem, muito se aproxima do entendimento adotado por Carmen Lúcia Antunes Rocha, autora que defende que:

“Urgência é conceito que suscita: a) idéia de rapidez além do ordinário e b) necessidade a demandar esta celeridade incontida na feitura ou desempenho regular da situação de que se cuide. Urgente é o que não pode esperar sem que prejuízo se tenha pelo vagar ou que benefício se perca pela lentidão do comportamento regular, demasiado lerdo para a precisão que emergiu. No Direito, o conceito de urgência não refoge a estas idéias que se alocam na definição leiga da palavra. Também o conteúdo jurídico da palavra urgência contém quer o sentido de tempo exíguo e momento imediato, de um lado, quer a idéia de necessidade especial e premente, de outro. Urgência jurídica é, pois, a situação que ultrapassa a definição normativa regular de desempenho ordinário das funções do Poder Público pela premência de que se reveste e pela imperiosidade de atendimento da hipótese abordada, a demandar, assim, uma conduta especial em relação àquela que se nutre da normalidade aprazada institucionalmente. A urgência conta, portanto, com dois elementos: o primeiro relativo ao tempo para a prática legislativa, administrativa ou judicial em questão e o segundo a uma necessidade a ser neste prazo suprida”⁴¹.

Mas ainda não é tudo. Para o efetivo surgimento da urgência, antes é preciso a existência ou a iminência de riscos ou perigo concreto a interesses juridicamente tutelados, riscos esses advindos de eventos imprevisíveis ou irresistíveis (isto é, previsíveis, mas inevitáveis), que tornem insuficientes as cautelas e as providências regulares, rotineiras, da atividade administrativa para a proteção daqueles interesses, fazendo com que uma atuação

⁴¹ Carmem Lúcia Antunes ROCHA, *Conceito de urgência no Direito Público brasileiro*, in Revista Trimestral de Direito Público, n.º 01, Malheiros, 1993, p. 234.

especial seja a única forma apta a salvaguardar a realização da finalidade pública imputada à Administração Pública.

Esses acontecimentos excepcionais, que podem ser desastres, catástrofes etc., são os pressupostos fáticos da urgência.

Para tornar mais claro o nosso raciocínio em relação à identificação dos elementos da urgência e do seu pressuposto fático, ilustratemos com o caso da pandemia da COVID-19, que, conforme será mencionado no Capítulo IV, exigiu a aquisição de uma série de equipamentos hospitalares, insumos, desinfetantes, equipamentos de proteção individual, testes, vacinas etc., a fim de atender às necessidades administrativas do setor de saúde e das comunidades afetadas.

Até o início de 2020, a transmissão do vírus SARS-CoV-2 era algo desconhecido por parte da maioria das autoridades públicas e um verdadeiro acontecimento imprevisível. Como a velocidade da disseminação do vírus foi imensa e o número de pessoas infectadas cresceu exponencialmente, acarretando um elevado nível de internações hospitalares e uma alta taxa de mortalidade, sobretudo da população idosa, se a Administração Pública aguardasse os prazos regulares dos procedimentos concursais, por exemplo, para comprar ventiladores pulmonares ou outros equipamentos vitais, haveria enormes riscos à vida dos pacientes que fossem internados nos hospitais.

Nesse caso, o advento da pandemia representa o pressuposto fático da urgência; a avaliação acerca dos graves riscos à saúde pública e à vida dos pacientes internados com COVID-19 e da necessidade de ações administrativas para proteger a população e salvar os infectados configura o elemento teleológico; e a exigência da aquisição imediata ou rápida de equipamentos ou da ampliação de leitos hospitalares em lapso de tempo mais curto, por meio de procedimentos mais ágeis do que o previsto no regime jurídico-regra, é o elemento temporal da urgência.

Podemos realizar o mesmo exercício com outro exemplo.

Em outubro de 2019, o furacão *Leslie* atingiu Portugal e provocou diversos danos em infraestruturas, como estragos em estradas, pontes etc., exigindo reparos imediatos, a fim de que o tecido socioeconômico fluísse sem maiores riscos à população. Neste caso, a ocorrência do furacão corresponde ao pressuposto fático da urgência; o juízo a respeito dos riscos irreparáveis ou de difícil reparação causados à população pelo desmoronamento de infraestruturas públicas e da necessidade de ações para recuperá-las configura o elemento

teleológico; e a exigência da rápida execução de obras, numa celeridade incompatível com os prazos exigidos pelos concursos públicos, é o elemento temporal da urgência.

A partir do raciocínio desenvolvido, ousamos definir, para os fins deste trabalho, a urgência administrativa como sendo o juízo de necessidade de uma atuação imediata ou extraordinariamente célere da Administração, como condição de eficácia da prevenção, da cessação ou da reparação de efeitos prejudiciais a interesses juridicamente tutelados, normalmente decorrentes de acontecimentos imprevisíveis ou irresistíveis (previsíveis, mas inevitáveis), causados seja pelas forças incontroláveis da natureza, seja pela ação ou inação humana.

Apresentada a nossa concepção de urgência e dos seus elementos nucleares, parece-nos conveniente, a seguir, distinguirmos as principais categorias de urgência para, em seguida, procedermos à sua diferenciação do “estado de necessidade”, figura tradicional que representa o grau mais elevado da urgência no âmbito do Direito Administrativo e que fornece importante substrato teórico para a compreensão do tema ora em estudo.

1.3. As categorias da urgência administrativa.

É comum encontrarmos na doutrina administrativa afirmações no sentido de que, de figura extraordinária destinada a enfrentar situações excepcionais, a urgência passou à categoria ordinária da atuação administrativa, ensejando a aplicação de normas especiais para satisfação de necessidades públicas que não seriam atendidas caso mantidos os prazos previstos para situações de normalidade⁴².

Particularmente no plano da contratação pública, o regime jurídico das respostas administrativas urgentes tem progressivamente evoluído, dividindo-se, normalmente, em três níveis normativos de especialização crescente⁴³.

O primeiro é composto por instrumentos normativos que permitem a antecipação das etapas mais demoradas da atividade de formação dos contratos. Como a realidade tem evidenciado que catástrofes, desastres e eventos congêneres ocorrem com certa frequência, existem procedimentos que antecipam as necessidades administrativas e evitam os riscos

⁴² Diogo Freitas do AMARAL e Maria da Glória Ferreira Pinto Dias GARCIA, *ob. cit.*, p. 490.

⁴³ Classificação baseada na doutrina de Miguel Assis Raimundo. Cf. Miguel Assis RAIMUNDO, *Catástrofes naturais e contratação pública*, in Direito(s) das catástrofes naturais, org. Carla Amado Gomes, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 213-215.

decorrentes da contratação pública realizada no momento crítico. São instrumentos deste nível os acordos-quadro, procedimentos especiais previstos nos arts. 251.º a 259.º do CCP, que não culminam com a adjudicação de um contrato em concreto, antes visam disciplinar relações contratuais futuras mediante a fixação antecipada dos respectivos termos⁴⁴. Outro exemplo similar é o sistema de registro de preços adotado no Brasil que não gera o dever de contratação, mas somente o de assinar uma ata de registro de preços, a qual garantirá a preferência da contratação do fornecedor com preço registrado caso surja a necessidade da prestação durante o prazo de validade do documento.

O segundo nível da regulação da urgência na contratação pública é constituído por instrumentos que propiciam a aceleração das etapas pré-contratuais através de medidas de simplificação ou de eliminação de formalidades procedimentais. Integram este nível as normas que permitem a escolha de modalidades de formação de contratos mais aligeiradas do que seria possível no contexto de normalidade, tais como as existentes no Código dos Contratos Públicos, que possibilitam o recurso ao ajuste direto fundamentado em urgência imperiosa e a utilização do concurso público urgente, ou as que admitem a dispensa de licitação, presentes na Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública no Brasil.

No terceiro nível de especialização estão os instrumentos normativos de urgência que ofertam soluções especializadas abstratamente, a exemplo da Lei de Bases da Proteção Civil (Lei n.º 27/2006, de 3 de julho), ou dos regimes excepcionais, editados *ad hoc* na sequência de eventos concretos, tal como ocorreu para o enfrentamento de incêndios e de furacões e, mais recentemente, da pandemia da COVID-19.

Por meio desses três níveis normativos de urgência, possibilita-se à Administração Pública obter o mesmo o resultado que esta lograria mediante os procedimentos concursais tradicionais, porém dentro de uma estimativa de prazo muito menor. É oportuno ressaltar, todavia, que a aplicação dos instrumentos do segundo e terceiro níveis pressupõe o preenchimento de pressupostos específicos, sendo o principal deles a caracterização da urgência administrativa.

Sem embargo, tal como observado por Pierre-Laurent Frier, “il est souvent assez difficile de savoir à partir de quel moment exact un situation présente un caractère de

⁴⁴ Alexandra LEITÃO, *ob. cit.*, p. 191.

gravité tel qu'il rende indispensable l'action immédiate. Cette caractérisation dépend largement des circonstances dans lesquelles se déroule l'action urgente"⁴⁵.

Nesse sentido, com o escopo de melhor definir o momento em que a urgência efetivamente ocorre, passaremos ao tópico a seguir.

1.3.1. As urgências preventiva e reparadora.

Como a aferição da urgência administrativa deve ser realizada em concreto, caso a caso, quanto ao aspecto temporal, é possível identificarmos, grosso modo, duas categorias de urgência: preventiva e reparadora.

A urgência preventiva é caracterizada pela iminência de riscos concretos e graves a interesses tutelados, ainda que o prognóstico não venha a ser confirmado posteriormente. Por iminência entende-se a alta probabilidade de que o evento adverso ocorra subitamente, de um momento para o outro, causando prejuízos sem que haja tempo para a conclusão dos procedimentos ordinários necessários à proteção dos interesses em causa⁴⁶.

Como os agentes públicos não podem esperar os desastres acontecerem⁴⁷, logo que constatados os riscos ou o perigo concreto através de estudos técnicos, levantamentos etc., é um dever da Administração efetuar a imediata contratação das prestações adequadas para impedir os danos futuros.

Um exemplo de urgência preventiva, muito nítido no momento atual, diz respeito à aquisição de vacinas para a prevenção de epidemias, pois, antes mesmo de concretizado o surto da doença (que, aliás, pode não se concretizar em razão das medidas preventivas), a urgência pode restar configurada diante do perigo à saúde e à vida da população.

Entretanto, sabemos que, mesmo com toda a diligência possível, nem sempre é possível evitar que catástrofes e desastres aconteçam. Nesses casos, depois de deflagrados eventos adversos capazes de produzir riscos ao interesse público, reclama-se uma atuação administrativa urgente voltada a cessar os danos em andamento, a obstar ou minorar o seu agravamento e a reparar rapidamente os prejuízos deles decorrentes.

⁴⁵ Pierre-Laurent FRIER, *ob. cit.*, pp. 34-35.

⁴⁶ A iminência é representada por Pierre-Laurent FRIER como a espada de Dâmocles, que, pendurada sobre a sua cabeça e presa por apenas um fio, poderia decapitá-lo a qualquer instante. Cf. Pierre-Laurent FRIER, *ob. cit.*, p. 38.

⁴⁷ Egon Bockmann MOREIRA e Fernando Vernalha GUIMARÃES, *Licitação pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*, Malheiros, São Paulo, 2012, p. 412.

Desse modo, quando a urgência surge com a própria ocorrência do evento em si e com os riscos de que os seus efeitos produzam danos irreparáveis ou de difícil reparação, podemos dizer que a sua natureza é reparadora ou corretiva.

Em qualquer das duas categorias de urgência ora identificadas, preventiva ou reparadora, a Administração, premida pelas circunstâncias e compelida pela necessidade, perde a possibilidade de escolha entre a inação e a ação, bem como a discricionariedade quanto ao momento da sua intervenção. Ela deve não apenas agir em defesa do interesse público, mas agir imediatamente, através de procedimentos que possibilitem a produção de resultados no prazo mais curto possível, sob pena do comprometimento de interesses que não mais poderão ser recompostos.

Porém, como veremos a seguir, a urgência não precisa ser necessariamente radical ou absoluta. Na prática, ela comumente varia em maior ou menor grau de intensidade e o Direito da Contratação Pública, no nosso ponto de vista, diante dessa realidade, deve estar preparado para oferecer instrumentos diferenciados conforme a modulação da urgência.

1.3.2. As urgências imperiosa e simples (ou moderada).

Como dito há pouco, o tempo não é o único elemento da urgência, visto que o agir rapidamente não faz sentido em si, mas apenas em relação aos interesses que se objetiva proteger ou priorizar, como a saúde pública ou a vida das pessoas. Ou seja, a urgência é um fenômeno temporal, mas que só se configura e se justifica pelos interesses em causa⁴⁸.

O segundo elemento estrutural do conceito de urgência é o juízo de necessidade de uma ação extraordinariamente célere e inadiável, em face da iminência de riscos ou perigo a interesses relevantes. É em defesa dos interesses públicos, fim último do Poder Público, que, em circunstâncias excepcionais, a Administração fica autorizada a afastar o regime jurídico-regra e a recorrer a procedimentos que, prescindindo ou mitigando o princípio da concorrência, produzam resultados no prazo disponível.

Não obstante, é válido acentuar que a urgência não ostenta um grau de intensidade rígido e uniforme. Na realidade, é comum que a urgência administrativa manifeste-se com diferentes modulações, haja vista que os riscos de consumação de danos irreparáveis ou de difícil reparação variam com a intensidade e a proximidade das circunstâncias concretas.

⁴⁸ Maria da Glória Ferreira Pinto Dias GARCIA, *ob. cit.*, p. 549 e segs.

Numa escala crescente de urgência, é possível identificarmos situações prementes em que a Administração Pública ainda dispõe de certo tempo para realizar procedimentos pré-contratuais que, sem prescindir totalmente da concorrência, são aptos a proteger os interesses públicos em jogo. Esses casos são denominados de urgência moderada, simples ou relativa. Já as situações caracterizadas pela necessidade de uma ação imediata, nas quais as formalidades procedimentais não podem ser atendidas sem o risco de comprometimento irreparável ou de difícil reparação dos interesses envolvidos, seja porque o evento adverso já aconteceu, seja porque ele está prestes a ocorrer, são mais conhecidas como de urgência imperiosa ou absoluta.

Por conseguinte, a avaliação das formalidades cabíveis na contratação pública e do nível de publicidade da concorrência deve ter em conta a intensidade e a proximidade das circunstâncias concretas, de forma que, quanto maior o tempo disponível, mais ampla deve ser a publicidade e mais extensas devem ser as formalidades procedimentais para assegurar um procedimento aberto a um maior número de interessados. Por outro lado, quanto mais próximos ou mais graves forem os riscos ao interesse público, menores devem ser os prazos e mais simples devem ser os ritos burocráticos da contratação pública.

Há, para além, situações mais graves do que as situações de urgência imperiosa ou absoluta, para as quais o Direito Administrativo reserva a figura do estado de necessidade, o qual se manifesta quando a realidade social prevê, em benefício do interesse público, a licitude de condutas que, *a priori*, seriam desconformes e contrárias às diretrizes deontológicas provenientes do sistema jurídico⁴⁹.

Em razão da sua importância teórica, veremos com mais vagar a diferenciação entre a urgência e o estado de necessidade.

1.4. A distinção entre urgência administrativa e estado de necessidade.

Acobertado pelo adágio *necessitas non habet legem*, o estado de necessidade é uma exceção ao princípio da legalidade ou uma causa de exclusão da ilicitude de uma atuação *contra legem* que, segundo Paulo Otero, pressupõe “a existência de circunstâncias de facto extraordinárias que, gerando uma necessidade e urgência de actuação, envolvem a ameaça ou a continuação de uma efectiva situação de perigo ou de dano a valores, bens ou

⁴⁹ José Manuel Sérvulo CORREIA, *Revisitando o estado de necessidade*, In Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Almedina, Coimbra, 2010, p. 724.

interesses públicos cuja essencialidade da tutela exige uma intervenção administrativa que só pode ser alcançada com preterição as regras que normalmente pautam a atividade da Administração Pública”⁵⁰.

Nessa linha, Martinez Useros define o estado de necessidade como o estado em que “la proteccíon de un bien jurídicamente tutelado reclama la realizacíon de un acto que es en sí antijurídico”⁵¹.

Pois bem, a distinção entre o estado de necessidade e a urgência enquanto categoria jurídica autônoma foi objeto de particular atenção de Diogo Freitas do Amaral e Maria da Glória Garcia, que aduzem que eles são teórica e dogmaticamente distintos e insuscetíveis de tratamento jurídico uniforme, a despeito de, quando configurados, legitimarem atuações que seriam inválidas à luz das normas formalmente consagradas para os casos-regra⁵².

Quanto ao estado de necessidade, os citados autores afirmam que, em situações de normalidade, o conteúdo de autoridade da ação administrativa encontra na lei o seu limite, fundamento e critério, apresentando-se a lei como expressão do equilíbrio entre autoridade e liberdade⁵³. Porém, em circunstâncias excepcionais, a necessidade suspende a legalidade ordinária e a Administração, se exigida pela situação de exceção, fica exonerada de seguir os procedimentos estabelecidos para as circunstâncias normais, visto que a sua observância provocaria um prejuízo maior do que o gerado pela obediência cega à lei. Ainda segundo os autores, para a configuração do estado de necessidade, exige-se a presença de três pressupostos: i) a excepcionalidade da situação, caracterizada pela desarticulação social inconciliável com o uso dos poderes públicos normais; ii) a natureza imperiosa do interesse público a defender, tendo presente o interesse público da legalidade a sacrificar; e iii) a urgência ou natureza inadiável da intervenção administrativa⁵⁴.

Em relação ao primeiro pressuposto, os autores sustentam que a excepcionalidade da situação em Direito Administrativo, que pode ter origem natural ou humana, tem de resultar de uma ausência de regular funcionamento do aparelho administrativo ou de uma

⁵⁰ Paulo OTERO ressalta que o estado de necessidade era inicialmente dotado de operatividade no âmbito do Direito Administrativo com base num princípio geral de Direito, mas hoje encontra um fundamento jurídico-positivo expresso no art. 3.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo, devendo entender-se, porém, que a sua aplicação extravasa a mera preterição dos preceitos dessa mesma lei. Cf. Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 997.

⁵¹ Enrique MARTINEZ USEROS, *Los requisitos de forma de los actos administrativos*, Murcia, 1950, p. 22, *apud* Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO, *ob. cit.*, p. 52.

⁵² Diogo Freitas do AMARAL e Maria da Glória Ferreira Pinto Dias GARCIA, *ob. cit.*, p. 473

⁵³ Diogo Freitas do AMARAL e Maria da Glória Ferreira Pinto Dias GARCIA, *ob. cit.*, p. 473.

⁵⁴ Diogo Freitas do AMARAL e Maria da Glória Ferreira Pinto Dias GARCIA, *ob. cit.*, p. 487.

desarticulação da sociedade com a organização administrativa, inconciliável com o uso de poderes públicos forjados na normalidade⁵⁵.

No tocante à natureza imperiosa do interesse público a defender, atestam que este pressuposto significa a ponderação de bens na determinação do estado de necessidade, de modo que o princípio da legalidade “só pode ser preterido se um interesse, de igual modo constitucionalmente garantido, se prefigurar, na factualidade concreta, como um interesse imperioso, que, por isso mesmo, se tem de entender como de valia superior ao interesse que o princípio da legalidade visa salvaguardar”⁵⁶.

Já a urgência da atuação administrativa é o pressuposto que resulta da existência de perigo atual e iminente e da impossibilidade de, para afastá-lo, cumprir a lei⁵⁷.

Verificados, nos casos concretos, estes três pressupostos, a Administração Pública, respeitando o princípio da proporcionalidade, nas suas vertentes necessidade, idoneidade e adequação, fica autorizada a agir em estado de necessidade.

Numa perspectiva parecida, José Manuel Sérvulo Correia - para quem o estado de necessidade é uma válvula de segurança graças à qual o sistema jurídico salvaguarda a sua unidade teleológica e axiológica, mediante a qual se admite que, em circunstâncias excepcionais, a Administração pratique atos com a preterição das regras do procedimento administrativo, sem incorrer em nulidade, ainda que implique no sacrifício de direitos ou interesses dos particulares, se de outro modo não for possível evitar ou atenuar ameaças a interesses coletivos protegidos pelo Direito - esmiunça ainda mais os pressupostos de configuração do estado de necessidade, elencando os seguintes: i) perigo iminente e atual; ii) para um interesse público essencial; iii) causado por circunstância excepcional; iv) não provocada pelo agente; e v) só contornável ou atenuável pela inaplicação, pela Administração, de regra estabelecida⁵⁸.

Segundo o autor, o perigo consiste num risco objetivo de lesão ou ofensa, ou seja, na probabilidade razoável de que o evoluir de uma situação presente conduza ao resultado lesivo. Demais disso, para ele, a qualificação do perigo como iminente introduz a noção de urgência no estado de necessidade, no sentido da exigência do imediatamente e da recusa da realização diferida⁵⁹. Além de iminente, José Manuel Sérvulo Correia acrescenta que o

⁵⁵ Diogo Freitas do AMARAL e Maria da Glória Ferreira Pinto Dias GARCIA, *ob. cit.*, p. 486.

⁵⁶ Diogo Freitas do AMARAL e Maria da Glória Ferreira Pinto Dias GARCIA, *ob. cit.*, p. 486.

⁵⁷ Diogo Freitas do AMARAL e Maria da Glória Ferreira Pinto Dias GARCIA, *ob. cit.*, p. 485.

⁵⁸ José Manuel Sérvulo CORREIA, *ob. cit.*, pp. 720, 734 e 744.

⁵⁹ Isabel Celeste Monteiro da FONSECA, *ob. cit.*, p. 124.

perigo deve ser atual, no sentido de transitoriedade ou de ocasionalidade, em contraposição a situações permanentes, para as quais cabe ao legislador estabelecer medidas gerais e abstratas⁶⁰.

Ainda sobre os pressupostos do estado de necessidade, o citado autor sustenta que a essencialidade do interesse público a preservar pressupõe que um interesse juridicamente tutelado de um peso tal que possa, à luz das circunstâncias do caso concreto, prevalecer sobre o interesse à legalidade. Logo, para prevalecer, ainda que ocasional e pontualmente, o interesse público em causa deve reportar-se a aspectos essenciais da vida coletiva⁶¹.

Outrossim, ele acentua ser indispensável que a excepcionalidade da situação factual se enquadre num condicionalismo social que não corresponda ao habitual, sem, no entanto, ser tomada como sinônimo de conjunturas como as guerras, as catástrofes naturais ou as sérias perturbações sociais. Da mesma maneira, em decorrência do princípio da boa-fé, a excepcionalidade das circunstâncias não pode ser provocada pelo próprio ente ou órgão administrativo, sob pena de, assim sendo, eles dela pudessem servir-se para se eximir à lei geral⁶².

O último pressuposto indicado por José Manuel Sérvulo Correia consiste num juízo sobre a funcionalidade ou instrumentalidade da não-aplicação das regras estatuídas para a normalidade, com o objetivo de eliminar ou atenuar o perigo iminente e atual, para assim atender algum interesse público essencial⁶³.

Após analisar cada um desses pressupostos, o autor define o estado de necessidade como a “permissão normativa de actuação administrativa discrepante das regras estatuídas, como modo de contornar ou atenuar um perigo iminente e actual para um interesse público essencial, causado por circunstância excepcional não provocada pelo agente, dependendo a juridicidade excepcional de tal conduta da observância de parâmetros de proporcionalidade e brevidade e ficando a Administração incurso em responsabilidade pelo sacrifício”⁶⁴.

Sendo assim, conquanto a urgência seja um dos pressupostos caracterizadores do estado de necessidade para Diogo Freitas do Amaral e Maria da Glória Garcia ou um elemento da qualificação do perigo como iminente para José Manuel Sérvulo Correia, na condição de categoria jurídica autônoma, ela se situa num ponto de cruzamento entre o

⁶⁰ José Manuel Sérvulo CORREIA, *ob. cit.*, p. 735.

⁶¹ José Manuel Sérvulo CORREIA, *ob. cit.*, p. 736.

⁶² José Manuel Sérvulo CORREIA, *ob. cit.*, p. 737.

⁶³ José Manuel Sérvulo CORREIA, *ob. cit.*, p. 737.

⁶⁴ José Manuel Sérvulo CORREIA, *ob. cit.*, pp. 745-746.

direito comum e o especial, correspondendo a uma forma simplificada de agir prevista na lei e que, por isso, não representa uma atuação derogatória do princípio da legalidade, mas apenas uma atuação especial integrada no agir administrativo normal.

Logo, enquanto as situações de atuação em estado de necessidade se traduzem em causas de exclusão da ilicitude, as situações de atuação no quadro de urgência consistem em causas justificativas da adoção de uma normatividade especial.

À vista do exposto, podemos dizer que a ação administrativa urgente é praticada em consonância com a legalidade, numa normatividade especial marcada, sobretudo, pela celeridade e pela simplificação das formas, que permite a satisfação de interesses públicos que, de outro modo, não seriam atendidos. De outra banda, o estado de necessidade situa-se fora da legalidade, num quadro caracterizado por circunstâncias excepcionais que não permitem o funcionamento regular do aparelho administrativo, “onde procedimentos de fato, em si extra ou antijurídicos, transformam-se em direito e onde as normas jurídicas se indeterminam em mero fato, num limiar onde fato e direito tornam-se indiscerníveis”⁶⁵.

⁶⁵ Giorgio AGAMBEN, *Estado de exceção*, tradução Iraci D. Poletti, Boitempo, São Paulo, 2004, p. 45.

CAPÍTULO II – A URGÊNCIA NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA EM PORTUGAL

2.1. A urgência imperiosa e o ajuste direto no Direito português.

No capítulo anterior, mencionamos que os procedimentos concorrenciais tendem a oferecer à Administração as melhores soluções à prossecução dos interesses públicos, visto que, segundo a lógica do mercado, a disputa entre os concorrentes obriga-os a melhorar as condições de suas propostas quanto ao preço, à qualidade e à inovação dos bens, serviços e obras com vista à adjudicação contratual⁶⁶.

Igualmente, afirmamos que o desenvolvimento do princípio da concorrência no Direito da Contratação Pública baseia-se, ainda, na ideia de igualdade, segundo a qual todos os potenciais interessados em contratar com o Poder Público têm a legítima expectativa de ser tratados equitativamente no acesso às vantagens econômicas dos contratos públicos⁶⁷.

Destacamos também que, em situações excepcionais, pode ser necessário o recurso a procedimentos pré-contratuais que restrinjam o universo de concorrentes e que dotem as entidades adjudicantes de maior liberdade para escolher os seus co-contratantes, já que a possibilidade genérica de acesso aos contratos públicos, alicerçada fundamentalmente nos princípios da concorrência e da igualdade, não tem aplicação absoluta ou irrestrita.

Pois bem. Embora a imposição da concorrência na celebração de contratos públicos não seja uma preocupação legislativa recente, ao longo dos anos, vários diplomas previram hipóteses de dispensa dos concursos públicos por interesse da Administração. No entanto, a expressão “ajuste direto” apenas veio a ser consagrada no Direito português a partir da vigência do Decreto-Lei n.º 41375/1957, de 19 de novembro, que, entre outras hipóteses, previa ser lícito o recurso ao ajuste direto quando a segurança pública interna ou externa o aconselhasse.

O desenvolvimento do ajuste direto por motivos de urgência imperiosa, tal qual hoje conhecemos, demorou por volta de meio século. Com a edição do Decreto-Lei n.º 405/1993, de 10 de dezembro, foi prevista a hipótese de ajuste direto quando a “urgência”

⁶⁶ Pedro Daniel S. N. INÊS, *Os princípios da contratação pública: o princípio da concorrência*, Publicações CEDIPRE, Coimbra, 2018, p. 34. Disponível em: <<http://www.cedipre.fd.uc.pt>>. Acesso em: 25 de junho de 2021.

⁶⁷ Miguel Assis RAIMUNDO, *ob. cit.*, p. 855.

da execução de obras públicas resultasse de acontecimentos imprevisíveis e não imputáveis ao dono da obra e quando ela fosse incompatível com os prazos exigidos pelos concursos público, limitado ou por negociação (art. 52.º, n.º 1, c). Em tal altura, o ajuste direto estava restrito à contratação de obras. Além disso, o tipo normativo contentava-se com a presença de uma “urgência simples” e não apresentava qualquer limitação do objeto ou da duração do contrato. Somente com a aprovação do Decreto-Lei n.º 59/1999, de 2 de março, o Direito português passou a exigir a qualificação da urgência como imperiosa para os fins do ajuste direto, bem como a limitá-lo à medida do estritamente necessário (art. 136.º, n.º 1, c).

Faltava ainda estender o seu âmbito objetivo aos contratos de aquisição de bens e serviços, o que veio a ocorrer com o advento do Decreto-Lei n.º 197/1999, de 08 de junho, que dispôs no art. 86.º, n.º 1, c), ter lugar o ajuste direto, independentemente do valor, por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis, quando os prazos ou as formalidades dos restantes procedimentos pré-contratuais não pudessem ser cumpridos, desde que as circunstâncias invocadas não fossem imputáveis às entidades adjudicantes e na medida do estritamente necessário.

Assim, à vista desse rápido retrospecto, constata-se que apenas com o Decreto-Lei n.º 405/1993 o ajuste direto passou a ser legalmente condicionado pela existência de uma urgência resultante de acontecimentos imprevisíveis e não imputáveis ao dono da obra e só com o Decreto-Lei n.º 59/99 foram acrescidas a qualificação da urgência como imperiosa e a exigência de limitação do objeto ao estritamente necessário.

Atualmente, o ajuste direto por motivos de urgência imperiosa tem previsão na Lei de Bases da Proteção Civil⁶⁸ e no Código dos Contratos Públicos. De um lado, o art. 28.º da LBPC estatui um regime especial de contratação de empreitadas de obras públicas, de fornecimentos de bens e de aquisição de serviços que tenham em vista prevenir ou acorrer com urgência situações advindas de acontecimentos que determinam a declaração de uma situação de calamidade⁶⁹. De outro lado, o art. 24.º, n.º 1, c), do CCP dispõe ser admissível

⁶⁸ Lei n.º 27/2006, de 3 de julho.

⁶⁹ A Lei de Bases da Proteção Civil estabelece três patamares distintos de excepcionalidade administrativa: as situações de alerta, de contingência e de calamidade, de gravidade crescente, sendo a situação de alerta a que implica respostas mais amenas e a de calamidade aquela que exige respostas administrativas mais robustas. Neste sentido, Carlos Abreu AMORIM explica que a situação de calamidade - a mais grave delas - constitui um estado administrativo de exceção caracterizado por um nível de acentuada vigilância administrativa visando dotar a Administração dos meios e respostas necessárias para fazer face à iminência ou à verificação já efetiva de um perigo grave para prossecução de um de interesse público relevante ou, ainda, para permitir

recorrer ao ajuste direto quando, na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante.

Comparando o âmbito de aplicação desses dois dispositivos, Miguel Nogueira Brito afirma que o art. 24.º, n.º 1, c), do CCP permite o recurso ao ajuste direto em mais casos do que os abrangidos pelo art. 28.º da LBPC⁷⁰. Primeiro porque ao abrigo deste só é possível o ajuste direto para contratos de valor inferior aos limiares comunitários. E segundo porque o art. 28.º da LBPC apenas habilita o recurso ao ajuste direto para entidades constantes de lista aprovada por despacho ministerial. Ou seja, o regime da LBPC possui um âmbito de aplicação mais reduzido do que o CCP. Já o art. 24.º, n.º 1, c), do CCP, por não reclamar a prévia declaração de situação de calamidade, prevê pressupostos legais diversos da LBPC, os quais, inspirados no Direito francês de meados do Século XX⁷¹, atualmente possuem correspondência na alínea c) do n.º 2 do art. 32.º da Diretiva n.º 2014/24/UE.

Em qualquer dos casos, o fundamento que conduz o recurso ao ajuste direto repousa na absoluta necessidade do procedimento. Por isso, a sua utilização não é uma escolha pautada em razões de operacionalidade ou de comodidade administrativa, mas um ato vinculado que deve observar rigorosamente os pressupostos legais⁷². Neste sentido, sempre que haja a possibilidade de recurso a outros procedimentos sem riscos ao interesse público, o ajuste direto não deve ser adotado.

Assim, não basta a simples constatação da urgência administrativa para dispensar a concorrência e aplicar automaticamente o ajuste direto, máxime porque o Direito da Contratação Pública, reconhecendo a existência de diferentes modulações de urgência, tem evoluído para contemplar soluções procedimentais que melhor equilibrem a necessidade de celeridade em situações de anormalidade com os ditames da concorrência, substituindo a dicotomia tradicional entre os casos sujeitos à total abertura à concorrência e os casos de

o funcionamento capaz da própria Administração em tempos de um quadro factual extraordinário. Cf. Carlos Abreu AMORIM, *A praticabilidade de respostas administrativas em estado de necessidade no contexto da pandemia COVID-19*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano LXI, número I, 2020, p. 40 e segs.

⁷⁰ Miguel Nogueira BRITO, *Ajuste directo*, in Estudos de Contratação Pública, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 312.

⁷¹ Miguel Assis RAIMUNDO, *ob. cit.*, p. 893.

⁷² Pedro Fernández SÁNCHEZ, *Estudios sobre contratos públicos*, AAFDL Editora, Lisboa, 2019, pp. 221-222.

ausência de competição pela ideia de “concorrência decrescente”⁷³, que varia conforme o grau de intensidade da urgência nos casos concretos.

Tal ideia, aliás, foi reforçada pela Comissão Europeia nas orientações relativas à contratação pública relacionada com a crise da COVID-19, conforme se observa abaixo:

“Os adquirentes públicos podem ter em conta várias opções: Em primeiro lugar, em casos urgentes, podem recorrer à possibilidade de reduzir substancialmente os prazos para acelerar concursos abertos ou limitados. Se essas flexibilidades não forem suficientes, pode prever-se um procedimento por negociação sem publicação. Em última análise, pode até ser autorizado um ajuste direto a um operador económico pré-selecionado, desde que este seja o único em condições de entregar os fornecimentos necessários dentro dos condicionalismos técnicos e de tempo impostos pela extrema urgência”⁷⁴.

Desse modo, perante situações urgentes, consideramos que os agentes públicos têm de analisar dois aspectos fundamentais antes da decisão de recorrer ao ajuste direto.

O primeiro é a avaliação da eficácia dos procedimentos abertos para a prossecução do interesse público subjacente à contratação. Sendo os procedimentos abertos adequados para o atendimento satisfatório do interesse público ou das necessidades de interesse geral, deve-se indubitavelmente prezar pela concorrência.

O segundo, caso os procedimentos abertos não sejam adequados à prossecução do interesse público subjacente à contratação, é o exame a respeito da adequação dos procedimentos com prazos reduzidos, a exemplo do concurso público urgente previsto nos arts. 155.º a 161.º do CCP. Em caso positivo, as entidades adjudicantes devem priorizá-los.

Apenas quando comprovada a inviabilidade da utilização dos procedimentos pré-contratuais abertos e a insuficiência da redução dos prazos a eles aplicáveis, a

⁷³ Miguel Assis RAIMUNDO explica que, mesmo em situações de urgência, não se deve perder de vista os objetivos da concorrência, da transparência, da economia e da eficiência, que têm de ser equilibrados com o interesse público em acorrer à situação urgente. Desse modo, à vista dos diferenciados graus de urgência, o legislador deve estabelecer uma graduação de consequências, que vão desde a permissão de redução dos prazos ou formalidades em procedimentos com publicidade até a permissão de utilização de procedimentos que dispensam a publicidade. Cf. Miguel Assis RAIMUNDO, *ob. cit.*, pp 897-898 e 947. Mário Esteves de OLIVEIRA e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA também afirmam que a concorrência não se projeta da mesma forma ou com o mesmo rigor em todos os procedimentos: ela tem máxima expressão nos concursos públicos e decresce em exigências até chegar-se no ajuste direto, procedimento destinado às hipóteses em que a publicação não seja possível, por razões de urgência, ou em que seja patente que ela não ensejará mais concorrência ou melhores resultados. Cf. Mário Esteves de OLIVEIRA e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 185.

⁷⁴ Orientações da Comissão Europeia sobre a utilização do quadro em matéria de contratos públicos na situação de emergência relacionada com a crise da COVID-19 (Comunicação 2020/C 108 I/01).

Administração fica autorizada a recorrer ao ajuste direto, cujo procedimento está regulado do art. 112.º ao 129.º do CCP⁷⁵, mas desde que estejam preenchidos os pressupostos estabelecidos no art. 24.º, n.º 1, c), do CCP.

Nesse caso, a Administração substitui o anúncio pelo convite a um operador à sua escolha para apresentar proposta⁷⁶ e, na hipótese de ser necessário iniciar imediatamente a execução contratual, a redução do contrato a escrito pode ser dispensada ou postergada até o prazo máximo de 30 dias após o início das prestações⁷⁷. Independentemente da sua redução a escrito ou não, a celebração dos contratos na sequência de ajuste direto deve ser publicitada pela entidade adjudicante no portal dos contratos públicos (Portal Base), como condição de eficácia, nomeadamente para efeitos de pagamentos. Quer dizer, somente com a publicitação os contratos adquirem eficácia financeira.

Portanto, em confronto com os demais procedimentos tipificados no CCP, o ajuste direto é aquele que tem a tramitação mais simples e flexível. Ainda assim, acreditamos que o seu procedimento motivado por urgência imperiosa deve ser ainda mais flexibilizado, de maneira a contemplar a possibilidade da utilização do regime do ajuste direto simplificado previsto no art. 128.º do CCP, até agora restrito aos casos de contratações de baixo valor, mas esse ponto será melhor explorado após a análise do regime excepcional de contratação aprovado em virtude da crise da COVID-19. Por ora, vejamos os pressupostos definidos pelo Código dos Contratos Públicos para o ajuste direto por motivos de urgência imperiosa.

2.2. Os pressupostos do ajuste direto por motivos de urgência imperiosa.

⁷⁵ Correspondente ao procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso previsto no art. 32.º da Diretiva 2014/24/UE.

⁷⁶ O convite à apresentação de proposta, de acordo com o art. 115, do CCP, deve indicar: a) a identificação do procedimento e da entidade adjudicante; b) o órgão que tomou a decisão de contratar e, no caso de esta ter sido tomada no uso de delegação ou subdelegação de competência, a qualidade em que aquele decidiu, com menção das decisões de delegação ou subdelegação e do local da respectiva publicação; c) o fundamento da escolha do procedimento de ajuste direto; d) os documentos referidos na alínea c) do n.º 1 do art. 57.º, se for o caso; e) os documentos que constituem a proposta que podem ser redigidos em língua estrangeira, nos termos do disposto no n.º 2 do art. 58.º; f) o prazo para a apresentação da proposta; g) o modo de apresentação da proposta, através de meio de transmissão eletrónica de dados, se diferente do previsto no n.º 1 do art. 62.º; h) o modo de prestação da caução ou os termos em que não seja exigida essa prestação de acordo com o disposto no n.º 4 do art. 88.º; i) o valor da caução, quando esta for exigida; j) o prazo para a apresentação, pelo adjudicatário, dos documentos de habilitação, que pode ser até cinco dias, bem como o prazo a conceder pela entidade adjudicante para a supressão de irregularidades detectadas nos documentos apresentados que possam levar à caducidade da adjudicação nos termos do disposto no art. 86.º.

⁷⁷ Art. 104, n.º 4, do CCP.

A norma disposta no art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP prescreve que, qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, é possível adotar o ajuste direto quando, na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante.

Da decomposição do referido dispositivo, observam-se três pressupostos principais, que se interligam: i) a existência de urgência imperiosa; ii) a existência de circunstâncias ou acontecimentos imprevisíveis; e iii) a não imputabilidade dos fatos à entidade adjudicante. Para além destes, dois pressupostos complementares, a saber: iv) a limitação da extensão do âmbito e do objeto do ajuste direto à medida do estritamente necessário; e v) a impossibilidade de cumprimento dos prazos inerentes aos demais procedimentos⁷⁸.

A verificação desses pressupostos nos casos concretos deve ser rigorosa, pois caso as entidades adjudicantes fiquem autorizadas a restringir a concorrência sempre que haja situações de urgência na satisfação de interesses públicos, o regime de contratação pública pode ter a sua aplicação facilmente sabotada, tanto através da falsa qualificação de um interesse público qualquer como urgente ou do intencional ou desidioso retardo do início do procedimento concorrencial, criando situações artificiais de urgência que poderiam ser invocadas para justificar a subsequente adoção de um ajuste direto⁷⁹.

Passemos, então, ao exame de cada um deles.

2.2.1. A existência de urgência imperiosa.

O primeiro pressuposto do ajuste direto é a existência de uma situação de urgência imperiosa, absoluta, qualificada e justificada pela relevância dos interesses protegidos pela Administração Pública.

Como vimos no primeiro capítulo, a urgência é um fenómeno temporal justificado pelos interesses em vista. A depender da intensidade e da proximidade das circunstâncias concretas, bem assim do nível de importância dos interesses públicos em risco, a urgência

⁷⁸ Pedro Fernández SÁNCHEZ explica que os três primeiros pressupostos destinam-se a confirmar a situação de urgência que justifica a restrição à concorrência e os outros dois pressupostos adicionais servem para limitar o alcance do procedimento restritivo. Cf. Pedro Fernández SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, p. 427.

⁷⁹ Pedro Fernández SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, p. 426.

qualifica-se como imperiosa, absoluta ou extrema. Isto é, não basta qualquer urgência para caracterizá-la como imperiosa; é necessário que se trate de algo que não possa deixar de ser feito rapidamente, seja porque a prestação requerida, se adiada, deixa de ser possível ou minimamente útil, seja porque a falta a sua pronta realização é objetivamente capaz de provocar prejuízos⁸⁰.

Ocorre que, na prática, alguns casos urgentes não são tão clarividentes como as situações resultantes de catástrofes, terremotos, furacões, incêndios, pragas, pandemias etc. Por isso, para uma melhor delimitação da noção da urgência imperiosa, parece-nos salutar buscar subsídios na farta jurisprudência do Tribunal de Contas Português.

O primeiro caso diz respeito à remoção de *graffitis* das fachadas de edifícios pelo Município de Lisboa. Nele, a autarquia local defendeu que a demora na limpeza e remoção de *graffitis* das fachadas estimulava o incremento da sua produção, conduzindo a maiores danos no património edificado, comprometendo, conseqüentemente, a imagem urbana da cidade.

Na ocasião, o Tribunal de Contas assentou no Acórdão n.º 1/2018 - 1ª S/PL que:

“(…) a densificação do conceito de ‘urgência imperiosa’, previsto no referido normativo legal, não deve ser feita no plano da mera subjetividade própria da entidade que o aplica, pois dessa forma a invocação da urgência – que assume carácter excepcional – poderia tornar-se fundamento para qualquer aquisição que não fosse atempadamente planeada, ainda que a sua necessidade fosse há muito conhecida. 17. Ao invés, a urgência aqui prevista deve ser concretizada num plano objetivo – função do ‘padrão do homem médio’, ‘bom pai de família’ ou do *bonus pater familias* – isto é, no plano do ‘abstrato cidadão’ movido pelos normais padrões cívicos da sociedade em que se integra, desprovido assim de qualquer interesse, direto ou indireto, no caso concreto. 18. Ademais, não é qualquer urgência que pode fundamentar a aplicação da alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, mas apenas a urgência ‘imperiosa’, isto é, uma urgência de nível superior, a urgência ‘imprescindível’, aquela urgência que não se discute, que não oferece dúvidas ao ‘homem médio’ ou ao ‘abstrato cidadão’”.

A partir do entendimento adotado pelo TdC, extrai-se que a urgência imperiosa é a urgência categórica, que não deixa margem de dúvidas aos padrões do “homem médio”, do

⁸⁰ Mário Esteves de OLIVEIRA e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 756.

“bom pai de família” e do “abstrato cidadão” desprovido de qualquer interesse, direto ou indireto, no caso concreto.

Além disso, infere-se que a urgência imperiosa não pode ser aferida simplesmente na esfera da subjetividade própria dos agentes da entidade adjudicante que a aplicam, pois, se assim fosse, facilmente tornar-se-ia fundamento para qualquer contratação pública que não fosse planejada.

Outro ponto importante salientado pelo Tribunal de Contas, desta feita, no Acórdão n.º 120/2007 - 1ª S/SS, é que para o ajuste direto com base no art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP não basta a urgência que, em regra, todas as obras públicas têm (já que visam a satisfação, direta ou indireta, de necessidades coletivas). A urgência há de ser impreterível, significando com isso que a obra tem de iniciar-se naquele momento (em sentido amplo), sob pena de não ser mais possível realizá-la ou da sua não realização causar prejuízos irreparáveis por não mais atingíveis os fins a que se destina⁸¹.

Portanto, a jurisprudência do TdC sinaliza para a existência de motivos de urgência imperiosa sempre que a situação seja suficientemente importante e que a demora ou a falta da pronta realização da contratação seja o bastante para produção de prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação ao interesse público.

Nesse sentido, por meio do Acórdão n.º 17/2014 - 1.ª S/PL, o TdC reconheceu a existência de urgência imperiosa na prestação de serviços de saúde à população em meio prisional, haja vista os riscos, não somente em termos da saúde e da vida dos reclusos, mas de grande instabilidade emocional e de ocorrência de motins no estabelecimento prisional em caso de sua abrupta interrupção.

Diante desses precedentes, alinhando a posição do TdC com a nossa compreensão de urgência, podemos sintetizar que a “urgência imperiosa” é:

- i) uma urgência qualificada, absoluta, categórica, de nível superior;
- ii) que não pode ser aferida na esfera da mera subjetividade própria dos agentes da entidade adjudicante que a aplicam, mas através de padrões objetivamente aferíveis;

⁸¹ Neste sentido, Miguel Assis RAIMUNDO sustenta que se a realização de determinada obra num momento mais tardio permitir atingir os fins a que ela se destina, ainda que, se executada mais cedo, atingisse melhor tais fins, os prejuízos abstratos da espera dos prazos normais da contratação pública não justificam o recurso ao ajuste direto, mecanismo que somente deve ser adotado em casos limite. Cf. Miguel Assis RAIMUNDO, *ob. cit.*, p. 955.

iii) impreterível, seja porque a prestação deixa de ser possível ou minimamente útil se adiada, seja porque a falta da sua pronta realização é capaz de provocar sérios prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação.

2.2.2. Nexo de causalidade entre a urgência imperiosa e acontecimentos imprevisíveis.

Para além da qualificação como imperiosa, o recurso ao ajuste direto impõe que a urgência resulte de circunstâncias imprevisíveis pela entidade adjudicante, isto é, de algo que constitua uma verdadeira surpresa para ela⁸².

Dessa maneira, o nexos de causalidade entre a urgência imperiosa e acontecimentos imprevisíveis é o segundo pressuposto previsto no art. 24.º, n.º 1, c) do CCP, consectário lógico do dever de planeamento da Administração, visto que este possibilita a visão global das atividades administrativas antes da sua implementação, sendo, por isso, capaz de reduzir riscos e incertezas e de propiciar condições para obtenção de resultados positivos e eficazes para o interesse público⁸³.

Sobre este pressuposto legal, Miguel Assis Raimundo sustenta que a exigência de imprevisibilidade visa garantir “a responsabilização da entidade adjudicante pela satisfação atempada do interesse público através do lançamento dos procedimentos adequados”⁸⁴.

Na mesma linha, Pedro Fernández Sánchez entende que o pressuposto em exame “obriga a comprovar que, longe de a ocorrência que deu azo à situação de urgência ter sido apenas (subjetivamente) imprevisível pela entidade adjudicante (o que incluiria os casos de simples erro), ela terá sido objectivamente imprevisível para qualquer destinatário da norma que fosse colocado na posição do órgão decisor da entidade adjudicante. Há que demonstrar que o decisor real ‘procedeu com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, estava obrigado e de que era capaz’ na tarefa de prognose das prestações contratuais de que a entidade adjudicante viria a carecer no futuro, podendo confirmar-se que, quando a necessidade de tais prestações se tornou previsível, já não subsistia tempo suficiente para a adopção de um procedimento concorrencial”⁸⁵.

⁸² Mário Esteves de OLIVEIRA e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 756.

⁸³ Marinês Restelatto DOTTI, *Contratação emergencial e desídia administrativa*, in Revista do TCU, Ano 38, n. 108, Brasília, 2007, p. 55.

⁸⁴ Miguel Assis RAIMUNDO, *ob. cit. Catástrofes naturais e contratações públicas*, p. 241.

⁸⁵ Pedro Fernández SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 224-225.

Alguns casos apreciados pelo Tribunal de Contas são interessantes para corroborar a caracterização do pressuposto em discussão.

O primeiro versa sobre a construção de uma nova central elevatória pelo Município de Oeiras. Para fundamentar o recurso ao ajuste direto, a autarquia local informou que a central elevatória existente remontava aos anos cinquenta do século passado e que devido ao aumento populacional não poderia correr os riscos de eventual colapso da central antiga e de desabastecimento da população.

Embora não tenha contestado a urgência do caso, o TdC assinalou no Acórdão n.º 64/2008 - 1ª S/SS que, diante do fato de se estar perante um equipamento antigo, com mais de 50 anos de existência, e da ausência de qualquer imprevisto nesse interregno, a Câmara Municipal e os Serviços Municipalizados tiveram o tempo e as possibilidades necessárias para conceber, planejar e implementar o processo conducente à realização da obra, que, há muito tempo, sabia-se da grande importância para a região e seus habitantes.

Logo, levando em consideração o largo decurso de tempo e o agravamento gradual das condições da central elevatória existente, o TdC considerou inadmissível a conclusão de estar-se perante acontecimentos imprevisíveis.

Noutro caso semelhante relativo à substituição da Ponte de Valmadeiros-Palmaz, o Tribunal de Contas, mesmo diante das alegações da entidade adjudicante dando conta da fragilização da estrutura existente e da existência de pressão popular devido a uma catástrofe ocorrida com o aluimento de outra ponte, reputou injustificada a realização do ajuste direto, entendendo no Acórdão n.º 4/2005 - 1ª S/PL que a necessidade de substituição da referida ponte resultou da lenta e inevitável degradação da antiga, por ação do tempo, e da sua inadequação frente às novas exigências do tráfico rodoviário.

Outro caso concreto analisado pelo TdC teve como objeto a contratação de serviços para o desenvolvimento de atividades artísticas e culturais no Município de Guimarães, mediante ajuste direto, visto que a autarquia local defendia haver a necessidade premente de assegurar o funcionamento e a programação do Centro Cultural a tempo de garantir uma importantíssima parte da programação cultural do Concelho, na qual se incluíam as Festas da Cidade e Gualterianas, bem como uma edição do Guimarães Jazz.

Contudo, o Tribunal de Contas enfatizou no Acórdão n.º 08/2015 - 1ª S/S o caráter excepcional da medida constante da alínea c) do n.º 1.º, do art. 24º do CCP e reforçou a premissa de que “tal solução permite a satisfação urgente de necessidades públicas que

surgem de forma absolutamente imprevista às entidades públicas competentes, numa imprevisibilidade para a qual tais entidades em nada tenham contribuído, a que estas tenham de acorrer impreterivelmente, na medida do estritamente necessário, e numa situação em que o recurso aos procedimentos de formação concorrencialmente mais exigentes seria impraticável. São estas circunstâncias excepcionais que permitem a adoção de uma solução excepcional”. Desse modo, por mais relevantes que fossem, as necessidades de natureza cultural do Município de Guimarães não foram consideradas imprevisíveis.

Em diversos outros casos, o Tribunal de Contas entendeu não restar caracterizado o pressuposto da imprevisibilidade dos acontecimentos ou das circunstâncias, como no já citado caso da remoção de *graffitis* das fachadas de edifícios pelo Município de Lisboa, no qual o TdC pontuou que a regularidade da prática danosa evidenciava um problema sistêmico e, portanto, previsível, que reclamava o desenvolvimento de atividades regulares de limpeza, serviço de interesse geral, que deve ser garantido com meios e instrumentos correntes e não com instrumentos de carácter excepcional⁸⁶.

Ou no caso da contratação de serviços de promoção de cursos profissionalizantes para jovens, em que o TdC, diante da evidência de que em todos os anos se inicia um novo ano letivo, consignou que “a aproximação do período de matrículas e do início de mais um ano lectivo não pode ser considerada um acontecimento imprevisível, determinante da impossibilidade de cumprimento dos prazos e formalidades de outros procedimentos, também invocado para a escolha do procedimento por ajuste directo, tanto mais que, sabendo-se da data desse início, deveriam ter sido efectuadas as diligências necessárias, com a devida antecedência”⁸⁷.

Portanto, à luz da jurisprudência do Tribunal de Contas, é possível depreender que “acontecimentos imprevisíveis” são eventos fora das expectativas comuns, que surgem inopinadamente e que mesmo agentes públicos diligentes não teriam condições de prevê-los. E, tanto quanto possível, a imprevisibilidade dos acontecimentos deve ser determinada através de raciocínios aferíveis objetivamente, e não em estados de ânimo dos agentes públicos⁸⁸.

Com base nessa premissa, uma situação recorrente em que o TdC costuma recusar a alegação de imprevisibilidade dos acontecimentos diz respeito a incidentes processuais

⁸⁶ Cf. Acórdão n.º 1/2018 - 1ª S/PL, de 29/01/2018, Processos n.º 3029, 3030 e 3031/2017.

⁸⁷ Cf. Acórdão n.º 06/2008 - 1ª S/PL, de 11/03/2008, Processo n.º 855/2007.

⁸⁸ Cf. Acórdão n.º 11/2007 - 1ª S/PL, de 10/07/2007, Processo n.º 124/2006.

inerentes à normal tramitação dos procedimentos pré-contratuais, como as reclamações ou os recursos judiciais, que, apesar de ocasionais, são marcados por alguma previsibilidade. A propósito, assim se pronunciou o Tribunal de Contas no Acórdão n.º 1/2018 - 1ª S/PL:

“Circunstâncias imprevisíveis são aquelas que resultam de acontecimentos que qualquer pessoa, por mais diligente que seja, não pode em qualquer caso prever ou antecipar. Enquadram-se no âmbito deste conceito, as calamidades naturais, por exemplo. Mas não se enquadram nele os incidentes processuais inerentes a um qualquer procedimento aquisitivo, como sejam as reclamações ou os recursos judiciais, que, apesar da sua ocorrência ocasional, são acontecimentos marcados por alguma previsibilidade”⁸⁹.

Já quanto a objeções ou recusas de entidades externas em dar acordo a processos ou rescisões de contratos por descumprimento do prestador de serviços, apesar de prevalecer na jurisprudência a posição de que a realização de procedimentos concorrenciais é sempre permeada por dificuldades e de que as entidades adjudicantes devem sempre contar com os incidentes processuais externos⁹⁰, é possível encontrar alguns julgados em que o Tribunal de Contas, diante da complexidade organizacional do Estado, entendeu que os processos decisórios – embora previstos legalmente (e, portanto, naturalmente previsíveis) –, podem ser imprevisíveis, já que os elementos essenciais para determinar a probabilidade da sua ocorrência, do seu desenvolvimento e da sua duração podem ser desconhecidos num raciocínio *ex ante*⁹¹.

Isto posto, com esteio nos julgados do Tribunal de Contas, é possível afirmarmos que as circunstâncias que ensejam a urgência imperiosa e que legitimam o ajuste direto devem advir de situações que configurem surpresa para a entidade adjudicante, sendo imprevisíveis para um padrão de decisor público prudente e dotado de nível de preparação profissional compatível com o exercício do cargo público em que está investido, com um grau mediano de inteligência, cultura e educação⁹², e não simplesmente aferida em relação à perspectiva subjetiva dos agentes públicos que atuam nas situações práticas.

⁸⁹ Cf. Acórdão n.º 1/2018 - 1ª S/PL, de 29/01/2018, Processos n.º 3029, 3030 e 3031/2017.

⁹⁰ Cf. Acórdão n.º 16/2015 - 1ª S/PL, de 09/06/2015, Processo n.º 1163/2014.

⁹¹ Cf. Acórdão n.º 17/2014 - 1ª S/PL, de 21/10/2014, Processo n.º 1829/2013.

⁹² A definição de acontecimento imprevisível tem por referência não um decisor onisciente, mas um decisor público normal, que corresponde a um decisor financeiro prudente e dotado de grau mediano de inteligência, cultura, educação e preparação profissional exigíveis para o exercício do cargo público em que está investido. Cf. Acórdão n.º 17/2014 - 1ª S/PL.

Outrossim, na aferição da imprevisibilidade ou não das circunstâncias, o TdC leva também em consideração a missão da entidade adjudicante⁹³.

Neste viés, tomemos como referência as situações de incêndio.

À partida, tal como acontece em relação às catástrofes, inundações, terremotos ou outros flagelos congêneres, inexistem maiores discordâncias quanto à imprevisibilidade da ocorrência de incêndios. Sucede que se a entidade adjudicante tem por missão institucional o combate de incêndios florestais, ao menos para ela, tais acontecimentos, embora incertos, não podem ser considerados imprevisíveis.

Neste sentido, na análise da aquisição de serviços de manutenção, de operação e de locação de aviões anfíbios, em que a Autoridade Nacional de Proteção Civil recorreu ao ajuste direto justificando a necessidade de realizar o combate aéreo de incêndios florestais, o TdC concluiu inexistir a demonstração de que os fatos eram novos e imprevisíveis, visto que a carência de aeronaves e o próprio procedimento de combate a incêndios florestais já eram conhecidos pela ANPC, a qual, entre as suas missões, tinha as funções de prever os riscos que afetam a sociedade e de assegurar as formas e os mecanismos de os eliminar, diminuir ou evitar⁹⁴.

Essa mesma conclusão é válida para outras áreas, como a saúde, a proteção civil, a assistência social ou a segurança pública, visto que essas atividades têm por essência a prevenção de eventos trágicos e a mitigação dos seus danos. Urgências médicas, combate à desnutrição infantil, à violência doméstica ou à mortalidade de grupos mais vulneráveis, por exemplo, são medidas rotineiras que fazem parte do cotidiano dos órgãos ou entidades públicas que têm essa finalidade institucional e a contratação do instrumental necessário à execução desses objetivos situa-se dentro do campo da previsibilidade.

Ou seja, quando a necessidade pública já é conhecida, os acontecimentos, por mais incertos que sejam, não podem ser reputados imprevisíveis; se o decisor público não foi capaz de prevenir os riscos, os acontecimentos não podem ser reputados imprevisíveis; e se

⁹³ Cf. Acórdão n.º 13/2014 - 1ª S/PL, de 08/07/2013, Processo n.º 1613/2013.

⁹⁴ Cf. Acórdão n.º 27/2014 - 1ª S/SS, de 04/09/2014, Processo n.º 1163/2014. Para efeitos comparativos, situação semelhante envolvendo a República Italiana foi analisada pelo TJUE no Processo n.º C-525/03, no qual assim se pronunciou o Advogado-Geral F. G. Jacobs: “Enquanto afirmação geral, é incontestável que a eclosão generalizada de incêndios florestais é um motivo de urgência imperiosa que origina uma necessidade de aquisição de serviços e de equipamento de combate a incêndio se estes não existirem em número suficiente. A Comissão não contesta essa afirmação enquanto tal, mas alega que não estão preenchidos todos os requisitos de aplicação da derrogação. Por um lado, a ocorrência de incêndios florestais no verão é um acontecimento recorrente em todo o sul da Europa, sendo, portanto, previsível, e qualquer urgência na necessidade de adquirir meios para os combater é atribuível às autoridades italianas”.

a entidade adjudicante tem, entre as suas atribuições, as funções de prever e prevenir riscos à sociedade, mesmo que os acontecimentos surjam repentinamente, eles não podem ser enquadrados como imprevisíveis.

Contudo, é preciso ter em consideração que, numa análise retrospectiva, é sempre mais fácil desenvolver raciocínios tornando os eventos explicáveis e previsíveis, mesmo quando estes não o eram para um *standard* médio.

Desse modo, principalmente para o efeito de fiscalização sucessiva do Tribunal de Contas, deve-se evitar o chamado viés retrospectivo, prática que consiste em reinterpretar os fatos, recusando a ideia de imprevisibilidade dos acontecimentos, através da atribuição de sentido e explicação para todos os tipos de fenômenos.

2.2.3. A inimputabilidade dos fatos às entidades adjudicantes.

A norma do art. 24.º, n.º 1, alínea c), do Código dos Contratos Públicos impede que o recurso ao ajuste direto se satisfaça com a ocorrência de motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis. Exige, ademais, que tais circunstâncias não sejam imputáveis às entidades adjudicantes.

Assim, derivado dos princípios da boa administração e da boa-fé, previstos nos arts. 5.º e 10.º do CPA, que permeiam toda a atividade administrativa, o terceiro pressuposto do ajuste direto é essencial para obstar que a Administração, por mera comodidade ou abuso, manipule as circunstâncias fáticas para fugir do regular trâmite procedimental ou falsear a concorrência para beneficiar operadores económicos. Ademais, tal pressuposto impede que a falta de planeamento ou a desídia das entidades adjudicantes sejam fundamentos para a dispensa da concorrência, evitando-se que a Administração Pública beneficie-se da própria torpeza ou da falta de diligência dos seus agentes⁹⁵.

Neste sentido, o TdC, por mais de uma oportunidade, já se manifestou contrário ao ajuste direto quando haja inércia ou má previsão da entidade adjudicante, o que se infere no trecho transcrito a seguir:

⁹⁵ Diferentemente da urgência real ou autêntica, aquela cuja causa é completamente alheia à Administração e que resulta do imprevisível, a urgência fabricada, ficta ou artificial ocorre quando a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à formação dos contratos públicos. Ela é provocada pelos próprios agentes públicos, por meio da falta de planeamento, desídia, desleixo, má gestão ou de omissão e acontece nomeadamente quando se expiram contratos de serviços correntes sem que os procedimentos relativos às contratações subsequentes tenham sido concluídos ou quando órgãos públicos não mantêm o estoque adequado de produtos de uso corrente.

“Pode acontecer, contudo, que haja motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis e que mesmo assim não se encontre legitimada a escolha do procedimento não concursal. Estão nesta situação tais procedimentos fundamentados em circunstâncias que, de algum modo, sejam imputáveis ao decisor público. É o que acontece, por exemplo, quando a impossibilidade de cumprimento dos prazos exigido pelo concurso público se devem a inércia ou a má previsão da entidade adjudicante”⁹⁶.

À vista dessa ideia, mesmo quando surpreendida por fatos imprevisíveis, se há falta de iniciativa da Administração ou se a sua reação é lenta, isto é, se há atraso na abertura ou no trâmite dos procedimentos concursais, torna-se inadmissível o recurso ao ajuste direto por motivos de urgência imperiosa.

Mas, para os casos de urgência imperiosa cujas causas não sejam imprevisíveis ou que resultem de fatos imputáveis às entidades adjudicantes, é possível indagar qual seria a alternativa ofertada pelo Código dos Contratos Públicos para que não se coloque em causa os interesses públicos subjacentes aos contratos.

Sobre essa questão, na nossa visão, central, Pedro Fernández Sánchez, apesar de considerar razoável a preocupação legislativa de impedir que as entidades adjudicantes contornem a concorrência através de expedientes dolosos ou negligentes, defende que a omissão dos decisores públicos não pode ter como efeito a proibição da aquisição de prestações que beneficiam a coletividade - e não aqueles decisores - e que, em muitos casos, representam meios cruciais para salvar vidas e bens materiais da população⁹⁷.

Por isso, entendendo que a alínea c), do n.º 1 do art. 24.º, do CCP, embora ajustada às imposições comunitárias, deixa por acautelar uma necessidade diretamente decorrente do mandato previsto no art. 266.º, n.º 1, da Constituição⁹⁸, o citado autor conclui não assistir ao decisor público a autonomia de escolha entre adotar um procedimento restritivo da concorrência, único que permite a obtenção das prestações necessárias no tempo devido, ou não o adotar em respeito ao princípio da concorrência e renunciar às prestações de que a coletividade a seu cargo carece⁹⁹.

⁹⁶ Cf. Acórdão n.º 04/2012 - 1ª S/SS, de 14/02/2012, Processo n.º 1704/2011.

⁹⁷ Pedro Fernández SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 227.

⁹⁸ Dispositivo que enuncia que “a Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”.

⁹⁹ Pedro Fernández SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 229-230.

Também atento a esta questão, Miguel Assis Raimundo afirma que, por vezes, parece de excessivo rigor prever que uma falha, às vezes de um único agente público, constitua impedimento ao recurso do ajuste direto em casos de urgência, motivo por que considera ser mais acertada a utilização do ajuste direto sem prejuízo da responsabilidade do agente que tenha dado causa à situação que levou ao afastamento da concorrência, pois, na sua ótica, “o que não deve acontecer é que por essa falha a missão de interesse público da entidade adjudicante fique em perigo”¹⁰⁰.

Com uma posição similar, para que o interesse público subjacente ao contrato não fique desacomodado ou que o problema seja resolvido através da juridicidade excepcional permitida pelo estado de necessidade administrativa, Pedro Matias Pereira sustenta que o regime da urgência imperiosa deveria admitir o recurso ao ajuste direto mesmo quando a necessidade a satisfazer advinha de circunstâncias previsíveis ou imputáveis às entidades adjudicantes, com a única ressalva de que a utilização do procedimento fechado nessas circunstâncias deveria ser objeto de envio ao Tribunal de Contas para efeito da eventual efetivação de responsabilidade dos decisores públicos¹⁰¹.

Conquanto comunguemos das preocupações dos citados autores e concordemos que o regime do ajuste direto emergencial do CCP torna-o imprestável para acudir as situações de urgência em que a conduta negligente da entidade adjudicante tenha sido determinante para as circunstâncias que conduzem à urgência imperiosa, divergimos das soluções propostas, as quais, em nossa visão, redundam numa interpretação extensiva da alínea c), do n.º 1 do art. 24.º do CCP, o que é vedado pelas jurisprudências do Tribunal de Contas e do TJUE¹⁰².

Em resposta às situações onde os decisores públicos revelam-se negligentes e não formulam tempestivamente o apelo à concorrência quando têm a obrigação de fazê-lo ou quando há previsibilidade das circunstâncias adversas, para não se perder totalmente de vista os objetivos da concorrência, defendemos a ampliação do âmbito de aplicação do concurso público urgente, procedimento que permite a redução do prazo de apresentação das propostas até um mínimo de 24 horas, no caso de aquisição ou locação de bens móveis ou de aquisição de serviços, ou de até 72 horas, no caso de empreitada de obras públicas.

¹⁰⁰ Miguel Assis RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*, p.

¹⁰¹ Pedro Matias PEREIRA, *ob. cit.*, pp. 208 e segs.

¹⁰² Por exemplo, os processos C- 24/91, C-107/92, C- 328/92, C- 318/94, C- 385/02, C-394/02, C-275/08, C-352/12.

Em nossa ótica, o concurso público urgente deve ser transformado numa espécie de modalidade prioritária de contratação em caso de urgência, possibilitando à Administração imprimir celeridade nas contratações públicas que não se enquadrem nos pressupostos do art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP, evitando que a coletividade seja prejudicada pela desídia de agentes, sem abdicar, por outro lado, da concorrência em sua totalidade¹⁰³.

Desse modo, as entidades adjudicantes não ficariam sem instrumentos eficazes para situações urgentes, nem seria preciso aceitar violações à alínea c) do n.º 1 do art. 24.º do CCP ou recorrer ao estado de necessidade em face da imprescindibilidade das prestações públicas.

Do contrário, abre-se margem para ocorrer em Portugal o mesmo que aconteceu no Brasil: a disseminação de contratações emergenciais decorrentes, direta ou indiretamente, da conduta desidiosa de agentes públicos, a pretexto de não penalizar a coletividade pelas falhas administrativas, tema que será objeto de análise no próximo capítulo.

2.2.4. A limitação do ajuste direto à medida do estritamente necessário e a impossibilidade de cumprimento dos prazos de procedimentos menos restritivos à concorrência.

Verificados os três primeiros pressupostos, ainda assim, a tarefa de confirmação da legalidade do ajuste direto não estará concluída porque “há que demonstrar também que a restrição à concorrência não é imposta além daquilo que seria necessário para a satisfação do interesse público subjacente ao contrato”¹⁰⁴. Ou seja, após demonstrada a necessidade

¹⁰³ A nossa proposta, inclusive, corrige a distorção observada por Miguel Lucas PIRES, em que aquisições e empreitadas urgentes não podem ser precedidas do concurso público urgente, em razão do limite de valor do contrato a celebrar, mas, por mais paradoxal que seja, podem ser antecedidas de ajuste direto, muitas vezes, numa interpretação elástica dos pressupostos legais. Cf. Lucas Miguel PIRES, *Concurso público urgente: o regime do Código dos Contratos Públicos e o posterior alargamento do seu âmbito de aplicação*, in Revista de Contratos Públicos, n.º 4, Coimbra, 2012, p. 151. Numa visão diferente, Mário Esteves de OLIVEIRA e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA observam que o fato de as situações de urgência imperiosa concretamente existentes não satisfazerem todos os pressupostos da alínea c) do n.º 1 do art. 24.º do CCP não significa, desde que se trate de interesses cuja cura esteja atribuída ao Estado, que fique vedada de todo a possibilidade de recurso ao ajuste direto. Neste sentido, os citados autores afirmam que se estiverem em causa interesses essenciais, correspondentes à proteção de valores com tutela constitucional que lhe tenham sido legalmente confiados e que estejam ameaçados em algum aspecto fulcral pela demora das modalidades mais formalizadas e garantísticas, o recurso ao ajuste direto é admitido ao abrigo da cláusula da alínea f) do art. 24.º/1. Cf. Mário Esteves de OLIVEIRA e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *ob. cit.*, pp. 756-757.

¹⁰⁴ Pedro Fernández SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, p. 430.

de um procedimento fechado à concorrência, são previstos dois pressupostos adicionais destinados a verificar o alcance do procedimento restritivo¹⁰⁵.

Em virtude desses dois pressupostos complementares, os quais decidimos analisar em conjunto, o ajuste direto motivado por urgência imperiosa fica vinculado ao princípio da proporcionalidade, na sua vertente necessidade, na medida em que é imprescindível que ele se limite ao indispensável para acudir a urgência imperiosa e se demonstre que outros procedimentos pré-contratuais menos restritivos à concorrência são incapazes de satisfazer a necessidade concreta da entidade adjudicante.

Neste sentido, Miguel Assis Raimundo aduz haver três aspectos fundamentais em que o juízo de proporcionalidade surge como essencial para a correta aplicação do ajuste direto por motivos de urgência imperiosa: i) proporcionalidade na ponderação dos bens e valores que podem justificar o afastamento da concorrência; ii) proporcionalidade na determinação dos limites à extensão das prestações que podem ser contratadas; e iii) proporcionalidade na exigência de que outros procedimentos pré-contratuais mais abertos à concorrência não possam ser utilizados em concreto¹⁰⁶.

É, pois, dos itens ii) e iii) que tais pressupostos tratam.

Fiel à ideia de mínimo dano ao princípio da concorrência e projeção do princípio da proporcionalidade na determinação das prestações que podem ser contratadas diretamente do mercado, o quarto pressuposto legal da alínea c), do n.º 1 do art. 24.º, do CCP limita o ajuste direto ao indispensável para o afastamento dos riscos ao interesse público, evitando, assim, que as entidades adjudicantes se aproveitem de situações urgentes, por exemplo, para se aprovisionarem de bens por tempo desmedido¹⁰⁷.

Podemos ilustrar a aplicação do pressuposto em questão com exemplos da área da saúde: se um hospital precisa, com urgência, de 15 equipamentos de ultrassonografia, ele não pode adquirir 30 unidades, ainda que pretenda ampliar a capacidade no ano seguinte; se esse mesmo hospital necessita urgentemente de serviços especializados de sanitização de ambientes, ele não pode contratá-lo pelo período de dois anos, mas apenas pelo tempo correspondente à conclusão da contratação do mesmo objeto sob o regime concorrencial; e se um desastre provoca riscos de afundamento de uma determinada área do estacionamento desse mesmo hospital e se a interdição do local é suficiente para eliminar os perigos ao

¹⁰⁵ Pedro Fernández SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, p. 427.

¹⁰⁶ Miguel Assis RAIMUNDO, *Catástrofes Naturais e contratação pública*, p. 243.

¹⁰⁷ Miguel Assis RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*, p. 968.

patrimônio público ou à segurança das pessoas que lá trafegam, o ajuste direto deve se ater aos serviços de interdição e de contenção dos danos, devendo as obras de restauração e de melhoramento da área ficar à espera da realização de procedimentos concursais.

Com isso, queremos dizer que, por força da alínea c), do n.º 1 do art. 24.º, do CCP, as prestações contratadas mediante ajuste direto devem se limitar a responder à urgência imperiosa, atentando-se para os aspectos estritamente necessários da quantidade dos bens ou serviços adquiridos, da qualidade e da duração do contrato¹⁰⁸.

Nessa esteira, também defendendo que os contratos, no seu objeto e duração, devem orientar-se pelo princípio da proporcionalidade, na medida reclamada por acontecimentos imprevisíveis e com vista à satisfação imediata do interesse da entidade adjudicante, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira afirmam que o contrato a celebrar deve ter duração limitada ao tempo necessário para que a entidade adjudicante prepare um procedimento para adjudicação das mesmas prestações em condições concorrenciais, que tanto pode ser com o co-contratante do ajuste direto como com qualquer outro¹⁰⁹.

Quanto ao quinto e último pressuposto legal, a urgência imperiosa deve ser de tal ordem que não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos.

Mas, pode-se questionar: quais são esses prazos em termos práticos? Como eles são avaliados nos casos concretos?

A esse propósito, Miguel Assis Raimundo indaga se os prazos relativos à conclusão dos procedimentos mais abertos à concorrência devem ser aferidos a partir da “demora média” da entidade adjudicante ou da generalidade das entidades adjudicantes, ou, ainda, da “demora normativa” equivalente à soma dos prazos previstos no CCP para tramitação dos demais procedimentos pré-contratuais que poderiam ser usados caso não se contratasse por ajuste direto¹¹⁰.

Embora reconheça não ser precisa a identificação da média da demora efetiva dos procedimentos pré-contratuais, o citado autor considera tal solução preferível ao irrealismo de considerar que os procedimentos pré-contratuais demoram o tempo correspondente à

¹⁰⁸ Miguel Assis RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*, p. 968 e segs.

¹⁰⁹ Mário Esteves de OLIVEIRA e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 755.

¹¹⁰ Miguel Assis RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*, p. 968 e segs.

agregação dos seus prazos procedimentais, dado que as entidades adjudicantes não têm por atividade apenas realizar procedimentos de formação dos contratos públicos.

Conquanto pareça-nos mais adequado o parâmetro da duração normal ou razoável dos procedimentos pré-contratuais com base na experiência da própria entidade adjudicante, pensamos um pouco diferente. Na prática, entendemos que o recurso do ajuste direto por motivos de urgência imperiosa deve ficar condicionado apenas à demonstração da impossibilidade de espera do prazo do concurso público urgente, que, tendencialmente, é o mais célere entre todos os demais. Se essa demonstração será realizada pela entidade adjudicante a partir da agregação dos prazos normativos ou com base na sua experiência, pensamos que essa decisão fica dentro da margem de discricionariedade administrativa.

Uma vez que, na nossa ótica, a adoção do ajuste direto por motivos de urgência imperiosa fica condicionada à demonstração da impossibilidade concreta do cumprimento dos prazos do concurso público urgente, no próximo tópico trataremos dos contornos desse procedimento, que objetiva a prossecução dos interesses públicos subjacentes à contratação sem abdicar totalmente da concorrência.

2.3. A urgência simples e o concurso público urgente.

Sob a influência da Diretiva 2004/18/CE, que autorizou as autoridades adjudicantes a encurtarem os prazos aplicáveis aos concursos abertos e limitados e aos procedimentos concorrenciais com negociação quando eles se tornassem impraticáveis por causa de uma situação de urgência devidamente fundamentada, o concurso público urgente foi instituído no art. 155.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos.

Numa escala de abertura à concorrência e de abrangência da publicidade, o concurso público urgente situa-se numa zona entre os procedimentos do concurso público e do ajuste direto e radica na necessidade de aceleração da tramitação dos procedimentos concursais quando, perante circunstâncias dominadas pela urgência, os prazos inerentes ao concurso público tornem-o inapto para salvaguardar um interesse público.

Neste sentido, a urgência a que se refere o art. 155.º é muito mais ampla em relação à definição prevista no art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP, o que significa que o concurso público urgente reclama apenas a presença de uma situação de urgência simples, muito

menos intensa do que a urgência imperiosa, e que não precisa decorrer de acontecimentos imprevisíveis e inimputáveis às entidades adjudicantes¹¹¹.

Neste sentido, Raquel Carvalho explica que o lançamento de um concurso público urgente exige a verificação dos seguintes pressupostos legais: i) situação de urgência, que deve ser sempre devidamente fundamentada; ii) contratos de locação ou de aquisição de bens móveis, de aquisição de serviços correntes ou de empreitada; iii) valor não superior aos limiares ou a 300.000 EUR, no caso de empreitada de obras públicas; e iv) preço mais baixo como critério de adjudicação¹¹².

Sobre a tramitação do concurso público urgente, Pedro Costa Gonçalves anota que a ele não se aplica o disposto nos arts. 50.º (esclarecimento), 64.º (prorrogação de prazo para apresentação de propostas), 67.º a 69.º (júri do procedimento), 72.ª (esclarecimentos e suprimientos de propostas); 88.º a 91.º (caução), 138.º (lista de concorrentes e consulta das propostas apresentadas) e 146.º a 154.º (preparação da adjudicação e negociação de propostas)¹¹³.

Sob o nosso prisma, como já mencionado no item 2.2.3, o âmbito de aplicação do concurso público urgente, atualmente restrito a bens e serviços correntes de baixo valor, deveria ser ampliado pelo legislador nacional de modo a cobrir, sem limitação de valor contratual, tanto as situações em que a intensidade da urgência não justifique o completo

¹¹¹ De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas, o concurso público urgente é um mecanismo de natureza excepcional, que sacrifica interesses normalmente acautelados num procedimento ordinário de concurso público, e que, por isso, só deve ser utilizado em função de uma efetiva urgência que se sobreponha àqueles interesses e que, dessa forma, justifique a utilização dessa modalidade excepcional. Corresponde a um procedimento acelerado de concurso público, cuja aceleração faz-se, essencialmente, à custa do seguinte: i) o concurso é publicitado no Diário da República através de anúncio, do qual constam desde logo o programa do concurso e o caderno de encargos; ii) o prazo mínimo para a apresentação de propostas pode ser reduzido até 24 horas, sendo que, em circunstâncias normais esse prazo não poderia nunca ser inferior a 9 dias ou, em caso de obras não manifestamente simples, a 20 dias; iii) Não são admitidos pedidos de esclarecimentos para a boa compreensão e interpretação das peças do concurso; iv) não há lugar à identificação de eventuais erros ou omissões do caderno de encargos; v) não se prevêem prorrogações do prazo para apresentação de candidaturas; vi) os concorrentes são obrigados a manter as suas propostas por apenas 10 dias, sem qualquer prorrogação; vii) os concorrentes não podem consultar as outras propostas apresentadas; viii) não há lugar à constituição de um júri para conduzir o procedimento; ix) não é possível pedir aos concorrentes quaisquer esclarecimentos sobre as propostas apresentadas; x) não há lugar à prestação de caução para garantia da celebração do contrato e do exato e pontual cumprimento das obrigações dele decorrentes; xi) o critério de adjudicação só pode ser o do mais baixo preço; xii) não são elaborados relatórios de análise das propostas; xiii) não há lugar a audiência prévia antes de proferida a decisão de adjudicação; xiv) o adjudicatário deve apresentar os documentos de habilitação exigidos no prazo máximo de 2 dias a partir da notificação da adjudicação. Cf. Acórdão n.º 30/2011 -1ª S/PL, de 15/11/2011, Processo n.º 1872/2010.

¹¹² Raquel CARVALHO, *Direito da Contratação Pública*, Universidade Católica Editora Porto, Porto, 2019, p. 266.

¹¹³ Pedro Costa GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, p. 482.

afastamento da concorrência e da publicidade, como aquelas em que não estejam atendidos todos os pressupostos específicos do ajuste direto por motivos de urgência imperiosa.

Como a experiência demonstra serem frequentes as situações em que as razões de urgência se devem a fatos imputáveis às entidades adjudicantes¹¹⁴, esta medida, na nossa ótica, representaria um ponto de equilíbrio entre os princípios da celeridade e concorrência e evitaria que a coletividade fosse prejudicada pela demora administrativa sem, no entanto, abdicar da concorrência nos casos de desídia dos agentes públicos, seja por falta do devido planejamento ou por simples inércia.

¹¹⁴ Pedro Matias PEREIRA, *ob. cit.*, p. 210.

CAPÍTULO III – A EMERGÊNCIA NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

3.1. O dever de licitar como regra e a contratação direta como exceção.

Assim como ocorre em Portugal, no Brasil, a urgência, ou melhor, a emergência, é também um dos diversos motivos que excepciona a concorrência, princípio que se encontra incorporado no dever de licitar previamente à celebração de contratos públicos.

Muito embora a Constituição não seja o diploma próprio ou o ambiente natural para a disciplina das contratações públicas, o texto da Constituição Federal de 1988 consagrou o dever de licitar ao prever, no art. 37, inciso XXI, que, ressalvados os casos taxativamente especificados na legislação, todas as obras, serviços, compras e alienações públicas devem ser contratadas mediante licitação que assegure igualdade de condições aos concorrentes e que apenas imponha as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações contratuais.

No plano infraconstitucional, a Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, prevê as normas gerais de licitações e contratos administrativos e dispõe expressamente no art. 3.º que as licitações destinam-se a garantir o princípio constitucional da isonomia, a selecionar a proposta mais vantajosa e a promover o desenvolvimento nacional sustentável, sendo processadas e julgadas em conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos demais que lhes forem correlatos.

Contudo, a realização desse procedimento administrativo, de *status* constitucional, que restringe o arbítrio dos agentes públicos e aumenta a confiança da população nos dirigentes da coisa pública¹¹⁵, que assegura as mesmas oportunidades de disputa, que reduz a corrupção nos contratos públicos e que possibilita a aquisição de bens e serviços pelo menor preço¹¹⁶, depende da concretização de certos pressupostos, à falta dos quais ele seria

¹¹⁵ José CRETELLA JÚNIOR, *Das licitações públicas: comentários à nova Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993*, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 82.

¹¹⁶ André ROSILHO, *Licitação no Brasil*, Malheiros, São Paulo, 2013, p. 30.

impossível ou, no mínimo, inadequado para atingir os objetivos para os quais foi concebido¹¹⁷.

Nessa linha, a Lei n.º 8.666/93 elenca hipóteses que excepcionam o dever de licitar, dividindo-as, grosso modo, em situações de inexigibilidade e de dispensa de licitação, cuja diferença fundamental consiste na inviabilidade material da concorrência nas hipóteses de inexigibilidade, ao passo que nos casos de dispensa a disputa é teoricamente possível, mas inoportuna.

As hipóteses de inexigibilidade de licitação estão descritas no rol aberto do art. 25 da Lei n.º 8.666/93, cujo exemplo que melhor as ilustra é o do fornecedor único ou exclusivo, em que a inviabilidade da concorrência decorre da ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. De outro lado, as situações de dispensa de licitação estão elencadas em *numerus clausus* no art. 24 do mesmo diploma, interessando-nos, para os fins deste trabalho, as situações de guerra e de grave perturbação da ordem, previstas no inciso III, e de emergência ou de calamidade pública, presentes no inciso IV, as quais serão detalhadas a seguir.

Guerra é o meio violento através do qual uma nação procura obrigar outra a atender suas pretensões, *manu militari*¹¹⁸. Em outras palavras, é o estado de beligerância entre duas ou mais nações, declarado por ato formal do Presidente da República, mediante autorização do Congresso Nacional ou por ele referendado, na forma do art. 84, XIX, da Constituição Federal¹¹⁹.

Para autorizar a contratação direta, por dispensa de licitação, basta a declaração formal de guerra, ainda que não haja o início do efetivo conflito, pois a mera notícia de guerra já é causa significativa para alterar a normalidade e a vida econômica do país¹²⁰.

¹¹⁷ Consoante Marinês Restelatto DOTTI, a realização de qualquer licitação depende da ocorrência de certos pressupostos. À falta deles, o certame licitatório seria um autêntico sem-sentido ou simplesmente não atenderia às finalidades em vista das quais foi concebido. Ditos pressupostos são de três ordens, a saber: a) pressuposto lógico; b) pressuposto jurídico; e c) pressuposto fático. É o pressuposto lógico da licitação a existência de pluralidade de objetos e de pluralidade de ofertantes. Sem isto não há como conceber uma licitação. É o pressuposto jurídico o fato de que, em face do caso concreto, a licitação possa se constituir em meio apto, ao menos em tese, para a Administração acudir ao interesse que deve prover. Já o pressuposto fático da licitação é a existência de interessados em disputá-la. Cf. Marinês Restelatto DOTTI, *ob. cit.*, p. 52.

¹¹⁸ Citando Louis Delbez e Hildebrando Accioly, José CRETELLA JÚNIOR descreve a guerra como “a luta armada entre Estados, desejada por uma das partes, pelo menos”, ou o “emprego de força armada para submeter a parte contra a qual é dirigida a vontade da que a utiliza, meio violento com que se perturba transitoriamente o estado de paz, cuja finalidade consiste em estabelecer a supremacia da vontade de um dos contedores sobre o outro”. José CRETELLA JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 180.

¹¹⁹ Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 34.ª ed., Malheiros, São Paulo, 2008, p. 282.

¹²⁰ José CRETELLA JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 180.

Em contrapartida, grave perturbação da ordem representa uma situação anômala de comoção interna, generalizada ou circunscrita à determinada região, provocada por atos humanos (revolução, motins) que atinjam atividades ou serviços essenciais à comunidade e que sejam capazes de pôr em xeque as instituições do Estado¹²¹.

Tratadas no inciso III, do art. 24, da Lei n.º 8.666/93, essas duas hipóteses representam situações que agregam uma força capaz de desintegrar os valores básicos do Estado e de comprometer a sua independência ou a unidade de seu território, visto que são circunstâncias que afetam o mercado e que provocam toda a sorte de infortúnios à população, demandando decisões administrativas de concretização instantânea¹²².

Sem embargo, apesar de os casos de guerra e de grave perturbação da ordem serem extremamente relevantes e de evidente urgência, como a sua incidência prática é muito rara, eles não serão objeto de maiores considerações no presente estudo¹²³. O nosso foco está direcionado à hipótese do inciso IV do art. 24, da Lei n.º 8.666/93, que permite a contratação direta, por dispensa de licitação, em situações de calamidade pública e de emergência.

Veamos, assim, o tratamento jurídico da urgência na contratação pública brasileira para, em confronto com o regime luso do ajuste direto por motivos de urgência imperiosa, avaliar se a legislação brasileira é ou não mais propensa à burla da concorrência por razões de conveniência administrativa ou, pior, por desídia dos agentes públicos.

3.2. A contratação emergencial prevista no artigo 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93.

Partindo direto para o cerne da questão, o art. 24, IV, da Lei n.º 8.666/93 autoriza a dispensa de licitação em casos de emergência ou 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

¹²¹ Hely Lopes MEIRELLES, *ob. cit.*, pp. 282-283.

¹²² Joel de Menezes NIEBUHR, *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*, 4.^a ed., Fórum, Belo Horizonte, 2015, pp. 258-259.

¹²³ A última vez que o Presidente da República exercitou essa atribuição ocorreu em 1942, através do Decreto n.º 10.358, assinado por Getúlio Vargas, que declarou o estado de guerra em todo o território nacional depois dos torpedeamentos de navios brasileiros por submarinos alemães e italianos. Cf. Diogenes GASPARINI, *Direito Administrativo*, 9.^a ed. Saraiva, São Paulo, 2004, p. 452.

máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos”.

Assim como fizemos em relação ao ajuste direto por motivo de urgência imperiosa, vejamos os pressupostos da contratação emergencial no Direito brasileiro, utilizando como referência a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, órgão que, ao longo dos anos, por enfrentar os casos práticos, tem se debruçado sobre o assunto e influenciado a doutrina e o legislador nacional, o que restará demonstrado notadamente quando examinarmos os aspectos da nova Lei de Licitações e Contratos, instituída pela Lei Federal n.º 14.133, de 1º de abril de 2021.

Começamos esta análise pela compreensão dos conceitos jurídicos de calamidade pública e de emergência no Direito brasileiro.

3.2.1. As definições de calamidade pública e de emergência.

A palavra calamidade possui origem etimológica no grego, onde *kalamos* significa tormenta¹²⁴. Em termos genéricos, calamidade pública significa uma “desgraça” que atinge inesperadamente um considerável número de pessoas ou considerável extensão territorial, suplantando os habituais níveis de problemas sociais¹²⁵. São os grandes infortúnios, os desastres coletivos, naturais ou não, que geram destruição, mortes e perdas em massa¹²⁶.

Calamidade pública é, assim por dizer, uma situação de perigo e de anormalidade social originada em fatos da natureza, tais como inundações, vendavais, epidemias e outros eventos físicos flagelantes¹²⁷ que, pela proporção das suas consequências à coletividade, exigem providências administrativas imediatas para que sejam debeladas.

Ao longo dos anos, vários diplomas já definiram o estado de calamidade pública¹²⁸ e o mais recente deles, o Decreto Federal n.º 10.593, de 24 de dezembro de 2020, que trata

¹²⁴ Hésio Fernandes PINHEIRO, *Calamidade Pública*, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 36, 1954, p. 38.

¹²⁵ Sobre a antiga preocupação com o tema, é válido mencionar a circular baixada pelo Governo da União aos Governadores Estaduais em 22 de março de 1897, que estabelecia que só podia ser considerada calamidade pública, em tese, “além de secas prolongadas e devastadoras, dos grandes incêndios e inundações e de outros flagelos semelhantes, a invasão súbita do território de um Estado por moléstia contagiosa ou pestilencial, suscetível de grande expansão epidêmica, de disseminação rápida e de alta letalidade, diversa daquelas que só se desenvolvem a favor da ausência de providências adequadas e do descuido no emprego dos meios conhecidos de profilaxia usual”.

¹²⁶ Egon Bockmann MOREIRA e Fernando Vernalha GUIMARÃES, *ob. cit.*, p. 410.

¹²⁷ Hely Lopes MEIRELLES, *ob. cit.*, p. 283.

¹²⁸ Vide os Decretos Federais n.º 67.347/1970, 97.274/1988, 895/1993, 5.376/2005 e 7.257/2010.

da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, define-o como sendo a situação anormal provocada por desastre, que causa danos e prejuízos relacionados ao comprometimento substancial da capacidade de ação do Poder Público do ente federativo atingido, ou que demande a adoção de medidas administrativas excepcionais para resposta e recuperação.

Tal como a guerra, o estado de calamidade pública consubstancia-se juridicamente por ato formal, de maneira que, para que haja dispensa de licitação sob este fundamento, é necessário que o Poder Executivo do ente atingido o declare por decreto. Já as situações de emergência, apesar de não precisarem de ato formal para autorizar a dispensa de licitação, por estarem dispostas em condição de igualdade com a calamidade pública no inciso IV, do art. 24, da Lei n.º 8.666/93, são aquelas que, ultrapassando as situações normais do cotidiano administrativo, colocam em perigo a incolumidade das pessoas ou a integridade de bens relevantes para a coletividade e que, por isso, exigem rápidas providências para evitar ou minorar suas consequências lesivas¹²⁹.

Regra geral, as emergências podem ser diferenciadas das calamidades públicas em vista da dimensão do seu impacto, pois, enquanto as calamidades públicas são geradoras de ampla comoção e de grande número de vítimas, as emergências podem ser pontuais ou exclusivas de um bem ou pessoa. Ademais, nas calamidades, as medidas que autorizam a contratação direta são normalmente adotadas *ex post facto*, ao passo que as relacionadas com as emergências podem ser *ex post* ou *ex ante*¹³⁰.

Diferentemente da legislação portuguesa, a lei brasileira não previu textualmente a qualificação da urgência como imperiosa nem a necessidade de que ela seja o resultado de circunstâncias imprevisíveis e inimputáveis à Administração Pública como pressupostos da contratação emergencial.

Essa indeterminação legislativa ensejou divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da possibilidade de dispensa de licitação em situações em que, por desídia ou deliberada intenção de seus prepostos, a Administração deixe de providenciar as medidas necessárias à realização de uma licitação previsível. Essas divergências podem ser melhor identificadas por meio da análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a partir da paradigmática Decisão n.º 347/1994-Plenário.

¹²⁹ Hely Lopes MEIRELLES, *ob. cit.*, p. 283.

¹³⁰ Egon Bockmann MOREIRA e Fernando Vernalha GUIMARÃES, *ob. cit.*, p. 411.

3.2.2. Os pressupostos da contratação emergencial e a Decisão n.º 347/1994-Plenário do Tribunal de Contas da União.

Logo após o advento da Lei n.º 8.666/93, o Tribunal de Contas da União foi instado a responder consulta formulada pelo Ministro dos Transportes sobre as cautelas que seriam necessárias para a caracterização da urgência disposta no art. 24, IV, da Lei n.º 8.666/93, visto que o estado de precariedade das rodovias federais estava a exigir a rápida realização de obras de conservação, cuja falta poderia acarretar graves riscos de danos à coisa pública e ao patrimônio particular dos usuários.

Durante a tramitação da consulta no TCU, foi elaborado parecer da Secretaria de Auditoria e Inspeções que, a respeito dos pressupostos da dispensa de licitação previstos no art. 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93, manifestou-se no seguinte sentido:

“A SITUAÇÃO EMERGENCIAL ou CALAMITOSA que legitima o acionamento do permissivo contido no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 é aquela cuja ocorrência refuja às possibilidades normais de prevenção por parte da Administração. Ou, dito de outro modo, é a que não possa ser imputada à desídia administrativa, à falta de planejamento, à má gestão dos recursos disponíveis etc.

Quanto à URGÊNCIA DE ATENDIMENTO - o segundo pressuposto da aplicação do citado art. 24, IV - não se trata ela das exigências normais de dinamismo e presteza que se requer das atividades e serviços desenvolvidos pelos órgãos e entidades da administração pública, tampouco da pressa decorrente da vontade, em si e por si, do administrador e/ou autoridade que lhe seja superior. É, sim, a urgência qualificada pelo risco da ocorrência de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens, públicos e particulares, caso as medidas requeridas - efetivação da obra, serviço ou compra, de natureza emergencial - não sejam adotadas de pronto.

Já o RISCO - terceiro pressuposto da dispensa em causa - há de ser aquele efetiva e concretamente demonstrado, tendo em vista a situação dada para a qual se alega urgência de atendimento. Ou seja, verificada a situação de calamidade pública ou simplesmente emergencial, incumbe à Administração demonstrar objetivamente a probabilidade da ocorrência de sérios danos, a pessoas ou bens, caso não seja prontamente efetivada, mediante contratação com terceiro, a obra, serviço ou

compra, segundo as especificações e quantitativos necessários e suficientes para afastar os riscos prognosticados.”

A partir dessas premissas, o Plenário do TCU, decompondo o conteúdo do art. 24, IV, da Lei n.º 8.666/93, assentou na paradigmática Decisão n.º 347/1994-Plenário que, para além das formalidades exigidas pelo art. 26, da Lei n.º 8.666/93¹³¹, a dispensa de licitação dependia da presença dos seguintes pressupostos:

“a.1) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não tenha se 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(s) agente(s) público(s) que tinha(m) 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 concreta 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 (...).”

Em linhas gerais, o TCU definiu que as situações emergenciais reclamavam uma dose de imprevisibilidade, de modo que a sua concretização deveria ser aquela resultante do imprevisível, e não da inércia administrativa ou da culpa ou dolo dos agentes públicos que tinham o dever de preveni-la¹³².

¹³¹ Cujá redação, à época decisão n.º 347/1994-Plenário, era a seguinte:

Art. 26. As dispensas previstas nos incisos III a XV do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do § 2º do art. 8º desta lei deverão ser comunicados dentro de 3 (três) dias à autoridade superior para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de 5 (cinco) dias, como condição de eficácia dos atos.

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

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

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

¹³² João Carlos Mariense ESCOBAR, *Licitação, Teoria e Prática*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1993, p. 72.

Ademais, o TCU assinalou como condição inafastável à contratação emergencial a existência de urgência concreta e efetiva de atendimento de situações que pudessem causar sérios danos à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens, públicos ou privados. Isto é, a urgência se dava em razão da necessidade de afastar riscos iminentes de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas, não decorrendo das exigências normais de celeridade e presteza do exercício das funções administrativas.

Por último, atento à parte final do inciso IV, do art. 24, Lei n.º 8.666/93, que limita o contrato emergencial “aos bens necessários ao atendimento de situação emergencial ou calamitosa” e às “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”, o Tribunal de Contas da União declarou como pressuposto da contratação emergencial a necessidade de demonstração de que a contratação imediata é a via adequada, efetiva e eficiente para eliminar os riscos detectados, limitando as ações urgentes às especificações e quantitativos necessários à remoção dos fatores críticos, a fim de evitar a prática de desvios de finalidade por parte dos agentes públicos¹³³.

Com base na Decisão n.º 347/1994 do Tribunal de Contas da União, podemos dizer que o regime da contratação pública emergencial brasileira tinha uma aplicação semelhante à disciplina portuguesa do ajuste direto por motivos de urgência imperiosa, haja vista que se exigia:

- i)* a existência de uma situação de urgência concreta e efetiva, e não meramente teórica ou abstrata;
- ii)* a imprevisibilidade da urgência e inimputabilidade das circunstâncias à própria Administração Pública;
- iii)* a existência de riscos especialmente gravosos a bens, à saúde ou à vida das pessoas, caso não se adotassem medidas imediatas;
- iv)* a limitação do objeto e da duração do contrato ao necessário a eliminar os riscos decorrentes da situação emergencial ou calamitosa, o que revela a natureza cautelar da contratação emergencial, na medida em que ela serviria apenas para evitar o

¹³³ Isto significa que não é permitido aos agentes públicos utilizar uma situação de emergência ou calamidade para dispensar a licitação em aquisições que transcendam o objeto do contrato, o que, em casos emergenciais deve ser feito no limite do indispensável ao afastamento do risco. Como adverte Marinês Restelatto DOTTI, deve existir uma profunda correlação entre o objeto pretendido pela Administração e o interesse público a ser atendido, bem como a correlação entre o objeto do contrato e o risco, cuja ocorrência se pretenda evitar, sob pena de incidir o administrador em ilícita dispensa de licitação. Cf. Marinês Restelatto DOTTI, *ob. cit.*, p. 53.

perecimento do interesse público, concedendo tempo à Administração Pública para concluir o regular procedimento licitatório.

Tais pressupostos legais foram exigidos em vários casos envolvendo dispensas de licitação fundamentadas em situações de emergência ou de calamidade pública, podendo ser mencionado, entre outros, o Acórdão n.º 300/1995-2ª Câmara, referente a contratações efetuadas pela Casa da Moeda, em que a ausência de planejamento resultou na contratação emergencial dos serviços relativos à comemoração do seu tricentenário de fundação.

Na ocasião, o TCU assentou que as festividades de comemoração do tricentenário da Casa da Moeda, embora relevantes, estavam longe de caracterizar emergência ou calamidade pública, já que não apresentavam nenhuma urgência que justificasse a exceção à regra de licitar. Neste sentido, o TCU consignou que as festividades poderiam ter sido previamente planejadas, sendo, por isso, difícil de validar a celebração de contratos sem a realização dos procedimentos licitatórios quando “o tricentenário de existência da Casa da Moeda do Brasil era fato previsível, que podia ser facilmente programado ao longo de seus trezentos anos”.

Em outro caso, na Decisão n.º 157/1999-2ª Câmara, o Tribunal de Contas da União considerou irregular a aquisição emergencial de preservativos masculinos pelo Estado de Rondônia para distribuição gratuita à população em campanha de prevenção de doenças sexualmente transmissíveis a ser realizada no carnaval, uma vez que o período carnavalesco tinha data predefinida no calendário anual e bastante conhecida dos agentes públicos, os quais deveriam ter efetuado tempestivamente as licitações necessárias.

Em diversas contratações emergenciais voltadas à reparação de rodovias e pontes, o Tribunal decidiu que o desgaste gradual das estruturas constituía um fato previsível e que cabia à Administração Pública antecipar-se aos danos e não deixar que elas, abandonadas por largos períodos, ficassem intransitáveis para, numa postura reativa, recorrer à solução emergencial em razão da falta de conservação¹³⁴.

É possível citar também a reprovação de contratação emergencial de empresa para construção de penitenciárias, tendo em vista que a superlotação carcerária e a demanda por novos presídios de segurança máxima não caracterizariam a situação de emergência ou de calamidade pública prevista no art. 24, da Lei n.º 8.666/93, pois como tais acontecimentos há muito se sucediam e vinham sendo apontados há anos pelos especialistas em segurança

¹³⁴ Decisão n.º 45/1999 - 1ª Câmara, de 16/03/1999, Processo n.º 450.128/1998-9.

pública, não havia “que se falar em fatos novos e imprevisíveis, mas de situações decorrentes de inoperância, ausência de planejamento e iniciativa dos gestores”¹³⁵.

Havia ainda uma série de situações de contratações emergenciais reprovadas não só pela falta de imprevisibilidade, mas também devido à inexistência de riscos especialmente gravosos a bens ou pessoas, sendo representativos os Acórdãos n.º 210/2001-Plenário e 348/2003-Segunda Câmara, que trataram da contratação emergencial de serviços de *buffet*, de decoração floral e de manutenção de jardins do Palácio do Itamaraty, realizada pelo Ministério das Relações Exteriores.

Outro caso simbólico da utilização da contratação emergencial para situações sem qualquer caráter de urgência pode ser encontrado no Acórdão n.º 300/2004-Plenário, que versou acerca de contratações emergenciais voltadas à aquisição de cartões de visita para agentes públicos e à confecção de convites para cerimônias de posse de autoridades, casos que, evidentemente, não veiculavam urgência concreta e efetiva voltada a afastar risco de danos a bens ou à vida e à saúde de pessoas.

Todavia, com o passar do tempo, os pressupostos firmados na Decisão n.º 347/1994 começaram a ser relativizados. Primeiro, através da Decisão n.º 820/1996-Plenário, a qual, numa interpretação *contra legem*, permitiu a prorrogação dos contratos emergenciais além do prazo máximo de 180 dias, vulnerando o princípio da proporcionalidade extravasado no pressuposto da limitação das prestações emergenciais. Tempos depois, com a prolação da Decisão n.º 138/1998-Plenário, por meio da qual o TCU passou a admitir a contratação emergencial mesmo em casos de desídia administrativa, por entender que as falhas dos agentes públicos não autorizariam o sacrifício do interesse público.

Vejamos, então, as circunstâncias e os fundamentos que subsidiaram a guinada da jurisprudência do Tribunal de Contas da União e a flexibilização dos pressupostos legais da contratação emergencial.

3.2.3. A mitigação dos pressupostos da contratação emergencial na jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

¹³⁵ Acórdão n.º 763/2007 - Plenário, de 2/5/2007, Processo n.º 003.680/2006-7.

3.2.3.1. A limitação dos contratos emergenciais à medida do estritamente necessário e a possibilidade de prorrogação do prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias a partir da Decisão n.º 820/1996-Plenário do TCU.

O rigor inicial firmado na Decisão n.º 347/1994-Plenário não durou muito tempo e logo os pressupostos fixados pelo TCU para a contratação emergencial foram mitigados.

A primeira decisão em sentido contrário ao paradigma estabelecido na Decisão n.º 347/1994-Plenário teve origem numa consulta relativa à possibilidade da prorrogação do prazo máximo de duração dos contratos emergenciais.

Segundo o Ministro Relator, havia sido decretado estado de calamidade pública no Município de Recife, que não dispunha de recursos financeiros suficientes para arcar com as despesas decorrentes do estado calamitoso. Diante disso, o ente municipal encaminhou projetos a órgãos do governo federal solicitando o repasse de recursos, o que veio a ocorrer 60 dias após a decretação da calamidade.

Como o Município de Recife só pôde iniciar as obras, serviços e aquisição de bens, oriundos dos projetos aprovados, após o recebimento dos recursos, o TCU, com respaldo na doutrina de Marçal Justen Filho, para quem a prorrogação dos contratos emergenciais, “ainda que indesejável, não podia ser proibida em termos absolutos”¹³⁶, entendeu que os contratos emergenciais, embora sujeitos ao prazo de 180 dias, podiam sim ser prorrogados além do máximo legal, desde que motivado por fatos supervenientes.

Explique-se que, segundo Marçal Justen Filho, a extrapolação do prazo máximo do contrato emergencial é válida quando toda a diligência possível for aplicada na execução contratual e a eliminação da situação emergencial não for viável por razões alheias à vontade das partes. O citado autor ilustra o raciocínio com a hipótese da sucessão de duas calamidades numa mesma região, de modo que a segunda calamidade poderia impedir a execução do contrato firmado para atender a situação emergencial criada pelo evento anterior¹³⁷.

Contudo, não comungamos do mesmo posicionamento.

Primeiro porque se, de fato, num determinado caso concreto houver a ocorrência de calamidades sucessivas, o prazo máximo de duração dos contratos emergenciais se renova

¹³⁶ Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 17ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 487.

¹³⁷ Marçal JUSTEN FILHO, *ob. cit.*, p. 487.

com o surgimento da segunda calamidade pública, não havendo, pois, que se falar em prorrogação, mas sim em novo termo inicial.

Segundo porque o contrato emergencial tem por objetivo precípua acautelar o interesse público até a realização da licitação do contrato definitivo. Assim, mesmo que todos os riscos advindos da situação não sejam eliminados em 180 dias, as necessidades restantes devem ser supridas mediante novos contratos, de caráter satisfativo, para os quais o referido prazo parece-nos suficiente para concluir as respectivas licitações.

Lamentavelmente, o entendimento consagrado na Decisão n.º 820/1996 fragilizou o precedente fixado pela Decisão n.º 347/1994, flexibilizando um dos pressupostos legais da contratação emergencial, ao possibilitar prorrogações além do limite legal de 180 dias ou sucessivas contratações emergenciais com os mesmos agentes econômicos, que, na prática, possuem interesse em permanecer auferindo as vantagens dos contratos emergenciais pelo maior tempo possível, não sendo, por isso, incomum que eles se utilizem de subterfúgios para impedir a conclusão das licitações, fazendo perdurar a premência do fornecimento de bens ou da prestação de seus serviços.

Frise-se que o próprio TCU já chegou a reconhecer a ilegalidade da prorrogação do prazo dos contratos emergenciais além dos 180 dias, mas, mesmo assim, não deixou de chancelá-la em nome do interesse público¹³⁸.

No Acórdão n.º 3.262/2012-Plenário, a Corte decidiu que “mesmo em afronta à lei, diante do propósito de atendimento do interesse público pela não interrupção do serviço de fornecimento de medicamentos à população, admite-se prorrogação excepcional dos contratos de fornecimento de medicamentos firmados mediante dispensa por motivo de emergência”¹³⁹.

Mas a flexibilização mais radical e preocupante dos pressupostos da contratação emergencial ocorreu com a prolação da Decisão n.º 138/1998-Plenário, por meio da qual o TCU afastou por completo os pressupostos da excepcionalidade, da imprevisibilidade e da exterioridade da urgência, possibilitando a contratação direta em situações de “emergência fabricada”.

¹³⁸ Ressalte-se que, diferentemente de Portugal, no Brasil não há o mesmo desenvolvimento legal, doutrinário e jurisprudencial da figura do estado de necessidade administrativo.

¹³⁹ Outros casos de extrapolação do prazo máximo de 180 dias podem ser encontrados na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, notadamente nos Acórdãos n.º 1.941/2007-Plenário, 3.238/2010-Plenário, 1.901/2009-Plenário, 106/2011-Plenário e 1.801/2014-Plenário.

3.2.3.2. A possibilidade de contratação direta em casos de “emergência fabricada” a partir da Decisão n.º 138/1998-Plenário do Tribunal de Contas da União.

A partir da Decisão n.º 138/1998-Plenário, passou a prevalecer na jurisprudência do Tribunal de Contas da União uma posição diametralmente oposta à definida na Decisão n.º 347/1994, fundamentada prioritariamente na essencialidade dos bens, dos serviços ou das obras que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornaram imperativa a contratação imediata. Noutros termos, isso significa dizer que o TCU passou a considerar tão somente as consequências da não realização da contratação emergencial, e não mais as causas que deram origem à emergencialidade.

Para a exata compreensão da mudança de orientação jurisprudencial, é relevante a transcrição dos argumentos apresentados na Decisão n.º 138/1998-Plenário:

“Voto do Ministro Relator:

Como percebem os nobres Pares, versam os autos sobre denúncia formulada por parlamentar noticiando possíveis irregularidades na contratação de obras e serviços pela Infraero, mediante a dispensa de licitação, com fundamento nos incisos IV e XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93. Tratarei em tópicos distintos os dois pontos abordados na denúncia, iniciando pela dispensa de licitação para a contratação da reforma do Aeroporto Internacional de Natal/RN, com fundamento no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

2. Em síntese, o entendimento da Unidade Técnica e do Ministério Público é no sentido de que a dispensa de licitação para a contratação das obras e serviços de restauração de pátios e pistas de rolamento do Aeroporto Internacional de Natal-RN ocorreu pela falta de planejamento adequado, uma vez que a Infraero vinha desenvolvendo um Projeto Básico detalhado, para a restauração de pavimento asfáltico das principais pistas de rolamento e pátios militares, daquele Aeroporto, sendo que tal projeto foi aprovado em 19.01.95, tempo suficiente para a realização da licitação para a contratação dos serviços.

(...)

5. Sobre o tema, transcrevo, de imediato, o art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93:

Art. 24. É dispensável a licitação:

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídos 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;

6. Ao comentar referido dispositivo legal, leciona o saudoso Administrativista Hely Lopes Meirelles ("in" Licitação e Contrato Administrativo, 10ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1991): A emergência que dispensa licitação caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. Situação de emergência é, pois, toda aquela que põe em perigo ou causa dano à segurança, à saúde ou à incolumidade de pessoas ou bens de uma coletividade, exigindo rápidas providências do Poder Público para debelar ou minorar suas conseqüências lesivas. A emergência há que ser reconhecida e declarada em cada caso, a fim de justificar a dispensa da licitação para obras, serviços, compras ou alienações relacionadas com a anormalidade que a Administração visa corrigir, ou com o prejuízo a ser evitado.....

7. Os textos da lei e da doutrina acima transcritos não deixam dúvida de que o planejamento não é fator impeditivo ou autorizativo para que os administradores públicos procedam a dispensa de licitação por questões emergenciais, fundamentada no dispositivo legal acima referido.

8. Sobre o tema, Lúcia Valle de Figueiredo e Sérgio Ferraz, citando Antonio Carlos Cintra do Amaral, afirmam ("in" Dispensa e Inexigibilidade de Licitação, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1992, São Paulo-SP):

Mais adiante, vai distinguir a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa. A ambas dá idêntico tratamento, no que atina à possibilidade de contratação direta. Porém, não exime o responsável pela falha administrativa de sofrer sanções disciplinares compatíveis. (grifo nosso)

8. Obviamente, como se depreende do acima transcrito, não pode o administrador incorrer em duplo erro: além de não planejar as suas atividades, permitir que a sua desídia cause maiores prejuízos à Administração e/ou a terceiros.

9. Ênfase, dessa forma, que a dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, se caracteriza como uma inadequação aos procedimentos normais de licitação, constituindo-se, sob esse prisma, num dever e não numa faculdade para o administrador, sob pena de ser responsabilizado pelos prejuízos que a sua inércia venha a causar, independentemente de qualquer planejamento.

10. Como definem renomados especialistas em teoria geral de administração, planejamento é um processo pelo qual o administrador decide quais são os seus objetivos e como serão atingidos. Sabemos, ainda, que o planejamento é um processo contínuo e por essa razão a flexibilidade é um fator determinante na sua concepção.

11. Dito isso, podemos afirmar que um planejamento bem elaborado pode evitar, sem dúvida, dispensas desnecessárias de licitação. Entretanto, por mais bem elaborado que seja, não possui a capacidade de evitar a ocorrência de fatos supervenientes que exijam do administrador a adoção de providências urgentes de modo a impedir danos irreparáveis ao Erário e/ou terceiros.

12. Portanto, o administrador que havia planejado realizar uma obra mediante a adoção de procedimentos licitatórios normais, pode se ver na obrigação de proceder à dispensa da licitação

13. Diante do exposto, forçoso é reconhecer que a ausência de planejamento e a dispensa de licitação devem ser tratadas como irregularidades independentes e distintas. Sob essa ótica, é aconselhável examinar se a dispensa da licitação se deu em observância aos requisitos exigidos pelo inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93 e em seguida analisar o contexto em que a mesma ocorreu, ou seja se aconteceu em razão de fatos supervenientes causados ou não por incúria do administrador.

À vista desse novo entendimento, o exame de contratações emergenciais não mais deve perquirir a causa da emergência, mas só os efeitos advindos de sua não realização. E, a partir da verificação dos custos temporais, sopesar-se-á a imperatividade da contratação

emergencial e avaliar-se-á a pertinência da aplicação da excepcionalidade permitida pelo art. 24, inciso IV, da Lei de Licitações.

Assim, o Tribunal de Contas da União definiu que a ausência de planejamento e a contratação direta fundamentada em situação emergencial caracterizam duas situações completamente distintas, não necessariamente excludentes, razão pela qual os agentes que, perante situações de riscos iminentes e graves, deixem de adotar as providências emergenciais estão a incorrer em duplo erro: além de não planejarem adequadamente as atividades, permitem que a sua desídia cause maiores prejuízos à Administração ou a terceiros.

A tese sufragada na Decisão n.º 138/1998 ganhou corpo na jurisprudência do TCU com o Acórdão n.º 46/2002-Plenário, no qual se reafirmou que, mesmo perante situações advindas de incúria ou de negligência, a Administração Pública não pode ser tolhida no cumprimento de sua missão de interesse público pela falha dos seus agentes, tampouco a coletividade pode ser prejudicada pela falta do serviço que lhe é imediatamente indispensável.

O referido caso versava sobre a contratação emergencial de serviços de publicidade pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, apenas 9 dias antes do início dos censos populacional e agropecuário do ano de 1996, fato que, por si só, já evidenciava a falta de planejamento por parte do IBGE. Desse caso, interessa-nos a manifestação do Ministério Público junto ao TCU, acolhida como razão de decidir da Corte, nos seguintes termos:

“(…) No caso focado no TC 011.584/96-3, quando da emissão do parecer jurídico favorável à contratação direta da empresa Denison Propaganda São Paulo Ltda., já se mostravam exíguos os prazos para a licitação, contratação, produção e veiculação da campanha de divulgação dos Censos Agropecuário e Populacional, a qual deveria ocorrer antes da realização daqueles recenseamentos, de maneira a proporcionar a obtenção de estatísticas revestidas das adequadas periodicidade e atualidade.

Procedem, assim, as justificativas apresentadas pelo Procurador-Geral do IBGE, no sentido de que a hipótese de dispensa de licitação revelou-se como a única alternativa viável ao deslinde da questão, uma vez caracterizada a situação de urgência prevista no art. 24, IV da Lei nº 8.666/93 (folhas 180/181), não

competindo, outrossim, à Procuradoria Geral, a iniciativa para a tempestiva deflagração do certame licitatório.

Corroborando tal assertiva, trazem-se à colação os ensinamentos de Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz (Dispensa e Inexigibilidade de Licitação, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, p. 49): ‘As balizas legais, no atinente ao conceito de emergência, devem ser de tal ordem que impliquem urgência de atendimento da situação, sob pena de se ocasionarem prejuízos ou comprometer-se a segurança de pessoas, obras, serviços, bens ou equipamentos. Antonio Carlos Cintra do Amaral, examinando a dispensa de licitação nas estatais, assim averba: ‘A emergência é, a nosso ver, caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. Mais especificamente: um caso é de emergência quando reclama solução imediata, de tal modo que a realização da licitação, com os prazos e formalidades que exige, pode causar prejuízo à empresa (obviamente prejuízo relevante) ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou ainda, provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas. Quando a realização de licitação não é incompatível com a solução necessária, no momento preconizado, não se caracteriza a emergência’. Mais adiante, vai distinguir a emergência ‘real’, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa. A ambas dá idêntico tratamento, no que atina à possibilidade de contratação direta. Porém, não exime o responsável pela falha administrativa de sofrer as sanções disciplinares compatíveis. Em nosso entender somente dessa forma ficaria satisfeito o princípio da moralidade administrativa: isto é, se, realmente, responsabilizado for o funcionário que deu causa à situação surgida.’

Semelhante posicionamento é defendido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, Malheiros Editores, 2ª edição, p. 80): ‘... nesta questão cabe assinalar que, se estiverem presentes todos os requisitos previstos no dispositivo, cabe a dispensa de licitação, independentemente da culpa do servidor pela não realização do procedimento na época oportuna. Se a demora do procedimento puder ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, a dispensa tem que ser feita, porque o interesse público em jogo – a segurança – leva

necessariamente a essa conclusão. Por outras palavras, a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração.’

No tocante a esse assunto, leciona Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Aide Editora, 4ª edição, p. 152-154): ‘O dispositivo enfocado refere-se aos casos onde o decurso de tempo necessário ao procedimento licitatório normal impediria a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis. Quando fosse concluída a licitação, o dano já estaria concretizado. A dispensa de licitação e a contratação imediata representam uma modalidade de atividade acautelatória do interesse público. (...) Isso não significa defender o sacrifício do interesse público como consequência da desídia do administrador. Havendo risco de lesão ao interesse público, a contratação deve ser realizada, punindo-se o agente que não adotou as cautelas necessárias. O que é necessário é verificar se a urgência existe efetivamente e, ademais, a contratação é a melhor possível nas circunstâncias. Comprovando-se que, mediante licitação formal e comum, a Administração obteria melhor resultado, o prejuízo sofrido deverá ser indenizado pelo agente que omitiu as providências necessárias.’

Passível, assim, de punição, a conduta dos gestores que, por desídia ou falta de planejamento, não providenciaram a tempo a realização do certame para a contratação de agência de publicidade, provocando uma situação de emergência. Constatada, porém, a situação a requerer urgente contratação, não poderia a entidade ter sido tolhida no cumprimento de sua missão institucional, ao ser prejudicada pela falta do serviço que lhe era imediatamente indispensável”.

A partir de então, diversos acórdãos consagraram a posição adotada na Decisão n.º 138/1998¹⁴⁰. Espelhando o entendimento do TCU, a Advocacia Geral da União editou a

¹⁴⁰ A título ilustrativo, vide os acórdãos abaixo reproduzidos, na parte que ora nos interessa: Acórdão n.º 1.296/2017-Plenário: “O entendimento inicial deste Tribunal acerca da matéria, veiculado na Decisão n.º 347/1994-Plenário, proferida em caráter normativo, aponta no sentido de que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não pode ter se originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis; ou seja, para se caracterizar a situação emergencial, ela não pode, 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. Posteriormente, por ocasião da prolação da Decisão 138/1998-Plenário, tal entendimento evoluiu para considerar que a situação prevista no art. 24, inc. IV, da Lei 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; na segunda hipótese será responsabilizado o agente público que não adotou tempestivamente as providências a ele cabíveis”.

Orientação Normativa n.º 11, de 1º de abril de 2009, cujo enunciado dispõe que “a contratação direta com fundamento no inciso IV do artigo 24 da Lei n.º 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”.

Portanto, desde a prolação da Decisão n.º 138/1998, em vários casos concretos foram afastados os pressupostos da excepcionalidade, da imprevisibilidade e da exterioridade da urgência, orientação que se generalizou na doutrina, conforme se infere do entendimento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

“Relevante questão que se apresenta diz respeito à verificação da conduta do administrador e se a mesma, quando caracterizada como desidiosa, deve implicar na impossibilidade de a Administração servir-se desse dispositivo que autoriza a dispensa de licitação. A resposta é negativa. Efetivamente, se ficar caracterizada a emergência e todos os outros requisitos estabelecidos nesse dispositivo, que serão estudados a seguir, pouco importa que a mesma decorra da inércia do agente 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. Obviamente, não deve a

Acórdão n.º 1.122/2017-Plenário: “Insta salientar que a Decisão 347/1994, utilizada como fundamento da audiência do responsável, considerou ilegal a utilização de contratações diretas baseadas no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993 nas hipóteses de ‘emergências fabricadas’. Todavia, tal linha jurisprudencial não é a que prevalece atualmente no âmbito desta Corte de Contas. Relembro o entendimento deste Tribunal, expresso no Acórdão 46/2002-Plenário, no sentido de que a contratação direta também se mostra possível quando a situação de emergência decorrer da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois, ‘a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração’. Já no Acórdão 1.138/2011-Plenário, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, foi estabelecido que é necessário se separar a ausência de planejamento da contratação emergencial propriamente dita, por esta ocorrer em função da essencialidade do serviço ou do bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornaram imperativa a imediata contratação. A situação prevista no art. 24, inciso IV, da Lei de Licitações e Contratos não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou da 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. Nesse sentido, cito ainda os Acórdãos 2.240/2015-1ª Câmara, 1.217/2014-Plenário, 1312/2016-1ª Câmara, 1.022/2013-Plenário, 425/2012-Plenário e 285/2010-Plenário, que adotaram essa linha de entendimento. Dessa forma, é necessário avaliar corretamente as responsabilidades dos gestores, de modo a segregar a conduta daqueles que concorreram para originar a situação emergencial e, eventualmente, de agentes que apenas atuaram para elidir o risco de dano. Em todo caso, o gestor que dá causa a situação emergencial pode ser responsabilizado, em face de sua omissão quanto ao dever de agir a tempo, adotando as medidas cabíveis para a realização de um regular procedimento licitatório. No caso concreto, o ponto fulcral da presente irregularidade não foi a contratação emergencial em si, mas a desídia da instância administrativa da Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre na adoção de providências visando a licitação dos serviços, de forma a evitar a situação de emergência”.

situação ficar sem providências acauteladoras ou de caráter didático-pedagógicas, sob pena de esse dispositivo vir a tornar-se de tal modo permissivo que acabe por anular o princípio da licitação. Aliás, nesse tema, relevante participação incumbe ao sistema de controle externo, do qual o Poder Legislativo é o titular, e a quem compete, desde a CF/88, a fiscalização não só quanto à legalidade, mas também quanto à legitimidade, constituindo, pois, indeclinável dever penalizar o gestor que age com desídia ou negligência na obrigação de prever as situações que possam causar dano à sociedade ou à Administração, deixando de envidar esforços para obviá-las.”¹⁴¹

No mesmo sentido, Marinês Restelatto Dotti aponta que a norma do art. 24, IV, da Lei n.º 8.666/93 não faz qualquer menção à causa que originou a situação de emergência, bastando-lhe a referida situação e a possibilidade que dela derive a ocorrência de prejuízo a pessoas e bens públicos ou da coletividade. Assim, ela entende ser a situação emergencial o que autoriza a dispensa da licitação e não a causa de sua ocorrência. Por isso, se todos os requisitos previstos no citado dispositivo estiverem presentes, cabe a dispensa de licitação, independente de culpa do servidor pela não realização do procedimento na época oportuna, pois a inércia do servidor, dolosa ou culposa, não pode vir em prejuízo do interesse público maior a ser tutelado pela Administração¹⁴².

Também Joel de Menezes Niebuhr, a despeito de reconhecer que a emergência não deveria ser provocada pela negligência da Administração, a qual tem o dever de planejar, de prever as suas demandas e de controlar os seus estoques, procedendo à licitação pública antes que haja o risco de desabastecimento, defende a licitude da contratação emergencial se o interesse público demandar a contratação antes do tempo estimado para o término da licitação, mesmo que a causa dessa demanda seja a desídia administrativa¹⁴³.

Sendo assim, podemos dizer que, de modo geral, passou a preponderar na doutrina especializada a ideia de que cabe à Administração adotar o procedimento pré-contratual que melhor atenda ao interesse coletivo, sem prejuízo da apuração de responsabilidade dos agentes causadores da incúria, mas não dos executores da contratação direta.

¹⁴¹ Jorge Ulisses Jacoby FERNANDES, *Contratação Direta sem Licitação*, 9.ª ed., Fórum, Belo Horizonte, 2011, pp. 307-308.

¹⁴² Marinês Restelatto DOTTI, *ob. cit.*, p. 56.

¹⁴³ Em defesa desse entendimento, o citado autor afirma que a contratação emergencial é um instrumento importante para preservar os serviços públicos e as atividades administrativas, não revelando, por si só, qualquer ilícito, tanto que encontra previsão legal e que tem sido equivocadamente estigmatizada, sobretudo pelos órgãos de controle. Cf. Joel de Menezes NIEBUHR, *ob. cit.*, p. 263.

Diante desse quadro, relatando que a emergência fabricada coloca a Administração perante o dilema entre licitar, sob o risco de comprometer necessidades impostergáveis, e realizar a contratação direta e atender o interesse público subjacente ao contrato, Marçal Justen Filho considera necessários apenas dois requisitos para a contratação emergencial, a saber:

- i) a demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano irreparável (aquele que não pode ser recomposto posteriormente), significando o risco de destruição ou de sequelas à integridade física ou mental de pessoas ou, quanto a bens, o risco de seu perecimento ou deterioração; e
- ii) a demonstração de que a contratação imediata é a via adequada e eficiente para eliminar o grave risco, representada pela relação de causalidade entre a ausência de contratação e a ocorrência de dano ou, mais precisamente, a relação de causalidade entre a contratação e a supressão do risco de dano¹⁴⁴.

Poucas foram as vozes discordantes quanto à dispensa de licitação em casos de emergência fabricada. Nessa perspectiva que, sob o nosso ângulo, parece ser a mais consentânea com os princípios da contratação pública, Lucas da Rocha Furtado defende que a situação emergencial ou calamitosa que legitima a contratação direta é aquela cuja ocorrência escape às possibilidades normais de prevenção por parte da Administração. Por isso, considera absolutamente descabido que os agentes públicos, sabendo que determinada situação ocorrerá e que sua ocorrência obrigará a celebração de um contrato, não adotem as medidas necessárias à realização do procedimento licitatório¹⁴⁵.

Com lucidez, o autor aponta que “admitir que a inércia do administrador possa criar situação emergencial que venha legitimar a contratação direta significa, na prática, abrir as portas para todo o tipo de desmando em matéria de licitação. Esse tipo de raciocínio transformaria todas as regras e princípios constitucionais e legais acerca do tema em letra morta. Admitir que o contrato decorrente da contratação direta justificada por situações emergenciais criadas pela desídia do administrador seja válido, e buscar apenas a punição desse administrador negligente, é entendimento que legitima o conluio entre o administrador e empresa ou profissional contratado”¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Marçal JUSTEN FILHO, *ob. cit.*, pp. 476-477.

¹⁴⁵ Lucas da Rocha FURTADO, *Curso de Direito Administrativo*, 2.^a Ed., Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 357.

¹⁴⁶ Lucas da Rocha FURTADO, *ob. cit.*, p. 357.

Compartilhando esse raciocínio, Geruza Isoton afirma que a emergência fabricada é “uma burla à lei por meio da qual o administrador, por omissão, provoca intencional ou culposamente, uma situação emergencial de dispensa de licitação para, então, perfectibilizar, de forma mascarada, uma contratação direta, em tese, justificada”¹⁴⁷.

Nesse contexto, a citada autora vai além e declara que o agente “omisso é tão prejudicial quanto aquele ativamente desonesto, já que, com sua inércia, inclusive culposa, pode gerar prejuízo ao erário e violar seu dever de efetividade com a coisa pública”¹⁴⁸.

Por sua vez, Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães diferenciam a emergência da desídia, de modo que a situação de emergência autorizadora da dispensa não pode resultar da inépcia, da má gestão de verbas ou da falta de planejamento, visto que o exercício da função administrativa exige a adoção de condutas pró-ativas que preservem o patrimônio público e o bem-estar social¹⁴⁹.

Na nossa visão, ainda que a jurisprudência do TCU e a maior parcela da doutrina concordem com a contratação emergencial quando, independentemente das circunstâncias, a realização do certame, com os prazos e formalidades, possa sacrificar o interesse público e causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação, temos que tal entendimento constitui uma prática com enorme potencial para violar vários princípios administrativos, entre os quais se destacam os postulados da concorrência, boa-fé, igualdade, eficiência, integridade e economicidade.

Em primeiro lugar, é preciso compreender que as contratações emergenciais devem ter caráter excepcional, de maneira que a urgência não pode ser usada para instrumentalizar gestões ineficientes, sob pena de ofender uma gama de princípios caros à Administração Pública. Em segundo lugar, embora as contratações diretas não signifiquem, de *per si*, uma atuação administrativa arbitrária quanto à escolha dos fornecedores nem acarretem aumento de preços necessariamente, é certo que a falta de concorrência produz como consequência a ampliação dos riscos de sobrepreço, de direcionamentos dos contratos e de pagamento de comissões a agentes públicos, prejudicando o mercado e a própria Administração.

Aceitar acriticamente uma visão puramente consequencialista, que ignora as causas da contratação emergencial, fazendo tábula rasa dos princípios do Direito Administrativo e

¹⁴⁷ Geruza Isoton, *Contratação direta por dispensa de licitação: análise sob o viés da emergência fabricada*, in Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, v. 12, n. 27, Florianópolis, 2015, p. 128.

¹⁴⁸ Geruza Isoton, *ob. cit.*, p. 134.

¹⁴⁹ Egon Bockmann MOREIRA e Fernando Vernalha GUIMARÃES, *ob. cit.*, p. 413.

fechando os olhos para toda sorte de abusos no plano da contratação pública, acaba por premiar a ineficiência administrativa com soluções mais ágeis, mas que preterem a ampla concorrência.

Exemplos do desvirtuamento da contratação emergencial podem ser encontrados no cotidiano, sendo prática corriqueira a contratação direta de serviços contínuos de limpeza, de vigilância, de telefonia etc., em razão da falta de planejamento ou da desídia de agentes públicos que deixam de concluir os procedimentos licitatórios subsequentes dentro dos prazos de vigência dos contratos em execução, ficando sem cobertura contratual para a continuidade da prestação dos referidos serviços.

Na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, o Acórdão n.º 1.007/2018-Plenário bem ilustra o uso abusivo de dispensas de licitação com fulcro no inciso IV, do art. 24, da Lei n.º 8.666/1993, decorrente da permissividade da contratação direta em situações de emergência fabricada.

A pretexto de enfrentar situações emergenciais provocadas pelo desabastecimento dos seus estoques, o Hospital da Universidade Federal do Rio de Janeiro passou a se valer, de forma sistemática, da dispensa de licitação para repor insumos necessários à prestação de serviços assistenciais de saúde, necessidade que, por ser ordinária, deveria ser atendida, em regra, por meio de certames licitatórios. Para se ter a ideia do desvirtuamento do uso da dispensa emergencial, é válida a transcrição das ocorrências identificadas pela fiscalização técnica do Tribunal de Contas da União:

“Conforme relatado na denúncia, o HUCFF estaria se valendo do uso excessivo do inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93, exceção aberta pelo legislador ao dever de licitar em face de situações de emergência, para motivar dispensas de licitação que não se prestariam tão somente a arrostar o perigo advindo da situação emergencial. As dispensas realizadas com tal fundamento se destinariam também a promover a reposição de estoque do hospital. (...)”

A análise dos dados levantados confirma o denunciado quanto à utilização das dispensas em razão de situação emergencial como meio corrente e sistemático para municiar o hospital de boa parte dos insumos necessários à prestação dos serviços assistenciais de saúde.

Percorrendo as justificativas lançadas nas solicitações de material de que cuidam os processos administrativos mencionados pelo denunciante (...) verifica-se um

cenário constante de desabastecimento crônico, visto que os níveis de estoque informados, via de regra, ou estão zerados ou já se encontram em ponto crítico.

Em suas justificativas, os solicitantes muitas das vezes mencionam a existência de procedimentos licitatórios em preparação ou inconclusos como circunstâncias também determinantes da realização de aquisições emergenciais (...).

A falta de agilidade do setor de licitações é provavelmente o que leva, via de regra, à fixação dos quantitativos solicitados em montantes capazes de suprir a demanda do material requerido por um período de 6 meses, justamente o tempo máximo admitido pelo art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, ao cuidar das aquisições de bens e serviços em situação emergencial.

Não obstante o hospital ter sido notificado (...) quanto à prática irregular de realizar dispensas de licitação sem que estejam devidamente justificadas as situações que as autorizam, o HUCFF voltou a incorrer em tal falha na contratação direta objeto do processo administrativo (...) destinado à aquisição de um total de 24 implantes auditivos (...).

Resta evidente que o objetivo dos procedimentos médicos a que se destinam os implantes, corrigir deficiências auditivas dos pacientes, correção essa envolvendo intervenções cirúrgicas de caráter claramente eletivo, não se presta a fundamentar contratação emergencial, ainda que para os pacientes a situação em que se encontram seja percebida como de urgência, já que está em jogo a melhoria do seu bem-estar. (...)

Entre os diversos processos de dispensa analisados, sobressai o processo administrativo (...), dado tratar da aquisição de um grande volume de itens para boa parte dos serviços médicos prestados no HUCFF. (...)

Independente do caráter convincente da justificativa invocada na solicitação, já que alude à preservação da vida de pacientes, custa crer que o desabastecimento eventualmente reinante à época no hospital universitário fosse de tal ordem, já que afligiria segmento expressivo dos serviços prestados na unidade hospitalar.

Tampouco soa crível que seria imprescindível, mediante contratação direta, prover o HUCFF de estoque para suprir a demanda dos insumos por tal longo período (6 meses), ainda mais quando se leva em conta ser exequível, dentro de prazo bem

menor, efetivar as contratações, necessárias para manter abastecido o hospital em níveis seguros, pelo meio ordinário do devido procedimento licitatório.

Tais contratações diretas veiculadas no referido processo administrativo, por sua amplitude em termos de variedade de insumos, por sua representatividade financeira e pela delonga na finalização, são emblemáticas em demonstrar o desvirtuamento pelo HUCFF da figura do expediente excepcional da contratação emergencial albergada no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93.

A pretexto de enfrentar situações emergenciais, causadas pela falta da devida manutenção dos estoques de insumos do hospital em níveis seguros, a administração do HUCFF se valeu, no período abrangido pelos processos analisados, sistematicamente de dispensas para não só resolver o desabastecimento momentâneo como também para garantir o suprimento de insumos por diversos meses, suprimento esse que deveria ser realizado mediante a realização de certames licitatórios. (...)

Além do desvirtuamento do uso da dispensa emergencial, a análise dos processos contemplados (...) revelou a existência de outros problemas. Um deles foi a falta, em todos os processos de dispensa examinados, mesmo naqueles envolvendo contratações diretas de grande vulto, de parecer jurídico, como exigido no art. 38, inciso VI, da Lei 8.666/93, instruindo as dispensas realizadas.

Outro problema constatado (...) foi o fato de diversas aquisições emergenciais (...) terem ocorrido após mais de 6 meses da assinatura do ato de dispensa fulcrado no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, dispositivo esse que prevê 6 meses, contados da configuração da situação emergencial, como o prazo limite para contratação direta fundada em tal situação.”

Diante desse quadro, a análise técnica do Tribunal sugeriu, entre outras propostas, a tomada das seguintes providências:

i) a determinação para elaboração de um plano de ação com vistas a equacionar as disfunções e as deficiências identificadas no hospital, que estavam comprometendo o cumprimento dos procedimentos exigíveis, estabelecendo planejamento das ações necessárias à realização antecipada de procedimentos licitatórios como forma de permitir a manutenção ou eventuais aprimoramentos dos níveis de estoque ou de disponibilidade de insumos, bens e serviços, conforme aplicável, para o adequado

atendimento das necessidades hospitalares, consoante especificações, quantitativos e fluxos de consumo demandados no exercício;

ii) a determinação para elaboração de um programa continuado de implementação de ações de treinamento e de atualização profissional periódica, que tivesse por objetivo o aprimoramento continuado de competências desempenhadas na área de licitações e contratos do hospital;

iii) a aplicação de multa aos responsáveis pelos atos praticados com grave infração às normas de contratação pública.

Porém, a exemplo do que costuma suceder em outros casos, o Tribunal de Contas da União afastou a aplicação da multa e, entre outras medidas de caráter pedagógico, só cientificou os gestores do hospital a evitarem situações semelhantes, como se as condutas já perpetradas não configurassem ilícitos administrativos e penais.

Neste passo, é preciso sublinhar que o art. 89, da Lei n.º 8.666/1993, vigente ao tempo dos fatos relatados, cominava a pena de detenção de 3 a 5 anos, mais multa, a quem dispensasse ou inexigisse licitação fora das hipóteses legais, ou deixasse de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, bem como que o art. 10, inciso VIII, da Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, enquadrava a dispensa indevida do processo licitatório como ato de improbidade administrativa.

Portanto, sob o nosso prisma, fica claro que o Tribunal de Contas da União labora em erro interpretativo ao ignorar as causas da emergência para o efeito de autorizar a contratação emergencial em casos de desídia administrativa.

E o mais grave: incentiva a falta de planejamento e de profissionalismo da gestão pública, tornando a prestação de serviços, paradoxalmente, mais precária e dispendiosa aos cofres públicos, visto que uma Administração Pública ineficiente onera a população tanto pelos desperdícios como pela maior suscetibilidade à corrupção.

Não se pode negar a existência de urgência mesmo em alguns casos originados em falhas administrativas, nomeadamente quando as aquisições envolvam itens de primeira necessidade, como medicamentos para pacientes crônicos atendidos pelo sistema público de saúde, alimentos destinados à população carcerária etc.

Em diversos casos, é verdade que os danos decorrentes da falta de bens ou serviços podem ser mais gravosos do que o potencial dano ao erário decorrente da aquisição direta para remediar a situação. Contudo, não se pode admitir que a Administração se beneficie

da falha de seus agentes para suprimir a concorrência. Não se pode prestigiar a desídia, a falta de zelo e a negligência em detrimento dos princípios norteadores da Administração.

Muito embora comporte uma grande carga de subjetivismo, a emergência não pode servir como uma palavra mágica que se presta a encobrir a incompetência administrativa por não se ter resolvido oportunamente a questão¹⁵⁰, sob pena de converter-se numa figura normal, dando margem a abusos a pretexto da satisfação de necessidades coletivas.

Por isso, no nosso entender, ao invés de menosprezar a concorrência e de cancelar contratações emergenciais numa postura consequencialista, caberia ao Tribunal de Contas da União, como órgão de controle externo da Administração Pública, agir com maior rigor hermenêutico e deixar ao legislador, inspirado pela doutrina ou pelo Direito comparado, a criação de alternativas legais que possibilitassem a prossecução do interesse público sem o menoscabo à concorrência e aos demais princípios da contratação pública.

Na nossa perspectiva, a solução para este problema deveria passar pela evolução legislativa das regras da contratação pública e, no sentido do aprimoramento do modelo de contratação emergencial brasileiro, poderiam ser avaliadas e aproveitadas experiências do Direito estrangeiro.

Nesta linha, apesar de não ser perfeito e de não estar imune a críticas, o modelo português, espelhado nas regras comunitárias, parece-nos mais racional e adequado quanto à aplicação da excepcionalidade da contratação emergencial em relação ao regime jurídico-regra (concurral), pois prevê mecanismos diferenciados de contratação emergencial de acordo com a modulação da intensidade da urgência.

Entendemos que a doutrina deveria se opor à utilização da contratação emergencial nos casos em que falte a urgência real, decorrente da imprevisibilidade, evitando o seu uso como desculpa para o comodismo de agentes públicos que não querem seguir os ritos e as formalidades dos procedimentos concorrenciais ou como ardil para favorecer determinados operadores do mercado.

Infelizmente, nada disso ocorreu no Brasil.

Pelo contrário, o legislador brasileiro, inspirado na jurisprudência do TCU, em total desprezo pelos princípios da contratação pública, perdeu a oportunidade de aperfeiçoar a contratação emergencial com a aprovação da recentíssima Lei n.º 14.133, de 1º de abril de

¹⁵⁰ Agustín GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Tomo 11, Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2015, p. 716.

2021, que trata da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, e tornou as regras da contratação emergencial ainda mais flexíveis para o caso de emergência fabricada.

Em síntese, a falta de uma postura crítica tanto da doutrina como da jurisprudência resultou no afrouxamento legislativo da contratação emergencial, conforme veremos no tópico a seguir.

3.3. A contratação emergencial prevista no art. 75, inciso VIII, da Lei n.º 14.133/21.

Em meio ao cenário caótico provocado pela pandemia da COVID-19, foi aprovada no Brasil a Lei Federal n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, cujo projeto tramitava há anos no Congresso Nacional e que consiste, em larga medida, numa espécie de consolidação das leis, dos atos normativos infralegais e da jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre licitações e contratos públicos¹⁵¹.

O novo diploma, embora tenha vigência imediata, permite à Administração Pública optar por licitar ou contratar diretamente nos ditames recém-criados ou em conformidade com as leis anteriores, inclusive com a Lei n.º 8.666/1993, durante o prazo de 2 anos, a contar da data de sua publicação. Isto significa que, até o dia 31 de março de 2023, haverá a coexistência dos regimes das Leis n.º 14.133/2021 e 8.666/1993, prazo após o qual este último diploma restará finalmente revogado.

No que pertine ao objeto de estudo, cumpre destacar que o inciso VIII e o § 6º, do art. 75, da Lei n.º 14.133/2021, tratam da dispensa de licitação em casos de emergência ou de calamidade pública, nos seguintes termos:

“Art. 75. É dispensável a licitação:

(...)

VIII - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos 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 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a

¹⁵¹ Joel de Menezes NIEBUHR, *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 2.ª ed. Zênite, Curitiba, 2021, p. 6.

prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;

(...)

§ 6º Para os fins do inciso VIII do *caput* deste artigo, considera-se emergencial a contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade do serviço público, e deverão ser observados os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 desta Lei e adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa à situação emergencial”.

Como se observa no § 6º, a lei considera emergencial a contratação “com objetivo de manter a continuidade do serviço público”, acabando por cancelar a jurisprudência do Tribunal de Contas da União que permite a dispensa de licitação mesmo em situações onde a emergência é provocada por desídia, falta de zelo, incúria ou negligência administrativa.

Assim sendo, muito embora não se enquadrem no pressuposto da imprevisibilidade da emergência, as contratações voltadas a atender necessidades de uso corrente, que já são previamente conhecidas, como as aquisições de materiais de expediente ou contratações de serviços contínuos de limpeza, asseio e conservação, podem ser realizadas diretamente sob a justificativa de prevenir os riscos da interrupção dos serviços.

Em nosso sentir, além de ferir o art. 37 da Constituição¹⁵², que prevê os princípios da Administração, tal preceito contraria o art. 5º do próprio diploma, o qual estabelece que na aplicação da Lei n.º 14.133/2021 serão observados, entre outros, os princípios da eficiência, igualdade, planejamento e competitividade¹⁵³.

Por força da nova lei, o modelo brasileiro normatizou o entendimento de que não é a urgência de atendimento a situações emergenciais que faz prescindir a licitação, mas a mera necessidade administrativa, independentemente da sua causa.

Além de mostrar-se conivente com a falta de planejamento, visto que dispensou os pressupostos da exterioridade e da imprevisibilidade da urgência para fins de contratação

¹⁵² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”

¹⁵³ Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

emergencial, a Lei n.º 14.133/2021 ainda dobrou o prazo máximo dos contratos de 180 dias para 1 ano. Isto é, numa época em que os recursos tecnológicos permitem maior agilidade para a rápida conclusão dos procedimentos licitatórios, o legislador brasileiro, desatento aos deveres da boa administração e eficiência, concedeu aos contratos emergenciais um prazo de duração de um ano, contado da data do surgimento da emergência ou calamidade pública.

Isto implica dizer que, ao invés de considerar as inovações tecnológicas surgidas entre as Leis n.º 8.666/93 e 14.133/2021 e os ganhos de eficiência delas decorrentes para reduzir a duração dos contratos emergenciais, o legislador brasileiro, ignorando a natureza provisória desse tipo de contrato e alheio ao princípio da proporcionalidade, que o limita a duração dos contratos emergenciais ao intervalo equivalente ao estritamente necessário à conclusão dos procedimentos regulares da licitação do mesmo objeto, duplicou o prazo legal, que, na nossa compreensão, já era suficiente.

Como única contrapartida ao aumento do prazo máximo de duração dos contratos emergenciais, a nova lei vedou a sua prorrogação e a recontratação de empresa contratada diretamente com base no disposto no inciso VIII, do art. 75.

Todavia, a proibição da prorrogação dos contratos emergenciais já tinha previsão na Lei n.º 8.666/93 e, mesmo assim, o Tribunal de Contas da União, em diversos julgados, mesmo *contra legem*, a mitigou, manifestando-se favoravelmente à prorrogação.

A novidade, de fato, reside na impossibilidade da recontratação da mesma empresa, visando-se, assim, evitar a perpetuação de contratações emergenciais com a mesma pessoa, tomando-se em conta, também, que o prazo foi ampliado, de 180 dias para 1 ano. Aliás, tal regra é bastante parecida com a prevista no art. 113.º, n.º 2, do CCP, que veda contratações sucessivas com os mesmos operadores econômicos na sequência de ajustes diretos fundados no baixo valor dos contratos.

Na nossa ótica, se a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e a doutrina não tivessem sido tão benevolentes com contratações emergenciais em situações de desídia, o legislador brasileiro poderia ter aprovado ou, no mínimo, discutido um modelo semelhante ao construído Direito português, que reconhece modulações da urgência administrativa e que reserva o ajuste direto apenas para as situações de urgência imperiosa, absoluta, cujos pressupostos, de aplicação rigorosa, proíbem que as entidades adjudicantes se beneficiem

da própria torpeza ou da falta de diligência dos agentes públicos para prescindir dos objetivos da concorrência.

Temos a plena consciência de que inexistem modelo ideal ou infalível de contratação pública, mas parece-nos evidente a distorção provocada no regime de contratação pública brasileiro, em razão da disseminação da contratação emergencial, distorção que, além de contrariar princípios caros à Administração, muitas vezes serve para instrumentalizar gestões corruptas.

Nessa linha de raciocínio, melhor seria se o legislador brasileiro tivesse aproveitado para as situações de emergência fabricada uma solução temporária instituída no regime excepcional de contratação pública aprovado para o enfrentamento da calamidade pública provocada pelo vírus SARS-CoV-2, a saber, o pregão emergencial, modalidade que, por não dispensar completamente a concorrência, seria mais consentânea com os princípios da contratação pública.

No entanto, até que sobrevenha uma nova revisão legislativa que incorpore a ideia de concorrência decrescente de acordo com as modulações da urgência administrativa, o regime brasileiro de contratação pública continuará sendo benevolente com a dispensa da licitação em casos de emergência fabricada.

CAPÍTULO IV – A URGÊNCIA NA PANDEMIA DA COVID-19 E A INEFICIÊNCIA DOS REGIMES COMUNS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

4.1. A pandemia da COVID-19 e o surgimento de um novo paradigma de urgência.

Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde foi notificada pela Comissão Municipal de Saúde de Wuhan, cidade situada na República Popular da China, sobre diversos casos de pneumonias de origem desconhecida. Em menos de uma semana houve a confirmação de um surto epidemiológico do vírus SARS-CoV-2 - uma nova cepa de coronavírus -, o qual motivou a Organização Mundial da Saúde a declarar, no dia 30 de janeiro de 2020, uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), mais alto nível de alerta previsto no regulamento sanitário da Organização.

Com a disseminação global do vírus e o aumento exponencial do número de casos da síndrome respiratória aguda grave denominada COVID-19, no dia 11 de março de 2020, a OMS elevou o estado da contaminação para pandemia, instando todos os países a ativar e ampliar os mecanismos de resposta a emergências, o que envolve os contratos públicos.

No plano da contratação pública, o surgimento da pandemia da COVID-19 inverteu a lógica do mercado da contratação pública - um mercado, em certas áreas, caracterizado como monopsonista ou um *buyer's market* -, fazendo com que os fornecedores assumissem a posição de vantagem negocial em face da repentina competição dos adquirentes públicos por equipamentos hospitalares, medicamentos, máscaras, testes e vacinas que, para além de salvarem vidas, serviriam para preservar a sua legitimidade política junto às respectivas populações¹⁵⁴.

Esse novo quadro, caracterizado pela escassez de produtos e pela alta variação de preços, evidenciou a inadequação e o excesso burocrático na contratação pública no mundo inteiro, inclusive em relação aos regimes emergenciais, que, embora indiscutivelmente mais céleres, continuavam a impor uma série de formalidades e de limitações à atividade administrativa.

Como a contratação pública é fundamental para a prossecução de tarefas públicas e o seu enquadramento deve naturalmente ser adequado às circunstâncias, não tolhendo a

¹⁵⁴ Christopher R. YUKINS e Laurence Folliot LALLION, *COVID-19: Lessons learned in public procurement. Time for a new normal?*, In *Revue des Droits de la Concurrence*, n.º 3, 2020, p. 48.

capacidade de resposta das entidades responsáveis nem criando entraves desnecessários à celebração de contratos¹⁵⁵, em face da demonstração de clara ineficiência dos regimes de contratação pública, foram aprovadas regimes excepcionais mais céleres e simples para a adjudicação dos contratos necessários ao combate à pandemia.

Contudo, se, de um lado, a criação de instrumentos que permitem respostas rápidas à crise sanitária tornou a Administração mais eficiente, de outro, a redução de formalidades legais e a aceleração do tempo de resposta administrativa aumentou os riscos de má gestão, de desperdícios e de corrupção.

Por isso, as inovações produzidas nos regimes excepcionais de contratação pública para enfrentar a urgência desencadeada pelo surto epidemiológico do vírus SARS-CoV-2 oferecem uma ótima chance, do ponto de vista do Direito dos Contratos Públicos, para a reavaliação dos procedimentos de contratação emergencial em Portugal e no Brasil.

4.2. A aprovação do regime excepcional de contratação pública em Portugal.

Reconhecendo-se que Portugal não estava imune à crise de saúde internacional, em 13 de março de 2020, foi declarado estado de alerta, nos termos do disposto na alínea a), do n.º 1, do art. 8.º, da LBPC e, no mesmo dia, foi aprovado o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, que estabeleceu medidas excepcionais relativas à situação epidemiológica do novo coronavírus – COVID-19.

Além disso, devido à súbita evolução do contágio, o Presidente da República, pela primeira vez após a Constituição de 1976, mobilizou a figura do estado de emergência¹⁵⁶, dotando a Administração Pública de poderes excepcionais para aplicar medidas transitórias

¹⁵⁵ Maria João ESTORNINHO, *COVID-19: (novos) desafios e (velhos) riscos na contratação pública*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano LXI, número I, 2020, p. 510.

¹⁵⁶ Segundo Ana Raquel Gonçalves MONIZ, o cenário da pandemia evidenciou a necessidade de distinção entre situações de normalidade e de exceção, ou, numa outra perspectiva, entre o direito da normalidade e o da crise. Neste sentido, a autora acrescenta que o combate a pandemia da COVID-19 conduziu a instrumentos jurídicos de excepcionalidade, quer do estado constitucional de exceção (como sucedeu com o estado de emergência), quer dos estados de exceção administrativos (especiais), que consubstanciaram a legalização de atuações que seriam inválidas se praticadas sob outro circunstancialismo. Todavia, ainda na visão da autora, a mobilização destes instrumentos demonstrou que, em parte, o ordenamento português não dispunha de mecanismos totalmente adequados para reagir a uma crise pandémica e que, noutra parte, a respectiva convocação ou aplicação prática originou dúvidas de constitucionalidade. Cf. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Promoção da saúde pública e proteção dos direitos fundamentais: a COVID-19 à luz das repercussões jurídico-constitucionais e jurídico-administrativas em Portugal*, in Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, Brasília, 2021, p. 188 e segs.

e extraordinárias de restrição de liberdades e direitos fundamentais, sobretudo os de circulação e de reunião¹⁵⁷.

Em virtude da urgência na aquisição de bens e serviços para a prevenção, avaliação de casos suspeitos, tratamento dos sintomas e complicações associadas à COVID-19, foi instituído um regime excepcional de contratação pública pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020, simplificando a formação dos contratos relacionados com a pandemia¹⁵⁸.

Entendemos que a necessidade de aprovação desse novo regime excepcional, cujas particularidades serão analisadas mais à frente, atestou a necessidade de aprimoramento da *preparedness* do ajuste direto previsto no art. 24.º, n.º 1, c), do CCP e a obsolescência do regime previsto no art. 28.º da LBPC.

De um lado, a aplicação do art. 24.º, n.º 1, c), do CCP, mostrou-se inapropriada para um quadro de concorrência generalizada em que os fornecedores não estavam dispostos a esperar uma série de formalidades para a efetiva validade e eficácia da contratação. E, do outro, o art. 28.º da LBPC, que deveria funcionar como um regime especial de contratação pública em situações de calamidade, novamente foi ignorado porque o seu âmbito objetivo de aplicação é muito restrito.

4.2.1. O regime excepcional instituído pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

¹⁵⁷ Por força do Decreto n.º 14-A/2020, ficou parcialmente suspenso o exercício dos seguintes direitos: a) direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional; b) propriedade e iniciativa económica privada; c) direitos dos trabalhadores; d) circulação internacional; e) direito de reunião e de manifestação; f) liberdade de culto, na sua dimensão coletiva; e g) direito de resistência.

¹⁵⁸ É válido ressaltar que tal medida legislativa não representou uma completa novidade no Direito português. Para José Duarte COIMBRA, Marco CALDEIRA e Tiago SERRÃO, se existe uma regra nas situações de exceção na ordem jurídica portuguesa, ela consiste na aprovação de regimes legais avulsos e casuísticos que permitem às entidades adjudicantes o recurso a mecanismos de contratação mais céleres para a aquisição dos bens e serviços necessários a fazer face a cenários de emergência ou de calamidade. Como exemplos de regimes avulsos de contratação pública, os citados autores assinalam: *i*) o DL n.º 87/2017, de 27 de julho, relacionado com os danos causados pelos incêndios florestais ocorridos nos municípios de Castanheira de Pera, Figueiró dos Vinhos, Góis, Pampilhosa da Serra, Pedrógão Grande, Penela e Sertão; *ii*) o DL n.º 135-A/2017, de 2 de novembro, relacionado com os danos causados pelos incêndios florestais ocorridos nos municípios de Aveiro, Braga, Bragança, Castelo Branco, Coimbra, Guarda, Leiria, Lisboa, Porto, Santarém, Viana do Castelo, Vila Real e Viseu; *iii*) o DL n.º 70/2018, de 30 de agosto, relacionado com os danos causados pelos incêndios florestais ocorridos nos municípios de Monchique, Silves, Portimão e Odemira; *iv*) o DL n.º 85/2018, de 25 de outubro, relacionado com os danos causados pelo furacão *Leslie*, que atingiu, nos dias 13 e 14 de outubro de 2018, os distritos de Aveiro, Coimbra, Leiria e Viseu; e *v*) o DL n.º 168/2019, de 29 de novembro, relacionado com os danos causados pelo furacão Lorenzo, que atingiu, nos dias 1 e 2 de outubro de 2019, a Região Autónoma dos Açores. Cf. José Duarte COIMBRA; Marco CALDEIRA; Tiago SERRÃO, *Direito administrativo da emergência: organização administrativa, procedimento administrativo, contratação pública e processo administrativo na resposta à COVID-19*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 62-63.

Em virtude da COVID-19, o legislador português aprovou o regime excepcional do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, reconhecendo a pandemia provocada pelo SARS-CoV-2 como um evento imprevisível e não imputável às entidades adjudicantes, com o objetivo de facilitar o recurso ao ajuste direto previsto no art. 24.º, n.º 1, c), do CCP. Além disso, houve o alargamento do âmbito de aplicação do ajuste direto simplificado nos contratos relacionados com a crise sanitária¹⁵⁹.

Por se tratar de um regime aprovado em resposta a um evento específico, o DL n.º 10-A/2020 exigiu o nexo de causalidade entre a contratação e a pandemia, sendo aplicável tanto aos contratos relacionados com a prevenção, a contenção, a mitigação e o tratamento da infecção por COVID-19, como com a reposição da normalidade pós-pandemia (art. 1.º, n.º 2).

Neste sentido, o regime do DL n.º 10-A/2020 não se resumiu às prestações ligadas à saúde, até porque o confinamento da população, a suspensão de atividades económicas, a imposição de aulas e trabalho remotos, entre outras medidas impostas pelo governo para impedir o contágio pelo patógeno SARS-CoV-2, exigiram providências urgentes em outras áreas.

Basta pensar, na área da educação pública, na necessidade de aquisição urgente de equipamentos informáticos ou de *softwares* para a realização de aulas remotas. Ou no setor dos transportes, da aquisição de materiais para a separação física entre os condutores e os passageiros. Ou ainda, na área de proteção social, da contratação de serviços logísticos necessários à operacionalização de apoios sociais e auxílios a famílias com perda de rendimentos ou a segmentos economicamente mais vulneráveis.

Portanto, quaisquer contratos de empreitadas de obras, de locação ou de aquisição de bens móveis e de serviços que tenham relação de causalidade com a pandemia, ainda que indireta, submetem-se aos ditames do DL n.º 10-A/2020¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Tal regime excepcional entrou em vigor no dia 14 de março de 2020, mas os seus efeitos retroagiram a 12 de março, data da sua aprovação pelo Conselho de Ministros Cf. Arts. 36.º e 37.º.

¹⁶⁰ Na nossa visão, esse entendimento foi reforçado com a edição do DL n.º 10-E/2020, de 24 de março, que estendeu o âmbito subjetivo de aplicação do regime excepcional a todas as entidades adjudicantes previstas no art. 2.º, do CCP. Antes dessa reforma legislativa, a delimitação do âmbito subjetivo de aplicação do regime excepcional do DL n.º 10-A/2020 foi objeto de fortes críticas doutrinárias, especialmente de Pedro Costa Gonçalves e Licínio Lopes Martins, em função da redação original do art. 1.º, n.º 3, que estabelecia que as medidas excepcionais previstas nos capítulos II e III eram aplicáveis às entidades do setor público empresarial e do setor público administrativo, bem como, com as necessárias adaptações, às autarquias locais. Cf. Pedro Costa GONÇALVES e Licínio Lopes MARTINS, *Regime excecional de contratação pública no âmbito da epidemia da doença do COVID-19: Breve comentário ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, ratificado pela Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, observatório Almedina, 23.03.2020*,

Obviamente, por se tratar de um regime excepcional, a sua utilização é temporária e limitada à reposição da normalidade em sequência da pandemia da COVID-19. Na prática, o DL n.º 10-A/2020 terá vigência por prazo indeterminado e caducará num estágio em que não mais persistam urgências imperiosas em resposta à pandemia¹⁶¹.

4.2.2. O ajuste direto por motivos de urgência imperiosa no Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

A primeira grande medida operada pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020 foi enquadrar a pandemia da COVID-19 como pressuposto legal para o efeito de habilitar o ajuste direto por motivos de urgência imperiosa.

Neste sentido, o art. 2.º, n.º 1, do DL n.º 10-A/2020, estabeleceu que:

“Para o efeito de escolha do procedimento do ajuste direto para a celebração de contratos de empreitada de obras públicas, de contratos de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, independentemente da natureza da entidade adjudicante, aplica-se o disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua redação atual, na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa”.

Entretanto, a interpretação deste preceito suscitou questionamentos.

Uma dúvida logo levantada pela doutrina consistia em saber se a remissão ao art. 24.º, n.º 1, c), CCP significava a presunção do preenchimento automático de todos os seus pressupostos nos contratos relacionados com a pandemia da COVID-19 ou se, pelo contrário, importava tão somente a presunção de que a pandemia era um acontecimento imprevisível e inimputável às entidades adjudicantes, reclamando, pois, a verificação dos demais pressupostos estabelecidos para o recurso ao ajuste direto.

disponível online. Porém, em face da ampliação do âmbito subjetivo promovida pelo DL n.º 10-E/2020, de 24 de março, concordamos com o entendimento de Pedro Fernández Sánchez, que sustenta que a aplicação das medidas excepcionais não tem propriamente um âmbito subjetivo, visto que qualquer entidade adjudicante pode dele se beneficiar em virtude do nexo do contrato que pretenda celebrar em face do âmbito objetivo fixado no art. 1.º, n.º 2, do DL n.º 10-A/2020.

¹⁶¹ A inexistência da delimitação taxativa do marco final de aplicação do DL n.º 10-A/2020, segundo Maria João ESTORNINHO, não deve abrir a porta para contratos a celebrar em período pós-crise sanitária nem, sob pena de fraude à lei, a introdução de prazos alargadíssimos ou indefinidos. Cf. Maria João ESTORNINHO, *ob. cit.*, p. 515.

Para Pedro Fernández Sánchez, o legislador, confrontando-se com as dificuldades práticas que as entidades adjudicantes sentiriam ao utilizarem essa cláusula para aquisições cruciais para o país, mais do que reproduzir a solução prevista no art. 24.º, n.º 1, c) do CCP e do que informar os decisores públicos sobre uma alternativa procedimental de que eles já dispunham, tentou sugerir que a subsunção dos contratos ao âmbito de aplicação do art. 1.º do DL n.º 10-A/2020 já satisfaria imediatamente, por mero efeito legal, a demonstração dos pressupostos previstos na alínea c), do n.º 1, do art. 24.º do CCP¹⁶².

Diferentemente, Miguel Assis Raimundo acentuou que a remissão à norma do CCP não significava a subsunção automática dos contratos relacionados à pandemia ao art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP, defendendo que o preenchimento dos pressupostos do ajuste direto por motivos de urgência imperiosa deveria ser aferido casuisticamente em cada contrato¹⁶³.

José Duarte Coimbra, Marcos Caldeira e Tiago Serrão, por seu turno, asseveraram que se o legislador tivesse se limitado à remissão ao art. 24.º, n.º 1, c) do CCP, não haveria dúvidas de que seria permitida a celebração de todos os contratos relacionados com a COVID-19 por ajuste direto, com fundamento na urgência imperiosa¹⁶⁴. Sem embargo, por conta do acréscimo da parte final do dispositivo¹⁶⁵, consideram que o regime do DL n.º 10-A/2020 não promoveu a presunção automática do preenchimento dos pressupostos do art. 24.º, n.º 1, c) do CCP, mas apenas a qualificação da pandemia da COVID-19 como um acontecimento imprevisível e não imputável às entidades adjudicantes, cabendo a estas demonstrarem, nos casos concretos, o preenchimento dos demais pressupostos, sobretudo a impossibilidade de espera pelos prazos dos demais procedimentos pré-contratuais¹⁶⁶.

Do mesmo modo, Pedro Matias Pereira interpretou a remissão ao regime do CCP como o reconhecimento ou a presunção, legal e geral, de que parte dos pressupostos do art. 24.º, n.º 1, c) do CCP se encontrava preenchida concretamente, a saber:

- i) que os acontecimentos que justificavam a necessidade de contratação de bens, serviços ou obras necessários à prevenção, contenção, mitigação e tratamento da

¹⁶² Pedro Fernández SÁNCHEZ, *Medidas Excepcionais de Contratação Pública para resposta à pandemia causada pela COVID-19*, in COVID-19 e o Direito, org. Inês Fernandes Godinho e Miguel Osório de Castro, 1.ª Edição: Edições Universitárias Lusófonas, Lisboa, p. 53.

¹⁶³ Miguel Assis RAIMUNDO, *COVID-19 e contratação pública: o regime excepcional do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março*, in Revista da Ordem dos Advogados. Ano 80, I/II, Lisboa, 2020, pp. 186-187.

¹⁶⁴ José Duarte COIMBRA; Marco CALDEIRA; Tiago SERRÃO, *ob. cit.*, pp. 80-81.

¹⁶⁵ Que dispõe que o art. 24.º, n.º 1, c), do CCP se aplica na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa.

¹⁶⁶ José Duarte COIMBRA; Marco CALDEIRA; Tiago SERRÃO, *ob. cit.*, pp. 80-81.

infecção epidemiológica e a recuperação subsequente são (ou eram) imprevisíveis para cada uma das entidades adjudicantes;

ii) que esses mesmos acontecimentos e a conseqüente necessidade de célere contratação dos bens, serviços ou obras não decorria de fatos imputáveis às entidades adjudicantes; e

iii) que a prioridade na contratação desses bens, serviços ou obras, associada à necessidade de assegurar a disponibilidade de produtos essenciais num quadro de uma generalizada e acrescida procura a nível mundial destes produtos num contexto de diminuição de produção e constrangimentos à circulação dos bens traduzia-se na impossibilidade de cumprimento dos prazos inerentes aos demais procedimentos, que se tornaram imprestáveis para o cumprimento de tal desiderato¹⁶⁷.

Em nossa perspectiva, de fato, as entidades adjudicantes não estão habilitadas, *ope legis*, a utilizar o ajuste direto para celebração de quaisquer contratos relacionados com a COVID-19, mas só, se e quando ficarem comprovados os pressupostos legais da urgência imperiosa e da limitação do objeto contratual ao estritamente necessário, pois o objetivo da redação do n.º 1, do art. 2.º, do DL n.º 10-A/2020 foi o de facilitar o enquadramento da crise pandêmica no pressupostos do ajuste direto, presumindo a presença da imprevisibilidade e da exterioridade da urgência.

Sob o nosso ângulo, apesar da ampla repercussão global das notícias do surto epidemiológico do novo coronavírus na China e da sua veloz disseminação para o norte da Itália e para outras partes do mundo, as necessidades específicas da Administração Pública, no contexto pandêmico, não podiam ser totalmente previstas pelas entidades adjudicantes.

Nessa linha, aliás, a própria Comissão Europeia, na Comunicação 2020/C 108 I/01, de 1 de abril de 2020, declarou que a crise provocada pela COVID-19 constituiu uma urgência imprevisível, pois o número de doentes que necessitavam de tratamento médico e hospitalar aumentava diariamente, bem como que o seu surgimento e o seu desenvolvimento deviam ser considerados imprevisíveis para qualquer autoridade adjudicante.

Assim, por mais que fosse possível prever, com base na história, que pandemias de doenças respiratórias ocorrem com certa frequência ou mesmo saber com alguns meses de antecedência que o vírus chegaria em Portugal, não havia como definir com exatidão todos

¹⁶⁷ Pedro Matias PEREIRA, *ob. cit.*, pp. 202-203.

os suprimentos que seriam necessários a enfrentar a crise sanitária, tampouco seria racional do ponto de vista financeiro aprovisionar medicamentos, insumos ou equipamentos de alto custo em quantidades definidas fora de uma estimativa lógica¹⁶⁸.

Do mesmo modo, não havia como atribuir às entidades adjudicantes qualquer responsabilidade pelo surgimento de um quadro de emergência decorrente de um vírus surgido no outro lado do globo, cujos efeitos nocivos eram até então desconhecidos pelas autoridades sanitárias.

Logo, a pandemia gerou um notório e indiscutível quadro de emergência de saúde pública, requerendo a adoção urgente de medidas excepcionais para fazer face à situação epidemiológica e às suas consequências sociais.

Portanto, na nossa avaliação, o legislador agiu bem ao qualificar a pandemia como um acontecimento imprevisível e não imputável às entidades adjudicantes, facilitando a celebração de quaisquer contratos relacionados com a COVID-19, mas só, se e quando comprovados os pressupostos da urgência imperiosa e da limitação do objeto contratual ao estritamente necessário.

Contudo, se num primeiro momento era certa e inquestionável a imprevisibilidade das circunstâncias ensejadoras da urgência, com o prolongamento da crise em virtude do surgimento de variantes do SARS-CoV-2, é discutível a imprevisibilidade no atual estágio da crise, bem como na fase de retorno à normalidade.

Sobre este ponto, pensamos que, a esta altura dos fatos, o grau de exigência quanto à qualificação das circunstâncias como imprevisíveis deve ser bem mais rigoroso, máxime porque já transcorreu tempo suficiente para contratações através de soluções mais estáveis.

No entanto, parece-nos que a crise de abastecimento e as incertezas com relação à eficácia dos procedimentos concursais subsequentes aos ajustes diretos podem recomendar a mitigação deste pressuposto em nome do interesse público, permitindo-se, desse modo, a aquisição dos suprimentos necessários à demanda imediata com alguma folga para cobrir eventuais riscos de escassez no mercado.

4.2.3. O alargamento do âmbito de utilização do ajuste direto simplificado no Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

¹⁶⁸ Miguel Assis RAIMUNDO, *ob. cit.*, pp. 183-184.

Para além da remissão expressa ao art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP, medida que só facilitaria a comprovação do preenchimento dos pressupostos autorizativos do ajuste direto por motivo de urgência imperiosa, o regime excepcional instituído pelo DL n.º 10-A/2020, visando à aceleração procedimental, dispensou uma série de formalidades legais através do alargamento do âmbito de utilização do ajuste direto simplificado previsto no art. 128.º e seguintes do CCP.

Em primeiro lugar, o art. 2.º, n.º 2, do DL n.º 10-A/2020 quadruplicou o limite de valor em relação ao ajuste direto simplificado de contratos de aquisição ou locação de bens móveis e de aquisição de serviços comnexo de causalidade com a pandemia da COVID-19, passando de 5.000 EUR para 20.000 EUR.

A par disso, com o escopo de eliminar qualquer formalidade prévia à contratação pública de bens e serviços de primeira linha do combate à infecção da COVID-19, o DL n.º 18/2020, de 23 de abril, acrescentou no art. 2.º-A, no DL n.º 10-A/2020 um novo regime de ajuste direto simplificado sem limitação de valor. Ou seja, pela primeira vez no Direito português foi permitido o recurso ao procedimento do ajuste direto simplificado com base unicamente no critério material da urgência imperiosa.

No sumário do DL n.º 18/2020, o legislador português justificou que a proliferação dos casos de contágio e a imprevisibilidade quanto ao termo final da pandemia continuava a impor medidas extraordinárias que garantissem às entidades públicas e, designadamente, às entidades prestadoras de cuidados de saúde do SNS, a disponibilização com a máxima celeridade possível de bens necessários à prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infeção epidemiológica por COVID-19 e, bem assim, à reposição da normalidade na sequência da mesma. Ademais, assinalou que as novas regras criadas pelo regime excepcional ainda não eram totalmente adequadas às exigências do mercado internacional e ao próprio contexto de disponibilidade escassa de equipamentos e de forte concorrência entre países no acesso a fornecedores.

Diante disso, com a edição do DL n.º 18/2020, o legislador português autorizou no art. 2.º-A, n.º 1, a utilização do procedimento do ajuste direto simplificado para uma lista delimitada de bens, equipamentos e serviços, nos seguintes termos:

“1 - Pode ser, excecionalmente, adotado, na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa, devidamente fundamentada, e independentemente do preço contratual e até ao limite do cabimento orçamental, o

regime do procedimento de ajuste direto simplificado previsto no artigo 128.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua redação atual, para a celebração de contratos cujo objeto consista na aquisição de equipamentos, bens e serviços necessários à prevenção, contenção, mitigação e tratamento de infeção por SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, ou com estas relacionados, designadamente:

- a) Equipamentos de proteção individual;
- b) Bens necessários à realização de testes à COVID-19;
- c) Equipamentos e material para unidades de cuidados intensivos;
- d) Medicamentos, incluindo gases medicinais;
- e) Outros dispositivos médicos;
- f) Serviços de logística e transporte, incluindo aéreo, relacionados com as aquisições, a título oneroso ou gratuito, dos bens referidos nas alíneas anteriores, bem como com a sua distribuição a entidades sob tutela do membro do Governo responsável pela área da saúde ou a outras entidades públicas ou de interesse público às quais se destinem”.

Distinguindo-se do largo âmbito subjetivo de aplicação das demais medidas do DL n.º 10-A/2020, que beneficia a todas as entidades adjudicantes previstas no art. 2.º, do CCP, o regime excepcionalíssimo do ajuste direto por motivos de urgência imperiosa, sem limite de valor, foi limitado a um número reduzido de entidades, a saber:

- i) a Direcção-Geral da Saúde;
- ii) a Administração Central do Sistema de Saúde, I. P.;
- iii) o Instituto Nacional de Saúde Dr. Ricardo Jorge, I. P.; e
- iv) e os Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, E.P.E., relativamente a bens que se destinariam a entidades sob tutela do membro do Governo responsável pela área da saúde.

Da mesma forma que o regime do ajuste direto simplificado para contratos de baixo valor relacionados com a pandemia (art. 1.º, n.º 2), a norma do art. 2.º-A, n.º 1, do DL n.º 10-A/2020 afastou diversas limitações e exigências consagradas no CCP, entre as quais se destacam:

- i) os impedimentos à contratação por ajuste direto previstos nos n.º 2 e 5 do art. 113.º do CCP¹⁶⁹, referentes à contratação reiterada do mesmo operador económico ou à contratação de entidades que realizaram prestações gratuitas em benefício da entidade adjudicante, no espaço de 3 anos económicos (arts. 2.º, n.º 3, e 2.º-A, n.º 4);
- ii) a preferência de consulta prévia prevista no art. 27.º-A do CCP¹⁷⁰ em relação ao ajuste direto, tornando permissível à entidade adjudicante a contratação de qualquer operador predeterminado (arts. 2.º, n.º 3, e 2.º-A, n.º 4)¹⁷¹;
- iii) as limitações previstas no art. 292.º do CCP¹⁷² quanto ao adiantamento do preço, nomeadamente o limite de 30% do preço contratual, sempre que estiver em

¹⁶⁹ Art. 113.º (...)

2 - Não podem ser convidadas a apresentar propostas, entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de consulta prévia ou ajuste direto adotados nos termos do disposto nas alíneas c) e d) do artigo 19.º e alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 20.º, consoante o caso, propostas para a celebração de contratos cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas.

(...)

5 - Não podem igualmente ser convidadas a apresentar propostas entidades que tenham executado obras, fornecido bens móveis ou prestado serviços à entidade adjudicante, a título gratuito, no ano económico em curso ou nos dois anos económicos anteriores, exceto se o tiverem feito ao abrigo do Estatuto do Mecenato.

¹⁷⁰ O art. 27.º-A do CCP, que estabelecia que nas situações previstas nos artigos 24.º a 27.º, devia adotar-se o procedimento de consulta prévia sempre que o recurso a mais de uma entidade fosse possível e compatível com o fundamento invocado para a adoção deste procedimento, foi posteriormente revogado pelo art. 26.º da Lei n.º 30/2021, que entrou em vigor a partir de 20 de junho de 2021.

¹⁷¹ A propósito, Pedro Matias PEREIRA afirma que a disposição, embora clarificadora, é desnecessária uma vez que a urgência imperiosa já se revela um fundamento de recurso ao ajuste direto incompatível com a adoção de um procedimento de consulta prévia que, pela sua maior complexidade e potencial conflito entre concorrentes, colocará em causa, na grande maioria dos casos, os interesses subjacentes ao reconhecimento da situação de urgência imperiosa. Cf. Pedro Matias PEREIRA, *ob. cit.*, p. 204.

¹⁷² Art. 292.º 1 - No caso de contratos que impliquem o pagamento de um preço pelo contraente público, este pode efectuar adiantamentos de preço por conta de prestações a realizar ou de actos preparatórios ou acessórios das mesmas quando: a) O valor dos adiantamentos não seja superior a 30 % do preço contratual; e b) Seja prestada caução de valor igual ou superior aos adiantamentos efectuados, sendo aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 88.º e 90.º 2 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, no caso de a despesa inerente ao contrato se realizar em mais de um ano económico, o contraente público só pode efectuar adiantamentos de preço quando, até ao final do ano económico no qual são efectuados os adiantamentos, sejam realizadas prestações ou praticados actos preparatórios ou acessórios das mesmas de montante igual ou superior aos valores adiantados. 3 - Em casos excepcionais, podem ser efectuados adiantamentos sem que estejam reunidas as condições previstas nos números anteriores, mediante decisão fundamentada do órgão competente para autorizar a correspondente despesa. 4 - Em qualquer caso, só são admitidos adiantamentos contratualmente previstos, não podendo as partes, durante a fase de execução contratual, acordar em regime de pagamentos que implique a realização de adiantamentos inicialmente não previstos, salvo havendo fundamento de modificação do contrato que justifique uma alteração de tal regime e desde que sejam respeitados os limites previstos no presente Código. 5 - Na falta de estipulação contratual, os adiantamentos são imputados aos pagamentos contratualmente previstos. 6 - Os termos concretos da imputação a que se refere o número anterior, incluindo a aplicação das fórmulas que sejam julgadas relevantes, devem ser fixados no contrato.

causa a garantia da disponibilização dos bens e serviços por parte do operador econômico (arts. 2.º, n.º 6, e 2.º-A n.º 4);

iv) as limitações quanto à produção de efeitos dos contratos, que passam a ser produzidos imediatamente após a adjudicação, independentemente da redução do contratos a escrito (cfr. arts. 2.º, n.º 5 e 2.º-A n.º 4), antes do visto ou da declaração de conformidade do Tribunal de Contas, designadamente quanto aos pagamentos a que derem causa (art. 2.º, n.º 8)¹⁷³.

v) a exigência de autorização prévia para a exceção para a aquisição centralizada de bens ou serviços abrangidos por um acordo-quadro por parte de uma entidade vinculada ao Sistema Nacional de Compras Públicas (art. 2.º, n.º 7);

vi) a exigência dos documentos de habilitação previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 81.º do CCP¹⁷⁴, inclusive para efeito de pagamentos, sem prejuízo de a entidade adjudicante os poder pedir a qualquer momento (art. 2.º, n.º 9); e

vii) a exigência da prestação da caução (art. 2.º, n.º 10).

Muito embora dispensada como condição de eficácia contratual, a publicitação foi preservada para o escrutínio das decisões de adjudicação, prevenindo, assim, conflitos de interesses e situações de favorecimento ou de corrupção¹⁷⁵. Neste sentido, as adjudicações realizadas ao abrigo do regime excepcional tiveram de ser obrigatoriamente comunicadas

¹⁷³ Segundo o art. 45.º n.º 1, da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, nenhum ato, contrato ou instrumento jurídico sujeito à fiscalização prévia do Tribunal de Contas pode ser executado ou originar qualquer pagamento antes do visto ou da declaração de conformidade, salvo quando lhe sejam atribuídos efeitos retroativos nos termos da lei e do disposto nos números seguintes. Todavia, o n.º 2 já permite a produção de todos os seus efeitos antes do visto, exceto o pagamento do respectivo preço, nos contratos de aquisição de bens ou de serviços, em caso de manifesta urgência declarada em despacho fundamentado pela entidade com competência originária para autorizar a respectiva despesa;

¹⁷⁴ Art. 81.º 1 - Nos procedimentos de formação de quaisquer contratos, o adjudicatário deve apresentar os seguintes documentos de habilitação: a) Declaração do anexo *ii* ao presente Código, do qual faz parte integrante; b) Documentos comprovativos de que não se encontra nas situações previstas nas alíneas b), d), e) e h) do n.º 1 do artigo 55.º 2 - A habilitação, designadamente a titularidade de alvará e certificado de empreiteiro de obras públicas, bem como o modo de apresentação desses documentos, obedece às regras e termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área das obras públicas. 3 - (Revogado.) 4 - (Revogado.) 5 - (Revogado.) 6 - (Revogado.) 7 - (Revogado.) 8 - O órgão competente para a decisão de contratar pode sempre solicitar ao adjudicatário, ainda que tal não conste do convite ou do programa do procedimento, a apresentação de quaisquer documentos comprovativos da titularidade das habilitações legalmente exigidas para a execução das prestações objeto do contrato a celebrar, fixando-lhe prazo para o efeito. 9 - Nos casos em que o valor do contrato a celebrar determine a sua sujeição a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, o órgão competente para a decisão de contratar deve solicitar ao adjudicatário a apresentação de um plano de prevenção de corrupção e de infrações conexas, salvo se este for uma pessoa singular ou uma micro, pequena ou média empresa, devidamente certificada nos termos da lei. 10 - O adjudicatário não tem de apresentar os documentos previstos na alínea b) do n.º 1 se estiver registado no Portal Nacional de Fornecedores do Estado

¹⁷⁵ Maria João ESTORNINHO, *ob. cit.*, p. 517.

pelas entidades adjudicantes aos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pela respectiva área setorial e publicitadas no Portal dos Contratos Públicos (Portal BASE).

Assim, a regra de publicitação dos contratos a que se reporta o art. 127.º, do CCP foi substituída por uma regra específica de publicitação das adjudicações públicas, que inclui a fundamentação para a adoção do procedimento do ajuste direto simplificado por motivos de urgência imperiosa.

Neste particular, é válido dizer que “a transparência dos processos de contratação pública é a garantia de que os eventuais atentados às determinações legais e aos princípios da concorrência e da igualdade virão à luz do dia e de que não ficarão ocultos sob o manto do secretismo”¹⁷⁶.

Além do mais, como salientado por Maria João Estorninho, o fato de o ajuste direto ser um procedimento restrito não o converte em “sinônimo de procedimento secreto. Antes pelo contrário, quanto menos aberto à concorrência é o procedimento, maiores devem ser as cautelas que rodeiam a sua celebração, nomeadamente no que diz respeito à publicitação, para que o carácter fechado do procedimento não signifique qualquer atropelo a princípios como a imparcialidade ou a prossecução do interesse público”¹⁷⁷.

Por fim, é necessário ressaltar que, apesar de estarem isentos de fiscalização prévia, os contratos celebrados ao abrigo do regime excepcional devem ser remetidos ao Tribunal de Contas no prazo de até 30 dias após a respectiva celebração, para efeito de fiscalização concomitante ou sucessiva¹⁷⁸.

4.3. O regime excepcional de contratação pública no Brasil.

No Brasil, na sequência da declaração da ESPII pela OMS, o Ministério da Saúde, no dia 03 de fevereiro de 2020, declarou a Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), por intermédio da Portaria GAB/MS n.º 188/2020.

¹⁷⁶ Mário Esteves de OLIVEIRA e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 222.

¹⁷⁷ Maria João ESTORNINHO, *ob. cit.*, p. 401.

¹⁷⁸ Por força da Resolução n.º 1, de 15 de abril de 2020, do Plenário do Tribunal de Contas, a remessa dos processos para fiscalização prévia ao TdC, bem como de outros elementos com eles relacionados, deve ser realizada exclusivamente por meios eletrónicos, mediante requerimento formulado em mensagem de correio eletrónico enviada para o endereço econtas-visto@tcontas.pt.

Embora a legislação já admitisse a contratação direta em casos de emergência ou calamidade pública com base no art. 24, IV, da Lei n.º 8.666/93, no dia 06 de fevereiro, o Presidente da República sancionou a Lei n.º 13.979/2020, cujo art. 4.º instituiu uma nova e especializada hipótese de contratação emergencial de bens, insumos e serviços destinados ao enfrentamento da crise de saúde pública durante a ESPII, com a seguinte redação:

“Art. 4º Fica dispensada a licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.

§ 1º A dispensa de licitação a que se refere o *caput* deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

§ 2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (*internet*), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.”

Como o cenário era de transformação constante, não demorou muito até ser editada a Medida Provisória n.º 926/2020¹⁷⁹, de 20 de março, que, com o objetivo de minimizar os riscos à vida e à saúde pública, alterou profundamente o regime criado no art. 4.º da Lei n.º 13.979/2020, acrescentando os arts. 4.º-A a 4.º-I.

A primeira medida introduzida pela MP n.º 926/2020 foi a inclusão da contratação de serviços de engenharia entre os casos de dispensa de licitação, visto que o atendimento da situação emergencial demandava a instalação e a montagem de estruturas físicas para a ampliação de leitos hospitalares, diagnóstico de pacientes e para a vacinação da população. Sem embargo, tal disposição não englobou a possibilidade de contratação emergencial para obras de engenharia, que, se necessárias, continuariam sujeitas aos ditames do art. 24, IV, da Lei n.º 8.666/93.

Além disso, diante do aumento da demanda global e da escassez de bens e produtos específicos do setor da saúde durante a pandemia, a MP n.º 926/2020 incluiu no art. 4º-A, da Lei n.º 13.979/2020 a inédita possibilidade da aquisição urgente de bens e equipamentos

¹⁷⁹ A Medida Provisória n.º 926/2020 foi convertida na Lei Federal n.º 14.035, de 11 de agosto de 2020.

usados, desde que os seus fornecedores se responsabilizassem pelas plenas condições de uso e de funcionamento dos objetos contratados.

Não obstante, considerando a situação de emergência e com o escopo de promover a radical desburocratização procedimental da contratação emergencial, a MP n.º 926/2020 estabeleceu, taxativamente, que todos os pressupostos da dispensa de licitação presumiam-se preenchidos, conforme se extrai da redação do art. 4.º-B, abaixo transcrito:

“Art. 4.º-B. Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se comprovadas as condições de:

I – ocorrência de situação de emergência;

II – necessidade de pronto atendimento da situação de emergência;

III – existência de risco à segurança de pessoas, de obras, de prestação de serviços, de equipamentos e de outros bens, públicos ou particulares; e

IV – limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.”

Com isso, o legislador reconheceu que a Administração estava perante um quadro de inédita excepcionalidade e tornou desnecessária qualquer demonstração de risco produzido em função da demora na formalização da licitação, liberando os agentes públicos do ônus de comprovar os pressupostos da contratação emergencial nos casos concretos.

Para além de simplificar e, por conseguinte, de acelerar o tempo da formação dos contratos públicos, tais presunções tiveram o objetivo subjacente de conceder aos agentes públicos uma maior tranquilidade no desempenho das atividades pré-contratuais, evitando hesitações quanto à configuração de cada um dos pressupostos da dispensa de licitação e, assim, que instruções processuais demoradas causassem riscos à saúde coletiva ou à vida dos cidadãos.

Ao lado dos aspectos relacionados à dispensa de licitação, com a redação incluída pela MP n.º 926/2020, a Lei n.º 13.979/2020 simplificou ainda mais a fase preparatória das contratações públicas, dispensando a elaboração de estudos preliminares para aquisição de bens e serviços comuns, assim como admitindo a apresentação de termo de referência e projeto básico simplificados em contratos vinculados à pandemia.

Paralelamente, à vista da forte oscilação dos preços no mercado, a MP n.º 926/2020 autorizou a contratação por valores superiores aos obtidos na prévia pesquisa de mercado,

desde que houvesse negociação com os demais fornecedores para a obtenção de condições mais vantajosas e efetiva fundamentação, nos autos da contratação, da variação de preços praticados no mercado por motivo superveniente (art. 4.º-E, § 3º).

Do mesmo modo, a MP n.º 926/2020 também autorizou a dispensa da estimativa de preços, que já podia ser obtida por meio de apenas um dos seguintes parâmetros: i) Portal de Compras do Governo Federal; ii) pesquisa publicada em mídia especializada; iii) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo; iv) contratações similares de outros entes públicos; e v) pesquisa realizada com potenciais fornecedores.

À semelhança do regime excepcional português, a MP n.º 926/2020 introduziu na Lei n.º 13.979/2020 a possibilidade de dispensa de documentação dos fornecedores e dos prestadores de serviço, seja relativa à regularidade fiscal, seja quanto ao cumprimento dos requisitos de habilitação, ampliando o universo de potenciais empresas disponíveis para a contratação. Outrossim, também de forma inédita, passou-se a permitir a contratação de empresas declaradas inidôneas ou suspensas de contratar com o Poder Público, desde que fossem as únicas fornecedoras do bem ou prestadoras do serviço reclamado.

De outro lado, reconhecendo haver variados níveis de intensidade da urgência, pela primeira vez no Direito brasileiro, a MP n.º 926/2020 criou um mecanismo de conciliação entre o interesse na satisfação de uma necessidade premente com o interesse da realização da concorrência, prescrevendo que, para a aquisição de bens e insumos e para contratação de serviços necessários ao combate da emergência de saúde pública, os prazos do pregão podiam ser reduzidos pela metade (art. 4.º-G).

Com efeito, o pregão é uma modalidade licitatória regida pela Lei n.º 10.520/2002, voltada exclusivamente à aquisição de bens e serviços comuns, que se notabilizou por conferir mais celeridade e eficiência à contratação pública, especialmente em comparação com as modalidades da Lei n.º 8.666/1993, pois, além dos seus prazos mais encurtados, permite a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas, possibilita que as propostas por escrito sejam sucedidas por lances até o limite da exequibilidade contratual e concentra a apresentação de recursos administrativos em um único momento¹⁸⁰.

Assim, o regime excepcional aprovado no curso da pandemia da COVID-19 previu dois procedimentos alternativos para satisfação do interesse público durante a emergência de saúde pública:

¹⁸⁰ Egon Bockmann MOREIRA e Fernando Vernalha GUIMARÃES, *ob. cit.*, p. 111.

- i) a contratação direta por dispensa de licitação;
- ii) o pregão emergencial, com prazos reduzidos pela metade¹⁸¹, quando o tempo estimado para a conclusão do procedimento não colocasse em risco as finalidades públicas pretendidas.

O regime excepcional admitiu, ainda, a ampliação dos limites de acréscimos ou supressões dos objetos contratados, aos quais ficam os fornecedores obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, para até 50% do valor inicial atualizado do contrato (art. 4.º-I), bem como foi previsto o prazo máximo de até 6 meses de duração dos contratos realizados para o enfrentamento da pandemia, permitida a prorrogação sucessiva até o dia 31 de dezembro de 2020 (art. 4.º-H), data final de vigência do Decreto Legislativo n.º 6, de 20 de março de 2020, por meio do qual o Congresso Nacional reconheceu o estado de calamidade pública para fins de autorização de despesas públicas¹⁸².

Diversamente do previsto no art. 26, da Lei n.º 8.666/93, a Lei n.º 13.979/2020 não condicionou a eficácia dos contratos à publicação do ato de ratificação da dispensa de licitação pela autoridade superior na imprensa oficial. No entanto, visando incrementar a transparência e o controle dos contratos públicos durante a ESPII, ficou estabelecido no § 2º, do art. 4.º que todas as informações sobre as contratações públicas realizadas sob o seu fundamento deveriam ser disponibilizadas, no prazo máximo de 5 dias úteis, em *site* oficial específico na *internet*.

Essa norma objetivou potencializar a transparência e o controle dos gastos públicos e concentrar as informações de todos os órgãos e entidades da Administração Pública num único sítio eletrônico, facilitando a fiscalização social em cada ente federativo.

Não bastassem todas essas medidas, as contratações precisaram seguir se adaptando com a evolução da pandemia e, em 15 de abril de 2020, a Lei n.º 13.979/2020 foi objeto de nova alteração legislativa, desta feita por meio da Medida Provisória n.º 951/2020¹⁸³, que acrescentou os arts. 4.º-J e 4.º-K na Lei n.º 13.979/2020, com o fito de permitir aos órgãos e entidades da administração pública federal o recurso ao sistema de registro de preços,

¹⁸¹ Como a Lei n.º 10.520/2002, em seu art. 4.º, inciso V, determina que o prazo entre a publicação do aviso e o recebimento das propostas deve ser de no mínimo de 8 dias úteis, por força da inovação promovida pelo art. 4.º-G, da Lei n.º 13.979/2020, o prazo mínimo do pregão passa a ser de 4 dias úteis.

¹⁸² Em decorrência da pandemia, houve a aprovação da Emenda Constitucional n.º 109, em 15 de março de 2021, permitindo a decretação do estado de calamidade pública de âmbito nacional pelo Congresso Nacional, por iniciativa do Presidente da República, bem como prevendo normas com o propósito exclusivo de enfrentamento da calamidade pública e de seus efeitos sociais e econômicos.

¹⁸³ Cujas disposições, após a perda de vigência, foram incorporadas pela Lei n.º 14.065, de 30 de setembro de 2020, originada a partir da Medida Provisória n.º 961/2020, de 06 de maio de 2020.

bem como adesões a atas de registro de preços gerenciadas por órgãos ou entidades estaduais, distritais ou municipais, desde que decorrentes de procedimentos realizados nos termos da Lei n.º 13.979/2020.

A par dessas e de outras flexibilidades da contratação pública, como por exemplo o aumento dos limites de valor da dispensa de licitação, a Lei n.º 14.065/2020, na mesma linha do regime excepcional português, autorizou o pagamento antecipado, com a condição de que ele fosse indispensável à obtenção do bem ou à prestação do serviço e desde que propiciasse economia de recursos públicos.

De outro lado, em contraposição ao regime excepcional português, que não fixou o prazo final do do regime excepcional, a legislação brasileira vinculou a vigência da Lei n.º 13.979/2020 ao Decreto Legislativo n.º 6, de 20 de março de 2020, cujos efeitos expiraram em 31 de dezembro de 2020.

Como a pandemia se prolongou no Brasil além desse marco temporal, a partir do dia 1.º de janeiro de 2021, instalou-se um vácuo normativo quanto às contratações relativas à COVID-19.

No início do ano de 2021, longe de ter arrefecido, a pandemia ainda dava mostras de encontrar-se em franco recrudescimento no Brasil, inclusive em razão do surgimento de novas cepas do vírus, de modo que até a edição da Medida Provisória n.º 1.047, de maio de 2021, que reprisou as normas da Lei n.º 13.979/2020, todas as contratações emergenciais tiveram de seguir os trâmites da Lei n.º 8.666/93 ou da recém-criada Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, que instituiu o novo estatuto de licitações e contratos públicos.

Para suprir a lacuna legislativa, foi editada a Medida Provisória n.º 1.047/2021, que dispôs que o prazo de duração do regime excepcional seria definido em ato do Ministro da Saúde, ainda não editado, visto que a crise provocada pela COVID-19, até o momento, não tem previsão de término no Brasil.

4.4. A pertinência da incorporação das normas excepcionais aprovadas durante a pandemia da COVID-19 e os riscos à integridade dos regimes de contratação pública português e brasileiro.

A aprovação dos regimes excepcionais de contratação pública em decorrência da pandemia causada pelo novo coronavírus objetivou possibilitar que necessidades públicas

prementes fossem atendidas em poucos dias ou horas, o que provavelmente não ocorreria se fossem adotadas as normas tradicionais do CCP em Portugal ou da Lei de Licitações e Contratos no Brasil.

Diante da absoluta prioridade da preservação da saúde e da vida humanas, mostrou-se fundamental a aprovação do DL n.º 10-A/2020 e da Lei n.º 13.979/2020 (e das normas subsequentes) que, ao disporem sobre as medidas de enfrentamento à crise provocada pela pandemia, flexibilizaram as regras da contratação pública para aquisição de bens e serviços relacionados com a crise sanitária e a reposição da normalidade.

Nessa perspectiva, vimos nos tópicos anteriores que foram bastante simplificadas as etapas preparatórias da contratação pública, que foram afastadas algumas restrições à escolha dos fornecedores e que foram estabelecidas presunções legais que facilitaram o enquadramento das contratações diretas, tudo com o objetivo de imprimir maior celeridade nos procedimentos pré-contratuais.

Pois bem. Segundo Christopher Yukins e Laurence Folliot Lallion, a escalada da pandemia e a desenfreada demanda internacional por bens escassos, sobretudo no setor da saúde, derrubaram as premissas tradicionais que moldavam as compras públicas¹⁸⁴.

Por isso, consideramos que a pandemia da COVID-19 deve servir como paradigma para a reavaliação dos regimes da contratação pública, visto que, tão ou mais grave quanto a utilização de procedimentos de urgência nas situações em que ela inexistia, é a falta de procedimentos adequados para os casos em que ela exista concretamente.

¹⁸⁴ With the rise of these purchasing techniques without any supervision, the traditional pillars of public purchasing collapsed. (...) Faced with the rising tide of a pandemic, public buyers found themselves caught between the opportunistic demands of suppliers and the urgency to meet needs - to the point that the traditional bulwarks, the principles of transparency and competition that undergird public procurement - gave way. The COVID-19 crisis thus upended the traditional assumptions that shape public procurement. Another abiding assumption in public procurement has long been that, because of governments' massive purchasing power, public procurement is a "buyer's" market - indeed, the government is often the only buyer, in a monopsony. This explained why public purchasers could afford to underinvest in market engagement: suppliers focused on the public market, to survive, would accommodate government delays and transaction costs. The problem was magnified in a way not fully understood before the pandemic, because public markets were literally buyers' markets, structured around contracting officials who serve as purchasing intermediaries. All of that turned upside-down in the crush of the pandemic, as sellers of critical supplies took the upper hand. While public markets in principle allow public buyers to take advantage of a dominant position (even a monopsony in certain sectors, such as armaments), in a market normally characterized by a multitude of suppliers who compete for the public bonanza, the situation was completely reversed in the context of the health crisis. Taking advantage of the surging demand from governments that suddenly became competitors in purchasing the same products, suppliers and sometimes unscrupulous intermediaries not only set prices far above previous prices but also demanded conditions normally prohibited by public procurement rules (such as advance payment). Worse still, as suppliers abandoned commitments to public purchasers to take advantage of new, more attractive prices, certain contracts were not honored. Cf. Christopher Yukins e Laurence Folliot Lallion, *ob. cit.*, p. 48 e segs.

Neste cenário, mais do que necessário, entendemos ser imprescindível o aprimoramento dos procedimentos de contratação de urgência para os próximos eventos dessa magnitude. Olhando para além da COVID-19, Albert Sánchez Graells vaticina que a maioria das práticas adotadas na pandemia deve ser mantida no futuro, em contraposição às rígidas regras atuais. Em suas próprias palavras, o autor afirma que:

“I will be personally very interested to see to which extent, perhaps with minor tweaks, they can be adopted in ‘normal times’ and under full application of the procurement rules. My working hypothesis is that most of the practices that will emerge from the flexibility created under the current ‘no rules’ scenario can be retained in the future, contrary to the standard claim that procurement rules are unduly rigid and too limiting on the exercise of discretion by public buyers. I look forward to having a chance to test it”¹⁸⁵.

Apesar de não discordarmos deste posicionamento, temos certas preocupações com o afrouxamento das exigências do regime concorrencial, máxime em países que não têm o rigor necessário no controle da contratação pública, visto que os riscos de má gestão, de desperdícios e de corrupção aumentaram exponencialmente durante a pandemia, tanto em Portugal como no Brasil.

No Brasil, várias irregularidades já foram identificadas pelo Tribunal de Contas da União quanto aos contratos emergenciais relacionados com a pandemia da COVID-19.

Em muitos casos foram detectadas fragilidades na seleção de fornecedores, como:

- i) a escolha de empresas recém-criadas, sem qualquer experiência ou com ramos de atividade ou porte econômico incompatíveis com os objetos contratuais;
- ii) o direcionamentos de contratos públicos para fornecedores específicos; e
- iii) conflitos de interesse decorrentes de conluíus empresariais e de vínculos de empresas com gestores envolvidos nas contratações¹⁸⁶.

Um exemplo concreto é a situação descrita no Acórdão n.º 1.760/2021-Plenário do TCU, que versou sobre denúncia encaminhada ao Tribunal de Contas da União, noticiando

¹⁸⁵ Albert Sánchez GRAELLS, *Procurement in the Time of COVID-19*, Forthcoming, Northern Ireland Legal Quarterly, 2020, p. 9.

¹⁸⁶ A título ilustrativo, segundo relação constante do Acórdão n.º 1.512/2021-Plenário, tais ocorrências foram verificadas pelo Tribunal de Contas da União nos processos 021.408/2020-3, 024.060/2020-8, 024.062/2020-0, 025.673/2020-3, 027.994/2020-1, 033.115/2020-6, 033.118/2020-5, 033.596/2020-4, 034.028/2020-0, 044.994/2020-6, 008.342/2021-0, 021.407/2020-7, 027.994/2020-1, 039.538/2020-6, 039.542/2020-3, 045.000/2020-4, 046.924/2020-5, 024.646/2020-2, 025.673/2020-3, 027.605/2020-5, 033.119/2020-1, 033.602/2020-4, 046.924/2020-5 e 008.342/2021-0.

irregularidades na dispensa de licitação promovida pela Secretaria de Saúde do Distrito Federal, com base no art. 4º, da Lei n.º 13.979/2020, para aquisição de 100.000 unidades de teste rápido para detecção da COVID-19. No caso, ficou evidenciado o direcionamento da contratação dos testes rápidos para detecção qualitativa específica de IgG e IgM para uma empresa que ofertou o maior valor entre todas as que foram consultadas e que sequer possuía objeto social compatível com a contratação, uma vez que se tratava de empresa que tinha como atividade empresarial o comércio de brinquedos temáticos.

Também foram constatadas fragilidades quanto à pesquisa do preço de mercado das prestações a contratar. Em vários casos, observou-se que a consulta de preços foi realizada exclusivamente com fornecedores, em detrimento das referências de preços públicos, o que elevou os riscos de contratos com sobrepreços. Neste quesito, averigou-se também que a realização de contratações emergenciais com sobrepreço causou distorções nas estimativas de preço efetuadas com base em outros contratos públicos, o que, por via de consequência, acarretou novas contratações com sobrepreço. A par disso, foram apurados vícios como a utilização de preços de localidades com características muito diferenciadas daquelas onde seriam realizadas as compras ou as entregas, pesquisas de preços forjadas e até a ausência de estimativas de preços ou de planilha de custos sem quaisquer justificativas¹⁸⁷.

Igualmente, a permissão de pagamentos antecipados, sem os cuidados necessários, como a exigência de garantias e/ou a devida avaliação da habilitação e da qualificação dos fornecedores, resultou na inexecução ou execução insatisfatória do objeto de contratos¹⁸⁸.

Entre outros vícios, não faltaram contratações realizadas sem a memória de cálculo das quantidades necessárias ao atendimento das necessidades; sem a estimativa de custos; sem a estipulação das datas de entrega e de pagamento; sem a definição de requisitos de qualificação dos fornecedores; e sem a observância de outras exigências legais, a exemplo da segregação de funções e da comprovação de recebimento dos objetos adquiridos¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Ainda segundo o Acórdão n.º 1.512/2021-Plenário, tais ocorrências são objeto de apuração nos processos 021.407/2020-7, 027.994/2020-1, 039.538/2020-6, 039.542/2020-3, 045.000/2020-4, 046.924/2020-5, 024.646/2020-2, 025.673/2020-3, 027.605/2020-5, 033.119/2020-1, 033.602/2020-4, 046.924/2020-5 e 008.342/2021-0.

¹⁸⁸ Também com respaldo no Acórdão n.º 1.512/2021-Plenário, as citadas irregularidades foram identificadas pelo TCU nos processos 020.993/2020-0, 022.557/2020-2, 024.060/2020-8, 024.062/2020-0, 024.060/2020-8, 033.118/2020-5, 045.000/2020-4 e 046.924/2020-5.

¹⁸⁹ Ocorrências constatadas nos processos 024.649/2020-1, 033.602/2020-4, 045.000/2020-4, 024.060/2020-8, 024.062/2020-0 e 039.539/2020-2.

Embora os riscos de fraude, de má gestão e corrupção estejam sempre presentes na atividade contratual da Administração¹⁹⁰, infere-se que se, de um lado, a flexibilização das exigências legais e a simplificação dos procedimentos concursais são capazes de acelerar a contratação pública, de outro, torna-a mais suscetível a irregularidades.

Neste sentido, podemos citar que, no Brasil, existe uma investigação parlamentar instaurada pelo Senado Federal com o objetivo de apurar ações e omissões do Governo Federal no enfrentamento da pandemia e, com base nos depoimentos prestados à Comissão Parlamentar de Inquérito, há relatos sobre comissões exigidas por representantes do Ministério da Saúde brasileiro que correspondem a US\$ 1.00 por dose para a compra de vacinas¹⁹¹.

Por isso, da mesma forma que o princípio da concorrência não pode ser um óbice à prossecução dos interesses públicos subjacentes à contratação pública, entendemos que as imposições de eficiência, de celeridade e de simplificação não podem ter como custo social a vulneração dos princípios da igualdade, economicidade, transparência e integridade.

Diante de tantos riscos, é preciso muita cautela na criação de presunções legais e na incorporação das regras excepcionais de contratação pública após o término da pandemia. E tal preocupação não é exclusiva do Brasil. Em Portugal, por exemplo, o Tribunal de Contas elaborou um documento intitulado “Riscos na utilização de recursos públicos na gestão de emergências (COVID-19)”, onde descreveu que, em experiências passadas, a celeridade da resposta às crises ignorou os sistemas de controle, postergou procedimentos de *compliance*, enfraqueceu mecanismos de fiscalização e responsabilização e prejudicou a transparência da ação pública¹⁹².

Assim sendo, se é certo que o quadro de crise causado pela pandemia da COVID-19 obrigou a simplificação dos ritos procedimentais da contratação pública, bem como a flexibilização das escolhas realizadas pelos agentes públicos, a incorporação das regras

¹⁹⁰ Neste sentido, Raquel SAMPAIO esclarece que a contratação pública é um dos palcos mais propícios e atrativos para a ocorrência de comportamentos que põem em perigo a concorrência e que, no limite, podem degenerar em conflitos de interesse e até corrupção. Cf. Raquel SAMPAIO, *Distorções da concorrência na participação em procedimentos de contratação pública*, in Estudos de Contratação Pública, Volume IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 492 e segs.

¹⁹¹ Reportagem completa disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57683689>>. Acesso em 07 de outubro de 2020.

¹⁹² Segundo o Tribunal de Contas, a contratação pública em contextos de emergência é uma das áreas mais permeáveis à corrupção e, para além de favorecimentos nas adjudicações diretas, potenciam-se práticas de manipulação do mercado e dos preços e, no plano da execução contratual, riscos acrescidos de fornecimentos deficientes, pagamentos sem contrapartida adequada e desvios de bens. No mesmo sentido, a aceleração de pagamentos e adiantamentos aos fornecedores também aumenta os riscos na execução dos contratos.

transitórias após o término da pandemia, principalmente de presunções legais, exige muita parcimônia e a criação de salvaguardas adicionais para a integridade dos gastos públicos como compensação pela mitigação da concorrência, haja vista os enormes riscos de malversação do dinheiro público.

Na linha de tudo o que foi exposto, reconhecemos a necessidade do aprimoramento dos instrumentos normativos que permitem a antecipação da atividade pré-contratual e que evitam os riscos decorrentes da realização da contratação pública durante os períodos de excepcionalidade, bem como dos instrumentos que possibilitam, em caso de urgência, o ajuste direto ou o concurso acelerado, devendo ser evitados os regimes casuísticos editados na sequência de eventos concretos, que, como salientado por Miguel Assis Raimundo, em medida muito significativa, servem de porta de entrada para práticas e interesses alheios ao interesse público¹⁹³.

A partir do confronto dos regimes luso e brasileiro, em tempos de normalidade e de pandemia, deixamos para apresentar, na conclusão, as propostas legislativas que, no nosso sentir, podem contribuir para que os regimes de contratação pública dos países examinados se tornem mais eficientes para salvaguardar o interesse público em situações prementes, mas sem perder de vista os imperativos do Direito da Contratação Pública, sobretudo da proteção da concorrência, da integridade e da utilização eficiente dos recursos públicos.

¹⁹³ Miguel Assis RAIMUNDO, *COVID-19 e Contratação Pública: O Regime Excepcional do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março*, p. 167.

CONCLUSÃO

Ao longo desta dissertação, restou claro que a contratação pública é pautada por critérios concorrenciais que tendem a propiciar a obtenção das melhores condições para a satisfação do interesse público e para favorecer a igualdade de oportunidades para aqueles que com a Administração desejam contratar. Em compensação, o regime concursal, com todas as suas formalidades burocráticas, em situações de excepcionalidade, pode sacrificar o desempenho de atividades necessárias à prossecução do interesse público.

Tal constatação fica bem evidente em casos de urgência imperiosa, os quais exigem respostas imediatas que, muitas vezes, são inconciliáveis com o tempo de preparação dos procedimentos concorrenciais. Por isso, sendo a urgência talvez um dos fundamentos mais impropriamente invocados pela Administração para afastar o princípio da concorrência nas contratações públicas em Portugal e no Brasil, realizamos a análise de tal fenômeno em ambos os ordenamentos jurídicos, começando por aspectos substanciais da urgência.

Neste sentido, no Capítulo I, apresentamos os elementos que consideramos compor o núcleo do conceito de urgência, a partir dos quais elaboramos uma definição de urgência administrativa que, na nossa perspectiva, consiste num juízo de necessidade de uma atuação imediata ou extraordinariamente célere da Administração como condição de eficácia da prevenção, cessação ou reparação de efeitos prejudiciais a interesses tutelados, decorrentes de acontecimentos imprevisíveis ou irresistíveis, causados pelas forças incontroláveis da natureza ou pela ação ou inação humana.

Ainda no Capítulo I, distinguimos a urgência administrativa do instituto do estado de necessidade e classificamos a urgência em preventiva ou reparadora, conforme seja anterior ou posterior aos acontecimentos adversos, e em simples ou imperiosa, consoante o seu grau de intensidade.

Desenvolvido tal arcabouço teórico, no Capítulo II, examinamos a urgência no Direito da Contratação Pública portuguesa, iniciando por um breve recuo histórico do seu enquadramento legal, desde o Decreto-Lei n.º 41375/1957 até a previsão do ajuste direto por motivos de urgência imperiosa na Lei de Bases e da Proteção Civil e no Código dos Contratos Públicos. Além disso, com respaldo na jurisprudência do Tribunal de Contas, avaliamos cada um dos pressupostos legais do ajuste direto previstos no art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP, a saber: i) a existência de urgência imperiosa; ii) a existência de

acontecimentos imprevisíveis; iii) a não imputabilidade dos fatos à entidade adjudicante; iv) a limitação da extensão do âmbito e do objeto do ajuste direto à medida do estritamente necessário; e v) a impossibilidade de cumprimento dos prazos inerentes aos demais procedimentos.

No Capítulo III, analisamos as peculiaridades da contratação emergencial brasileira, dando especial ênfase à evolução da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, cujas decisões influenciaram as alterações promovidas pela recentíssima Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, que trata da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Verificamos, em estudo comparativo com o regime português, que a legislação brasileira é mais propensa à burla da concorrência por razões de conveniência administrativa ou, pior, por desídia dos agentes públicos.

No Capítulo IV, discorremos sobre os regimes excepcionais de contratação pública aprovados em Portugal e no Brasil em resposta à crise causada pela COVID-19, bem como avaliamos a pertinência e os riscos do “aproveitamento” das normas aprovadas durante a pandemia para os regimes permanentes de contratação pública, em face dos enormes desafios envolvidos ao se tentar equilibrar a celeridade e a integridade nas contratações públicas.

Com isso, a conclusão que ora apresentamos consiste num apanhado de tudo o que já foi exposto ao longo do trabalho, com acréscimos e sugestões para o aprimoramento da contratação urgente em Portugal e no Brasil, visto que a encruzilhada provocada pela crise da COVID-19 deixou claro que tais regimes precisam evoluir em busca do equilíbrio entre os valores da concorrência, da celeridade, da eficiência e da transparência, máxime porque se anunciam outras pandemias na “nova normalidade”.

Em Portugal, a aprovação do DL n.º 10-A/2020 – bem como dos diversos regimes jurídicos, de carácter excepcional, recentemente aprovados em razão de incêndios florestais e de furacões – atestou a ineficiência do modelo consagrado no art. 28.º, da Lei de Bases da Proteção Civil para enfrentar catástrofes ou situações de urgência imperiosa decorrentes de eventos imprevisíveis ou irresistíveis.

Ademais, a edição do DL n.º 18-A/2020, de 23 de abril, que acrescentou no DL n.º 10-A/2020 o regime de ajuste direto simplificado sem limitação de valor para os casos de urgência imperiosa, demonstrou que não é suficiente a presunção *ope legis* de alguns dos

pressupostos legais do ajuste direto, evidenciando que o regramento do CCP ainda precisa ser desburocratizado para situações de grande excepcionalidade.

Por isso, no tocante ao regime português, propomos duas modificações legislativas que se assentam na ideia da existência de diferentes modulações de urgência administrativa e na premissa de que os procedimentos pré-contratuais, incluindo o ajuste direto, devem ter uma geometria variável¹⁹⁴, adequada às peculiaridades dos casos concretos.

Neste sentido, defendemos:

i) a ampliação do âmbito objetivo do concurso público urgente previsto nos arts. 155.º a 161.º do CCP, possibilitando o seu recurso, sem limitação de valor dos contratos, nas situações de urgência simples ou moderada e nos casos de urgência imperiosa que não se enquadrem nos apertados pressupostos do art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP.

Na nossa visão, esta medida legislativa significará um ponto de equilíbrio entre os princípios da concorrência e da celeridade na contratação pública, tornando desnecessário abdicar da concorrência em situações de premência temporal nas situações de urgência simples que demandem contratos públicos com valores que ultrapassem os atuais limiares comunitários, bem como nas situações de urgência imperiosa provocadas pela desídia dos agentes públicos.

Embora saibamos que o concurso público urgente é um procedimento excepcional, a nossa proposta não encontra proibição no direito comunitário, sendo plenamente possível a utilização de procedimentos acelerados mesmo acima dos atuais limiares do CCP, uma vez que os arts. 27.º, n.º 3, e 28.º, n.º 6, da Diretiva 2014/24/UE não têm limitações de valor.

ii) a incorporação do ajuste direto simplificado para o critério material de urgência imperiosa no Código de Contratos Públicos, dado que, até o presente, a norma do art. 128.º do CCP é apenas permitida para o critério de baixo valor econômico dos contratos.

Na nossa perspectiva, esta alteração legislativa superará as limitações evidenciadas durante a pandemia nos procedimentos de urgência da LBPC e do CCP, eliminando, assim, a necessidade da edição de regimes excepcionais casuísticos a cada novo acontecimento catastrófico ou trágico. Tal proposta, no nosso sentir, também não encontra obstáculos na Diretiva 2014/24/UE, pois o art. 32.º n.º 2, c), não institui regras procedimentais.

¹⁹⁴ Expressão consagrada por Margarida Olazabal CABRAL, no artigo *Procedimentos clássicos no Código dos Contratos Públicos*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, 2007, p. 16.

Obviamente, entendemos que as duas propostas reclamam salvaguardas adicionais em favor da integridade dos contratos públicos, sobretudo no tocante à transparência, bem como no endurecimento das sanções impostas às infrações apuradas em procedimentos em que haja a dispensa da fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

No que se refere ao regime brasileiro, constatamos uma indevida tolerância para com a contratação emergencial em situações de desídia administrativa, o que, para nós, representa a verdadeira negação do princípio da eficiência.

Como visto, diferentemente do que acontece em Portugal, não existe na legislação brasileira a proibição da contratação direta quando a urgência é causada por circunstâncias imputáveis à própria Administração, fato que tem permitido, a nosso ver, indevidamente, a contratação emergencial mesmo que a situação de urgência seja provocada pela falta de planejamento ou falha dos agentes públicos na gestão da atividade pré-contratual.

Muito embora o Tribunal de Contas da União tenha adotado, no primeiro momento, uma posição refratária a tal permissividade, a jurisprudência desenvolveu-se no sentido de que a proibição da dispensa de licitação nesses casos implicaria numa dupla penalização à população, a qual, para além da falta de planejamento, sofreria com a descontinuidade da prestação de serviços públicos.

Sob o nosso ponto de vista, tal autorização jurisprudencial, posteriormente sedimentada na Lei n.º 14.133/2021, representa uma violação direta ao princípio da eficiência administrativa, que, diga-se de passagem, tem assento constitucional. E – ainda mais grave – permite que, por meio da deliberada falta de planejamento para situações previsíveis, haja o direcionamento de vultosos recursos públicos para o mercado sem a menor concorrência, comprometendo, entre outros, o princípio da igualdade na concessão das vantagens econômicas relativas aos contratos públicos.

Conquanto reconheçamos que é possível a compatibilização teórica da emergência fabricada com o conceito de urgência administrativa desenvolvido nesta dissertação, entendemos que a contratação emergencial causada pela desídia esbarra, entre outros valores, no princípio da eficiência administrativa, que vincula os agentes públicos a procederem mediante ações planejadas e executadas com celeridade, racionalidade, economia e idoneidade.

Diante deste cenário, a partir de uma análise comparativa com o regime português, propomos duas alterações legislativas que, em consonância com o princípio da eficiência,

impeçam que a necessidade de celeridade decorrente de emergências fabricadas acarrete a burla à concorrência pública. São elas:

i) a alteração do inciso VIII, do art. 75, da Lei n.º 14.133/2021, para incluir, de modo expresso, a imprevisibilidade e a exterioridade das circunstâncias ensejadoras da urgência ou da calamidade como pressupostos da contratação emergencial; e

ii) a incorporação do pregão emergencial na Lei n.º 14.133/2021, para possibilitar, em situações de falta de planejamento ou de desídia administrativa, a redução dos prazos procedimentais do pregão e, com isso, impedir a burla à concorrência para garantir a continuidade da prestação de serviços públicos.

Acreditamos que as medidas legislativas propostas, fruto da análise comparativa dos regimes português e brasileiro vigentes nos períodos de normalidade e durante a pandemia, podem contribuir para o aprimoramento da contratação pública, conciliando a necessidade de agilidade, inerente aos quadros de excepcionalidade, com os princípios da concorrência, da igualdade, da transparência, da eficiência e da integridade, pedras angulares do Direito da Contratação Pública.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio, *Estado de exceção*, tradução Iraci D. Poletti, Boitempo, São Paulo, 2004.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do, *Licitação nas empresas estatais*, MacGraw Hill, São Paulo, 1979.

AMARAL Diogo Freitas do; GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias, *O Estado de Necessidade e a Urgência em Direito Administrativo*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 59, II, Lisboa, 1999.

AMORIM, Carlos Abreu, *A praticabilidade de respostas administrativas em estado de necessidade no contexto da pandemia COVID-19*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano LXI, número I, 2020.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, 5.^a Ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

BRITO, Miguel Nogueira, *Ajuste directo*, in Estudos de Contratação Pública, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

CABRAL, Margarida Olazabal, *O Concurso Público no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos da Contratação Pública, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

CABRAL, Margarida Olazabal, *Procedimentos Clássicos no Código dos Contratos Públicos*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 64, 2007.

CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4.^a Ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

CARVALHO, Raquel, *Direito da Contratação Pública*, Universidade Católica Editora Porto, Porto, 2019.

CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco, *Ensayo de una Teoría de la Urgencia en el Derecho Administrativo*, in *Revista de Administración Pública*, n.º 10, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1953.

COIMBRA, José Duarte; CALDEIRA, Marco; SERRÃO, Tiago, *Direito Administrativo da Emergência: Organização Administrativa, Procedimento Administrativo, Contratação Pública e Processo Administrativo na resposta à COVID-19*, Almedina, Coimbra, 2020.

CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Revisitando o Estado de Necessidade*, In *Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, Coimbra, 2010.

CRETILLA JÚNIOR, José, *Das Licitações Públicas: Comentários à Nova Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993*, 3.ª Ed., Forense, Rio de Janeiro, 1993.

DALLARI, Adilson Abreu, *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 6.ª Ed., Saraiva, São Paulo, 2003.

DOTTI, Marinês Restelatto. *Contratação Emergencial e Desídia Administrativa*, in *Revista do TCU*, Ano 38, n. 108, Brasília, 2007.

ESCOBAR, João Carlos Mariense, *Licitação, Teoria e Prática*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1993.

ESTORNINHO, Maria João, *Curso de Direito dos Contratos Públicos: por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, Coimbra, 2013.

ESTORNINHO, Maria João, *COVID-19: (novos) desafios e (velhos) riscos na contratação pública*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXI, número I, 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, 4.^a Ed., Atlas, São Paulo, 1996.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, *Contratação Direta sem Licitação*, 9.^a Ed., Fórum, Belo Horizonte, 2011.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle e FERRAZ Sérgio, *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*, 2.^a Ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.

FONSECA Isabel Celeste Monteiro da, *Processo temporalmente justo e urgência: contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

FRIER, Pierre-Laurent, *L'urgence*, Ed. L. G. D. J., Paris, 1987.

FURTADO, Lucas da Rocha, *Curso de Direito Administrativo*, 2.^a Ed., Fórum, Belo Horizonte, 2012.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias, *A urgência nos procedimentos pré-contratuais*, in *Direito e Justiça, Direito Comercial e das Sociedades, Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin, Volume Esp.*, Universidade Católica, Lisboa, 2012.

GASPARINI, Diogenes, *Direito Administrativo*, 9.^a Ed., Saraiva, São Paulo, 2004.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*, 1.^a edición, Buenos Aires, FDA, 2015.

GONÇALVES, Pedro Costa, *Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado contratante*, 1.^a ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Público*, 5.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2021.

GONÇALVES, Pedro Costa; MARTINS, Licínio Lopes, *Regime excepcional de contratação pública no âmbito da epidemia da doença do COVID-19: Breve comentário ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, ratificado pela Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, observatório Almedina, 23.03.2020, disponível online.*

GRAELLS, Albert Sánchez, *Public Procurement and the EU competitions rules*, 2.^a Ed., Hart Publishing, Oxford, 2015.

GRAELLS, Albert Sanchez, *Procurement in the Time of COVID-19*, Forthcoming, Northern Ireland Legal Quarterly, 2020.

HART, Herbert L. A., *O Conceito de Direito*, 3.^a Ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2001.

INÊS, Pedro Daniel S. N., *Os Princípios da Contratação Pública: O Princípio da Concorrência*, Publicações CEDIPRE, Coimbra, 2018. Disponível em: <<http://www.cedipre.fd.uc.pt>>. Acesso em: 25 de junho de 2021.

ISOTON, Geruza, *Contratação direta por dispensa de licitação: análise sob o viés da emergência fabricada*, in *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, v. 12, n. 27, Florianópolis, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 17.^a Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

LEITÃO, Alexandra, *Lições de Direito dos Contratos Públicos: Parte Geral*, 2.^a Ed., AAFDL Editora, Lisboa, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 34.^a Ed., Malheiros, São Paulo, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 30.^a Ed., Malheiros, São Paulo, 2013.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *Princípios da Contratação Pública*, in *Revista de Contratos Públicos*, n. 11, Coimbra, 2016.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *Promoção da saúde pública e proteção dos direitos fundamentais: a COVID-19 à luz das repercussões jurídico-constitucionais e jurídico-administrativas em Portugal*, in *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Brasília, 2021.

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

NEVES, Ana Fernanda, *Os Princípios da Contratação Pública*, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

NIEBUHR, Joel de Menezes, *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*, 4.^a Ed., Fórum, Belo Horizonte, 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes, *Regime Emergencial de Contratação Pública para o Enfrentamento da Pandemia de COVID-19*, Fórum, Belo Horizonte, 2020.

NIEBUHR, Joel de Menezes, *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 2.^a Ed. Zênite, Curitiba, 2021.

OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, 2.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2016.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Os Princípios da Contratação Pública*, in Estudos de Contratação Pública, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003.

PEREIRA, Pedro Matias, *Procedimentos fechados no contexto de emergência e estabilização*, in Revista de Contratos Públicos, n.º 24, Coimbra, 2020.

PINHEIRO, Hésio Fernandes, *Calamidade Pública*, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 36, 1954.

PIRES, Lucas Miguel, *Concurso Público Urgente: o Regime do Código dos Contratos Públicos e o posterior alargamento do seu âmbito de aplicação*, in Revista de Contratos Públicos, n.º 4, Coimbra, 2012.

RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL Editores, Lisboa, 2013.

RAIMUNDO, Miguel Assis, *Catástrofes naturais e contratação pública*, in Direito das Catástrofes Naturais, org. Carla Amado Gomes, Almedina, Coimbra, 2012.

RAIMUNDO, Miguel Assis, *As exceções da contratação pública e da concorrência*, in Contratação Pública e Concorrência, CEDIS, Lisboa, 2013.

RAIMUNDO, Miguel Assis, *COVID-19 e contratação pública: o regime excepcional do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março*, in Revista da Ordem dos Advogados. Ano 80, I/II, Lisboa, 2020.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, *Conceito de urgência no Direito Público brasileiro*, in Revista Trimestral de Direito Público, n.º 01, Malheiros, São Paulo, 1993.

ROSILHO, André, *Licitação no Brasil*, Malheiros, São Paulo, 2013.

SAMPAIO, Raquel, *Distorções da concorrência na participação em procedimentos de contratação pública*, in *Estudos de Contratação Pública*, Volume IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Direito da Contratação Pública*, Volume I, AAFDL Editora, Lisboa, 2020.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Estudos sobre contratos públicos*, AAFDL Editora, Lisboa, 2019.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Medidas Excepcionais de Contratação Pública para resposta à pandemia causada pela COVID-19*, in *COVID-19 e o Direito*, org. Inês Fernandes Godinho e Miguel Osório de Castro, 1.^a ed., Edições Universitárias Lusófonas, Lisboa, 2020.

SILVA, De Plácido e, *Vocabulário jurídico*, Volume IV, Forense, Rio de Janeiro, 1980.

VIANA, Cláudia, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

YUKINS, Christopher R.; LALLION, Laurence Folliot, *COVID-19: Lessons learned in public procurement. Time for a new normal?*, In *Revue des Droits de la Concurrence*, n.º 3, 2020.

JURISPRUDÊNCIA

- TdC**, Acórdão n.º 4/2005 - 1ª S/PL, de 22/02/2005, Processo n.º 912/2004.
- TdC**, Acórdão n.º 11/2007 - 1ª S/PL, de 10/07/2007, Processo n.º 124/2006.
- TdC**, Acórdão n.º 120/2007 - 1ª S/SS, de 18/09/2007, Processo n.º 831/2007.
- TdC**, Acórdão n.º 06/2008 - 1ª S/PL, de 11/03/2008, Processo n.º 855/2007.
- TdC**, Acórdão n.º 64/2008 - 1ª S/SS, de 13/05/2008, Processo n.º 308/2008.
- TdC**, Acórdão n.º 30 /2011 -1ª S/PL, de 15/11/2011, Processo n.º 1872/2010.
- TdC**, Acórdão n.º 04/2012 - 1ª S/SS, de 14/02/2012, Processo n.º 1704/2011.
- TdC**, Acórdão n.º 13/2014 - 1ª S/PL, de 08/07/2013, Processo n.º 1613/2013.
- TdC**, Acórdão n.º 17/2014 -1ª S/PL, de 21/10/2014, Processo n.º 1829/2013.
- TdC**, Acórdão n.º 27/2014 - 1ª S/SS, de 04/09/2014, Processo n.º 1163/2014.
- TdC**, Acórdão n.º 08/2015 - 1ª S/S, de 30/06/2015, Processo n.º 459/2015.
- TdC**, Acórdão n.º 16/2015 - 1ª S/PL, de 09/06/2015, Processo n.º 1163/2014.
- TdC**, Acórdão n.º 1/2018 - 1ª S/PL, de 29/01/2018, Processos n.º 3029, 3030 e 3031/2017.
- TCU**, Decisão n.º 347/1994 - Plenário, de 01/06/1994, Processo n.º 009.248/1994-3.
- TCU**, Acórdão n.º 300/1995 - 2ª Câmara, de 28/09/1995, Processo n.º 007.826/1994-0.
- TCU**, Decisão n.º 811/1996 - Plenário, de 04/12/1996, Processo n.º 015.764/1995-8.
- TCU**, Decisão n.º 138/1998 - Plenário, de 07/04/1998, Processo n.º 19.365/1995-0.
- TCU**, Decisão n.º 45/1999 - 1ª Câmara, de 16/03/1999, Processo n.º 450.128/1998-9.
- TCU**, Acórdão n.º 210/2001 - Plenário, de 22/08/2001, Processo n.º 005.453/1997-6.
- TCU**, Acórdão n.º 46/2002 - Plenário, de 27/02/2002, Processo n.º 007.585/1999-7.
- TCU**, Acórdão n.º 348/2003 - 2ª Câmara, de 13/03/2003, Processo n.º 018.598/2002-0.
- TCU**, Acórdão n.º 300/2004 - Plenário, de 24/03/2004, Processo n.º 005.457/2003-2.
- TCU**, Acórdão n.º 1.932/2006 - Plenário, de 18/10/2006, Processo n.º 007.191/2005-3.
- TCU**, Acórdão n.º 763/2007 - Plenário, de 2/5/2007, Processo n.º 003.680/2006-7.
- TCU**, Acórdão n.º 1.876/2007 - Plenário, de 12/09/2007, Processo n.º 008.403/1999-6.
- TCU**, Acórdão n.º 1.941/2007 - Plenário, de 19/09/2007, Processo n.º 015.057/2007-7.
- TCU**, Acórdão n.º 1.901/2009 - Plenário, de 26/08/2009, Processo n.º 010.760/2009-4.
- TCU**, Acórdão n.º 3.238/2010-Plenário, de 01/12/2010, Processo n.º 019.362/2010-2.
- TCU**, Acórdão n.º 106/2011 - Plenário, de 26/01/2011, Processo n.º 020.159/2010-2.
- TCU**, Acórdão n.º 3.262/2012 - Plenário, de 28/11/2012, Processo n.º 020.644/2010-8.

TCU, Acórdão n.º 1.801/2014 - Plenário, de 09/07/2014, Processo n.º 019.190/2011-5.

TCU, Acórdão n.º 1.122/2017 - Plenário, de 31/5/2017, Processo n.º 020.514/2014-0.

TCU, Acórdão n.º 1.296/2017 - Plenário, de 21/6/2017, Processo n.º 005.121/2010-8.

TCU, Acórdão n.º 1.007/2018 - Plenário, de 2/5/2018, Processo n.º 025.213/2016-4.

TCU, Acórdão n.º 1.512/2021 - Plenário, de 23/06/2021, Processo n.º 016.867/2020-3.

TCU, Acórdão n.º 1.760/2021 - Plenário, de 28/07/2021, Processo n.º 020.962/2020-7.