

PREVISÃO CONSTITUCIONAL, MANIFESTAÇÕES TEÓRICAS E DECISÕES JURISPRUDENCIAIS ENVOLVENDO A DECRETAÇÃO DO ESTADO DE EMERGÊNCIA OU CALAMIDADE PÚBLICA

Domingos do Nascimento Nonato

Licenciado Pleno e Bacharel em História. Especialista. Professor de História na Educação Básica. Advogado militante. Assessor Jurídico. Mestrando em Direitos Humanos e Inclusão Social pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA. Bolsista da Capes.

Email: dnonato@yahoo.com.br

Joniel Vieira de Abreu

Teólogo. Pedagogo. Bacharel em Direito. Especialista em Ciências Sociais; Ciências Criminais e Ciências da Religião. Cursa Mestrado em Educação pelo Programa de Pós-Graduação em Educação do Instituto de Ciências da Educação da Universidade Federal do Pará.

E-mail: jonielabreu@hotmail.com

Paulo Sergio de Almeida

Licenciado em Pedagogia. Bacharel em Direito. Doutor em Educação. Professor Associado na Faculdade de Educação. Programa de Pós-Graduação. Instituto de Ciências da Educação. Universidade Federal do Pará. E-mail: paulosac@ufpa.br

EIXO TEMÁTICO: Estado, Política Criminal e Segurança Pública

RESUMO

Analisa-se a definição conceitual e as características do Estado de Emergência ou Calamidade Pública, a pertinência de sua decretação por parte do Poder Executivo Municipal em face do que dispõe a Constituição brasileira, verificando o que dizem os estudiosos e a jurisprudência existente a respeito de tal medida. O que é o Estado de Emergência ou Calamidade Pública? Qual a previsão legal dessa matéria e sob quais condições deve ser adotada essa medida segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e leis infraconstitucionais? O que dizem os estudiosos a respeito de tal assunto? Existem jurisprudências quanto ao caso? Fez-se a busca de informações sobre o assunto em sítios eletrônicos, nas leituras de fontes bibliografias versadas nessa matéria; consulta ao texto da Constituição do Brasil de 1988; o exame das jurisprudências já existentes nesses casos. O Estado de Defesa ou de Emergência constitui uma das exceções ao Estado Democrático e sua adoção representa o exercício constitucional de uma competência prevista em lei. Tanto para decretar a medida de Emergência quanto à de Calamidade Pública, é preciso existir uma “*situação de alteração intensa e grave*” oriunda de “*desastres*” em tal proporção capaz de gerar “*Danos Humanos*”, “*Materiais*”, “*Ambientais*”, “*Prejuízos econômicos públicos*”, “*Prejuízos econômicos privados*” que impliquem em perturbações “*das condições de normalidade*” que exorbitem da “*capacidade de resposta*” daquele Poder Público que clama por auxílio: Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Além disso, a situação de Emergência ou Calamidade não pode ser alegada com base no comportamento desidioso da Administração Pública, e tampouco por problemas de planejamento da gestão e do uso inadequado daqueles recursos provenientes das receitas próprias ou dos repasses constitucionais disponíveis no Orçamento.

PALAVRAS-CHAVE: *Administração Pública Municipal; Estado de Exceção; Estado de Defesa ou Emergência; Inexigibilidade de Licitação.*

PREDICTION CONSTITUTIONAL AND THEORY MANIFESTATIONS INVOLVING JURISPRUDENCE SENTENCING THE STATE OF EMERGENCY OR PUBLIC CALAMITY

ABSTRACT

Analyzes the conceptual definition and characteristics of the State of Emergency or Public Calamity, the relevance of their enactment by the Executive Branch Council in the face of what has the Brazilian Constitution, checking what the experts say and existing case law with respect to such measurement. What is the State of Public Calamity or Emergency? What is the legal provision of this matter and under what conditions such a measure should be adopted according to the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988 under the Constitution and laws? What the experts say about this subject? There are precedents about the case? Made to search for information about it in their websites, readings from sources bibliographies versed in this matter, refer to the text of the Constitution of Brazil, 1988; examination of existing case law in these cases. The State of Defense or Emergency is one of the exceptions to the Democratic State and its adoption is a constitutional exercise of jurisdiction provided for by law. Both to enact the measure as the Emergency of Public Calamity, there must be a "situation of intense alteration and serious" coming from "disaster" in such proportion able to generate "Human Damage", "materials", "Environment", "economic damages public", "private economic losses" that result in disruption "of normal conditions" which exceed the "responsiveness" of that government that calls for aid: States Members, Federal District and Municipalities. Moreover, the situation of Emergency or Calamity can not be claimed based on the behavior negligence Public Administration, nor by planning problems of management and the inappropriate use of those resources from own revenues or constitutional transfers available in the budget.

KEYWORDS: *Municipal Public Administration; State of Exception; State Defence and Emergency; Unenforceability of bidding*

Introdução

Ao escrever este artigo, tivemos a intenção de analisar a definição conceitual e as características conformadoras do Estado de Emergência ou Calamidade Pública, a pertinência de sua decretação por parte do Poder Executivo Municipal em face do que dispõe a Constituição brasileira, verificando o que dizem os estudiosos e a jurisprudência existente a respeito de tal medida.

Assim, apresentamos algumas perguntas que servirão de centelha às reflexões compostas neste trabalho: O que é o Estado de Emergência ou Calamidade Pública? Qual a previsão legal dessa matéria e sob quais condições deve ser adotada essa medida segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e leis infraconstitucionais? O que dizem os estudiosos a respeito de tal assunto? Existem jurisprudências quanto ao caso? Quais os posicionamentos assumidos pelo Ministério Público em face dos Decretos de Estado de Emergência adotados pelos Poderes Executivos Municipais?

O discurso histórico envolvendo os acontecimentos e fatos narrados na composição deste escrito sustenta sua argumentação no conjunto de informações extraídas de

sítios eletrônicos sobre o Estado de Emergência, mas também se alimenta da leitura de parte da bibliografia versada nessa matéria; da consulta ao texto da Constituição do Brasil de 1988; do exame das jurisprudências já existentes nesses casos.

DEFINIÇÃO CONCEITUAL DO ESTADO DE EMERGÊNCIA

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil no dia 5 de outubro do ano de 1988, a Assembleia Nacional Constituinte instituiu o “Estado Democrático” no País, estabelecendo direitos e garantias fundamentais a serem observados pelo Estado constitucional, conforme está expressamente dito em seu preâmbulo. Portanto, em regra, a Administração Pública¹ deve pautar suas ações em decisões democráticas, observada a constitucionalidade dos atos oficiais cometidos pelos agentes investidos no Poder Público.

Se, via de regra, a democracia deve imperar em nossa República, tal forma de organização política pode vir a sofrer restrições em seus regramentos e pilares de sustentação dos princípios regentes, inclusive privando certos direitos e garantias fundamentais do cidadão, especialmente na hipótese de perturbação da paz por “*forças estrangeiras*” em caso de guerra, ou quando decorrem acontecimentos capazes de abalar a “*ordem constitucional democrática*”, e ainda naqueles eventos com força suficiente para gerar no meio social acintosa “*calamidade pública*”.

Assim, a Constituição prevê que o Estado Democrático possa vir a se constituir, a título provisório, no Estado de Exceção, transfigurando seu funcionamento sob duas espécies: o Estado de Defesa ou Emergência; e o Estado de Sítio. Por oportuno, cabe esclarecer o que vem a ser o Estado de Exceção em um regime político democrático:

Estado de exceção é uma situação oposta ao Estado de direito, decretada pelas autoridades em situações de emergência nacional, como agressão efetiva por forças estrangeiras, grave ameaça à ordem constitucional democrática ou calamidade pública. Caracteriza-se pela suspensão temporária de direitos e garantias constitucionais, que proporcionam a necessária eficiência na tomada de decisões para casos de proteção do Estado, já que a rapidez no processo de decidir as medidas a serem tomadas é essencial em situações emergenciais e, nesse sentido, nos regimes de governo democráticos - nos quais o poder é dividido e as decisões dependem da aprovação de uma pluralidade de agentes - a agilidade decisória fica comprometida.

¹ FIGUEIREDO (2009, p. 713-714) esclarece a definição conceitual de Administração Pública nos seguintes termos: “...*não se limita ao enlace jurídico das organizações e funções do Estado em sua dinâmica governativa e de execução à vontade legal, mas a ela transcende para abarcar também as atividades dos parceiros do Estado, as pessoas jurídicas não estatais que com àquele se relaciona*”. E prossegue seu argumento para mostrar que por meio dela “... *exerce a função administrativa por si e por intermédio de seus agentes, públicos ou privados em colaboração*”. E arremata: “... *é o conjunto de atividades concretas e imediatas que o Estado desenvolve visando à consecução dos interesses coletivos*”.

O Estado de Exceção nada mais é do que uma situação temporária de restrição de direitos e concentração de poderes que, durante sua vigência, aproxima um Estado sob regime democrático do autoritarismo.

Nos Estados totalitários, a decretação do Estado de Exceção é menos importante e pode ser dispensada, pela própria concentração natural de poderes que lhes é inerente.

Em situações de exceção, o Poder Executivo pode, desde que dentro dos limites constitucionais, tomar atitudes que limitem a liberdade dos cidadãos, como a obrigação de residência em localidade determinada, a busca e apreensão em domicílio, a suspensão de liberdade de reunião e associação e a censura de correspondência².

Constatamos, portanto, que somente em face de situações que requeiram medidas de emergência é que as autoridades investidas na Administração Pública podem servir-se da excepcionalidade no intuito de combater o mal que a acomete ou se encontra em iminente ameaça de acontecer, utilizando-se de seu poder de império para decretar a “*proteção do Estado*”. Além disso, o funcionamento do ente estatal pela via da exceção, também implica em cerceamentos momentâneos aos direitos, afetando o regime democrático diante da “*concentração de poderes*” em virtude da urgência em promover certos atos oficiais. Contudo, a prerrogativa das autoridades para se firmar por meio do Decreto, somente tem guarida se exercitada “*dentro dos limites constitucionais*”, ou seja, os atos administrativos devem estar legalmente autorizados, sob a pena de responder seu agente pelos excessos cometidos.

Concernente ao *Estado de Defesa ou de Emergência*, esta espécie constitui uma das exceções ao Estado Democrático. Sua definição conceitual demonstra que a adoção dessa medida por parte da Administração Pública representa o exercício constitucional de uma competência prevista em lei.

Estado de Defesa (previsto no art. 136 da Constituição brasileira), ou de Emergência (tratado no art. 19 da Constituição portuguesa), é a espécie mais branda do estado de exceção. Pode ser decretado para garantir em locais restritos e determinados a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou calamidades naturais de grandes proporções.

No Brasil, o Estado de Defesa - cujo nome é criticado por não ser "Estado de Emergência", apenas para evitar vinculação com regimes ditatoriais - é decretado pelo Presidente da República, que deverá submeter o decreto à apreciação do Congresso Nacional, que o fará em até 24 horas. Sendo medida temporária, vigorará tão somente por até 30 dias, permitida prorrogação por até igual período³.

² http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_de_exce%C3%A7%C3%A3o Acesso em 12.02.2013

³ Op. Cit.

Notamos que, uma vez presentes os requisitos fundamentais para sua decretação, quais sejam – legalidade, garantia da ordem pública e da paz social, a instabilidade institucional e as calamidades naturais – inexistem objeções para ensejar a medida de exceção na espécie do Estado de Emergência ou Calamidade Pública, porém, não havendo esses pressupostos, torna-se dispensável acioná-la, posto que o ato praticado restaria impregnado de ilicitude devido à ausência de revestimento no amparo legal.

As autoridades promotoras dos Decretos instituindo o Estado de Exceção nessa espécie devem considerar, também, que ao colocar em funcionamento tal medida de abrandamento da situação de crise que intentam combater, precisam ter seus atos apreciados e aprovados pelos outros órgãos componentes do Poder Público: no caso do Presidente da República, o Congresso Nacional; tratando-se dos Governadores das Unidades Federadas, as respectivas Assembleias Legislativas; e quando provenientes dos Prefeitos, a competência será exercida pelas Câmaras Municipais.

Além da Constituição, o art. 1º da Instrução Normativa nº - 1, de 24 de agosto de 2012⁴, ao tratar dos “*procedimentos e critérios para a decretação de situação de emergência ou estado de calamidade pública pelos Municípios, Estados e pelo Distrito Federal, e para o reconhecimento federal das situações de anormalidade decretadas pelos entes federativos*” decorrente de situações atípicas naquelas áreas atingidas por “eventos adversos”, define os conceitos legais de Desastre, Calamidade Pública e Situação de Emergência nos seguintes termos:

Art. 1º ...

I - desastre: resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um cenário vulnerável, causando grave perturbação ao funcionamento de uma comunidade ou sociedade envolvendo extensivas perdas e danos humanos, materiais, econômicos ou ambientais, que excede a sua capacidade de lidar com o problema usando meios próprios;

II - situação de emergência: situação de alteração intensa e grave das condições de normalidade em um determinado município, estado ou região,

⁴ A Medida Provisória nº 494 de 2 de julho de 2010 regulamentava a matéria ao dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm#art17 Acesso em 24.02.2013. Contudo, entre o dia 17 de fevereiro do ano de 2005 e a data de 4 de agosto de 2010, vigorava o Decreto nº 5.376 de 17 de fevereiro de 2005, que “Dispõe sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC e o Conselho Nacional de Defesa Civil, e dá outras providências”. Tal ato foi Revogado pelo Decreto nº 7.257, de 2010 que versava sobre o assunto, posteriormente convertido em Instrução Normativa nº - 1, de 24 de agosto de 2012, a qual atualmente “*Estabelece procedimentos e critérios para a decretação de situação de emergência ou estado de calamidade pública pelos Municípios, Estados e pelo Distrito Federal, e para o reconhecimento federal das situações de anormalidade decretadas pelos entes federativos e dá outras providências*”.

decretada em razão de desastre, comprometendo parcialmente sua capacidade de resposta;

III - estado de calamidade pública: situação de alteração intensa e grave das condições de normalidade em um determinado município, estado ou região, decretada em razão de desastre, comprometendo substancialmente sua capacidade de resposta;

Fica explícito no texto legal que tanto para decretar a medida de Emergência quanto à de Calamidade Pública, é preciso existir uma “*situação de alteração intensa e grave*” oriunda de “*desastres*” em tal proporção capaz de gerar “*Danos Humanos*”, “*Materiais*”, “*Ambientais*”, “*Prejuízos econômicos públicos*”, “*Prejuízos econômicos privados*” que impliquem em perturbações “*das condições de normalidade*” que exorbitem da “*capacidade de resposta*” daquele Poder Público que clama por auxílio, ou seja: Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, os quais podem recorrer às prerrogativas previstas na referida Instrução.

Tem-se ainda que no tocante aos “*critérios para decretação de situação de emergência ou estado de calamidade pública*”, o Decreto é a via eleita para deflagração do ato por parte das autoridades constituídas, podendo emanar de Prefeitos e Governadores, desde que a medida seja acionada em caso de desastre, segundo prevê o art. 2º da mencionada Instrução Normativa.

Art. 2º A situação de emergência ou o estado de calamidade pública serão declarados mediante decreto do Prefeito Municipal, do Governador do Estado ou do Governador do Distrito Federal.

§ 1º A decretação se dará quando caracterizado o desastre e for necessário estabelecer uma situação jurídica especial, que permita o atendimento às necessidades temporárias de excepcional interesse público, voltadas à resposta aos desastres, à reabilitação do cenário e à reconstrução das áreas atingidas;

Uma vez tipificada a situação de emergência ou calamidade, a Administração Pública passa a funcionar em “*situação jurídica especial*” a fim de que seja viabilizado o atendimento das “*necessidades temporárias de excepcional interesse público*”, até que sejam eliminados os efeitos causados pelos desastres, permitindo a “*reabilitação*” e “*reconstrução*” dos espaços atingidos.

PREVISÃO CONSTITUCIONAL SOBRE O ESTADO DE DEFESA OU EMERGÊNCIA

O art. 136 § 1º da Constituição Federal de 1988 determina os requisitos essenciais a serem preenchidos no conteúdo do Decreto que instituir o Estado de Defesa ou de Emergência:

§ 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I – restrições aos direitos de:

- a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;
- b) sigilo de correspondência;
- c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

II – ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

Logo, o agente público estará ciente de que se trata de uma medida de caráter provisório com duração prolongada no tempo legal justificado como necessário para retomar a normalidade; mas também informará as especificidades das áreas alvo das intervenções e se pronunciará quanto às coerções que vigorarão na fase que perdurar a excepcionalidade. Portanto, *tempo, especificação das áreas* afetadas e as *coerções* impostas pela Administração Pública, integram o rol dos três elementos indispensáveis na composição desse documento.

Nesse sentido, a esfera de Poder que decretar, obriga-se a repassar no prazo máximo de até 24 horas o conteúdo do ato oficial para ser examinado pelas instâncias competentes. Estas, uma vez imitidas na posse do Decreto visando apreciar a matéria, pronunciar-se-ão sobre a decisão por meio de “*maioria absoluta*” de seus membros, segundo determina o § 4º do art. 136 da Constituição.

Quanto ao período que pode perdurar a medida, o artigo acima mencionado também fixa em seu § 2º: “*O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação*”⁵.

⁵ No âmbito da Instrução Normativa nº - 1, de 24 de agosto de 2012, o § 5º do art. 2º ordena que “*O prazo de validade do Decreto que declara a situação anormal decorrente do desastre é de 180 dias a contar de sua publicação em veículo oficial do município ou do estado*”. Tal situação evidencia um conflito normativo entre a Lei Maior e a infraconstitucional, esta última, por sua vez, fere o dispositivo constitucional já que seu prazo é superior àquele definido no ordenamento pátrio e não foi fixado em obediência ao que dispõe a Constituição Federal:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Notamos, portanto, que o Decreto, no que se refere ao lapso temporal e em uma conjuntura de normalidade administrativa entre as esferas da hierarquia de Poder, quando recebe a aprovação das instâncias competentes para o exame da matéria, pode vigor com prazo de 10 (dez) dias – compreendendo aqueles que decorrem do momento em que o agente institui o ato até a recepção e julgamento por quem de direito. É o que se entende na leitura do § 6º do retromencionado artigo: “*O Congresso Nacional apreciará o decreto dentro de dez dias contados de seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa*”. Havendo coincidência com o período de recesso dessas instâncias, elas deverão ser convocadas, “*extraordinariamente, no prazo de cinco dias*”, segundo consta do § 5º do art. 136 da Constituição do Brasil.

Neste momento convidamos o leitor a fazer um exercício de memória hipotético: um Prefeito do Município IGM decreta no dia 04 de fevereiro de 2013 a medida de exceção na espécie Estado de Defesa ou Emergência/Calamidade Pública; imediatamente o documento é encaminhado à Câmara Municipal por meio de Ofício a fim de que esta instância do Poder Legislativo aprecie o ato e se pronuncie, aprovando-o ou não; dentro de até 10 (dez) dias após o recebimento da matéria, decide por maioria absoluta em favor da pretensão; ter-se-ia o primeiro momento de vigência por 30 dias; caso permaneçam os motivos propulsores da medida, a autoridade proponente deve requerer sua prorrogação por mais 30 dias. Portanto, em tese, o tempo de duração seria no máximo de 60 (sessenta) dias, não computados nesse total o período entre o recebimento e a decisão após apreciação.

Caso a medida fosse proveniente de ato do Presidente da República, o art. 90 da Constituição Federal de 1988 prevê como competência do Conselho da República “*pronunciar-se sobre: I – intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio; II – as questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas*”. De outra parte, o Conselho de Defesa Nacional oportunamente deve se manifestar, pois o inciso II do § 1º do art. 91 da mencionada Carta Política determina como uma de suas competências a de “*opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal*”.

Inspirado no raciocínio hipotético desenhado anteriormente, caso o Prefeito de determinado Município viesse a instituir um ato a fim de decretar o Estado de Defesa ou Emergência, essa medida careceria de apreciação por outras instâncias que não somente o próprio Poder Executivo, como, por exemplo, as Câmaras Municipais, em homenagem à independência e harmonia que deve reger o funcionamento e as relações entre os Poderes

Públicos, segundo consta do art. 2º da Constituição, ainda que em tempo de vigência do Estado de Exceção.

O entendimento que flui da leitura dos arts. 10 e 11 da Instrução Normativa nº 1, de 24 de agosto de 2012, evidencia que Prefeitos e Governadores devem submeter à apreciação do Poder Executivo Federal as medidas decretadas para instituir o Estado de Emergência ou Calamidade Pública.

Art. 10 O Poder Executivo Federal reconhecerá a situação anormal decretada pelo Município, pelo Distrito Federal ou pelo Estado quando, caracterizado o desastre, for necessário estabelecer um regime jurídico especial, que permita o atendimento complementar às necessidades temporárias de excepcional interesse público, voltadas à resposta aos desastres, à reabilitação do cenário e à reconstrução das áreas atingidas.

Art. 11 O reconhecimento da situação de emergência ou do estado de calamidade pública pelo Poder Executivo Federal se dará por meio de portaria, mediante requerimento do Poder Executivo do Município, do Estado ou do Distrito Federal afetado pelo desastre, obedecidos os critérios estabelecidos nesta Instrução Normativa.

§ 1º No corpo do requerimento, a autoridade deverá explicitar as razões pelas quais deseja o reconhecimento, incluindo as necessidades de auxílio complementar por parte do Governo Federal.

§ 2º O requerimento deverá ser encaminhado ao Ministério da Integração Nacional, nos seguintes prazos máximos:

I - No caso de desastres súbitos - 10 (dez) dias da ocorrência do desastre;
II - No caso dos desastres graduais ou de evolução crônica - 10 (dez) dias contados da data do Decreto do ente federado que declara situação anormal.

§ 3º O requerimento para fins de reconhecimento federal de situação de emergência ou estado de calamidade pública deverá ser acompanhado da seguinte documentação:

- a) Decreto (original ou cópia autenticada ou carimbo e assinatura de confere com original);
- b) Formulário de informações do desastre - FIDE;
- c) Declaração Municipal de Atuação Emergencial - DMATE, ou Declaração Estadual de Atuação Emergencial - DEATE, demonstrando as medidas e ações em curso, capacidade de atuação e recursos humanos, materiais, institucionais e financeiros empregados pelo ente federado afetado para o restabelecimento da normalidade;
- d) Parecer do órgão Municipal, Distrital ou Estadual de Proteção e Defesa Civil, fundamentando a decretação e a necessidade de reconhecimento federal;
- e) Relatório fotográfico (Fotos legendadas e preferencialmente georeferenciadas);
- f) Outros documentos ou registros que esclareçam ou ilustrem a ocorrência do desastre.

Conforme percebemos, não basta o documento do Decreto existir no mundo jurídico, mesmo que publicado em Diário Oficial ou em outros meios de propagação da informação, pois a medida ainda carece de reconhecimento no âmbito da esfera do Poder Executivo Federal, que, após Requerimento devidamente instruído e encaminhado pelas

autoridades interessadas (Prefeitos e Governadores), baixará Portaria de Reconhecimento com essa finalidade, a qual poderá sofrer revogação devido à existência de vícios nos documentos ou pela constatação de inexistência dos desastres anunciados, implicando na devolução corrigida dos repasses realizados, segundo consta do art. 15 e 16 da Instrução Normativa, sendo resguardada a possibilidade recursal aos entes afetados⁶.

Excepcionalmente, conforme determina o art. 12 dessa Instrução Normativa, pode haver o “*reconhecimento sumário*” do Estado de Emergência ou Calamidade Pública diretamente pela Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil. Para tanto, deve ser “*flagrante a intensidade do desastre e seu impacto social, econômico e ambiental na região afetada*”.

Evoluiu significativa e qualitativamente a legislação brasileira pertinente à matéria que trata da decretação do Estado de Defesa ou Emergência/Calamidade Pública, especialmente porque atualmente com a instituição da Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012⁷, os desastres passaram a integrar uma Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC, em torno da qual se articulam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios visando implantar “*medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco*”. Louvável a iniciativa do legislador brasileiro que, com esse conjunto normativo, impõe a responsabilidade às autoridades públicas também no momento de declarar e requerer o reconhecimento dessa medida de exceção.

O ESTADO DE DEFESA OU EMERGÊNCIA NOS ESTUDOS ACADÊMICOS

Julgamos ser de extremo valor intelectual aos fins que nos propusemos neste artigo o exame do trabalho intitulado “*A Administração Pública Municipal na Situação de Emergência*”, desenvolvido por Ely (2005) no Curso de Especialização em Planejamento e Gestão em Defesa Civil da Universidade Federal de Santa Catarina, principalmente em razão

⁶ A Instrução Normativa nº - 1, de 24 de agosto de 2012 determina:

Art. 16. O ente federado que discordar do indeferimento do pedido de reconhecimento deverá apresentar à autoridade que proferiu a decisão, no prazo de dez dias, recurso administrativo apontando as divergências, suas razões e justificativas.

§ 1º O pedido de reconsideração do ato de indeferimento deve ser fundamentado, indicando a legislação e as provas que amparam seus argumentos.

§ 2º Da decisão proferida no pedido de reconsideração constante do parágrafo anterior, caberá recurso em último grau ao Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC, no prazo de dez dias.

⁷ Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nºs 12.340, de 1º de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm Acesso em 25.02.2013.

de seu autor discorrer sobre o assunto no intuito de “*criar um instrumento de consulta que possa balizar ações legais do administrador público municipal para atender as demandas originadas por uma eventual Situação de Emergência*”.

Embora o Município goze de autonomia na sua organização político-administrativa, segundo estabelece o art. 18 da Constituição do Brasil, a harmonia e independência entre os Poderes deve ser mantida visando ao bom funcionamento da Administração Pública e à prestação dos serviços para o bem comum da população.

O trabalho de Ely (2005) permite compreender que mesmo em tempo de vigência do Estado de Exceção na espécie Defesa ou Emergência, o agente público que o decreta deve fazê-lo amparado nos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, segundo estão informados no art. 37 da Constituição Federal de 1988 (Op. cit., p. 19-32).

Além desses princípios, Ely destaca que a Administração Pública deve observar em seu funcionamento mais os seguintes: da licitação, da prescritibilidade dos ilícitos administrativos, da responsabilidade, da participação, da autonomia gerencial, a supremacia do interesse público sobre o privado, da autotutela, da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, e probidade (Idem., p. 32-41).

Tendo em vista os princípios explícitos e implícitos regentes do funcionamento da Administração Pública, diante de uma situação que requeira das autoridades competentes a instituição de um Decreto de Estado de Defesa ou Emergência no intuito de tornar dispensável o processo licitatório, segundo revelou Ely (Idem., p.46) em seu estudo, deve considerar que:

É importante 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 das pessoas.

Importante também que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso; e 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.

Portanto, para a caracterização desta hipótese de dispensa de licitação é necessário o preenchimento de dois requisitos, quais sejam, a demonstração concreta e efetiva da potencialidade do dano e a demonstração de que a contratação é a via adequada e efetiva para eliminar o risco.

Dispensável decretar a medida de Emergência quando inexistir “*urgência concreta e efetiva do atendimento a situação*”. Como também é preciso ter em conta se o “*risco*” sob o qual se funda a alegação da autoridade pública é “*iminente e especialmente*

gravoso” a justificar a “*contratação com terceiros*” a fim de executar “*obras, serviços ou compras*” com as “*especificações e quantitativos tecnicamente apurados*”, de modo a restabelecer a normalidade das áreas afetadas.

Isto significa que a dispensa de processo licitatório⁸ somente se justifica mediante “*demonstração concreta e efetiva da potencialidade do dano*”, ou, pode, também, ser alegada uma vez existindo a “*demonstração de que a contratação é a via adequada e efetiva para eliminar o risco*” que impulsionou a Administração Pública a ter que decretar o Estado de Defesa ou Emergência/Calamidade Pública em meio à atipicidade de seu funcionamento regular.

O Decreto deflagrador do Estado de Defesa ou Emergência no período de vigência do Estado de Exceção, não deve servir de anteparo à prática de crimes e improbidades⁹ contra a Administração Pública, nem tampouco nutrir interesses escusos das autoridades em favorecer a terceiros. Por essas razões, a lisura das licitações ou sua dispensa, deve obediência aos princípios constitucionais.

Assim, será sempre cobrada ao administrador a estrita obediência aos princípios: da legalidade (a dispensa deverá ser prevista em lei e não fruto de artimanha do administrador para eliminar a disputa); da impessoalidade (a contratação direta, ainda que prevista, não deverá ser objeto de protecionismo a um ou outro fornecedor); da moralidade (a não realização das etapas de licitação não elimina a preocupação com o gasto parcimonioso dos recursos públicos, que deve nortear a ação do administrador); da igualdade (a contratação direta não significa o estabelecimento de privilégio de um ou outro ente privado perante a Administração); da publicidade (embora restrita, a contratação direta não será clandestina ou inacessível, de modo que venha a impedir que dela conheçam os outros fornecedores, bem como os cidadãos em geral); e da probidade administrativa (que é o zelo com que a Administração deve agir ao contratar obras, serviços ou compras) (Ely, Op. Cit., p.47).

Revestidos pelos princípios acima, os atos das autoridades públicas podem contribuir para eliminar “artimanhas do administrador” que eivariam de vícios os processos licitatórios em razão de certos “protecionismos” entre os integrantes do certame que passam a ser tratados com isonomia e não

⁸ Neves (2011) ao analisar a dispensa de licitação em situação de emergência, faz a seguinte advertência: “Ocorre que, em vez de ser utilizada em situações que realmente exijam a urgência no atendimento para evitar algum dano à sociedade ou à Administração Pública, este dispositivo tem sido, não raras vezes, mal interpretado ou deturpado pelos gestores públicos, posto que, na prática, vem-se desprezando um ou alguns dos requisitos ensejadores de tal hipótese, transformando-o em verdadeira ferramenta para a contratação imoral e personalista”. *Dispensa de licitação por emergência e os princípios da moralidade e impessoalidade*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.34944&seo=1>>. Acesso em: 17 mar. 2013.

⁹ A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em 08.03.2013.

com “privilégios”, favorecendo a aplicação e uso zeloso dos recursos investidos visando o Bem Comum e a moralização dos atos da Administração Pública.

A Lei das Licitações nº 8.666 de 21 de junho do ano de 1993, estabelece em seu art. 24, I e II as situações nas quais a mesma poderá ser dispensada.

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

Veja-se que a dispensa somente se torna legítima em seus efeitos jurídicos quando se referir até 10% de obras e serviços de engenharia executadas na modalidade Convite, ou, na hipótese de até 10% de outros serviços e compras realizadas nessa mesma modalidade.

Na ocorrência de decretação do Estado de Emergência o inciso IV do art. 24 do Diploma das Licitações determina que:

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Portanto, é preciso que esteja efetivamente “*caracterizada a urgência de atendimento*”, especialmente naquelas situações que se apresentam como causadoras ou potenciais fontes capazes de “*ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares*”. A prerrogativa para aplicação do mencionado inciso por parte das autoridades públicas se aplica “*somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa*”, mas igualmente poderá ser acionado quando se tratar de “*parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos*”. Todavia, neste último caso, é preciso considerar que as obras e serviços devem contar do início da “*emergência ou calamidade*”, sendo improrrogáveis os contratos alcançados pela dispensa.

No entendimento de Ely, as autoridades públicas promotoras dos atos relativos à dispensa de licitação “*devem publicar no Diário Oficial do Estado, ou afixar em local público, o termo de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, no prazo legal, como*

condição de eficácia do ato”. Tudo isto se faz para atender exigências legais previstas no art. 26, parágrafo único e respectivos incisos da Lei de Licitações.

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único 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 para a 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;
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Declarada a dispensa ou inexigibilidade da licitação, a autoridade superior deve ser participada dos atos em até 3 dias e, concordando com os termos que neles se encontram anotados, ratificá-los-á e fará sua publicação em Diário Oficial no prazo de 5 dias após ciência do fato, sob pena de se tornar ineficaz.

As violações quanto aos quesitos e prazos ensejam a existência de crimes perpetrados pela Administração Pública, implicando na pena de detenção e a multa correspondente ao tipo penal. Tais previsões estão devidamente proclamadas no art. 89 da Lei 8.666/1993.

Dos Crimes e das Penas

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Em face da inobservância da norma, não somente o Poder Público será criminalmente punido, como também sofrerá as consequências solidariamente com ele aquele que tenha *“concorrido para a consumação da ilegalidade”* e mesmo assim firmou contrato com a Administração. A esse respeito, Ely (Op. Cit., 48) faz o seguinte alerta:

Não somente em razão da pena, mas o administrador municipal deve ter muita cautela ao dispensar uma licitação, tendo em vista que o agente público será punido não somente quando contratar diretamente sem amparo na previsão legal (artigos 24 e 25 da Lei n.º 8.666/93), mas também quando deixar de observar as formalidades exigíveis para os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação (artigo 26).

Ainda com relação ao artigo 89 da lei 8.666 de 1993, pode-se dizer que neste dispositivo legal, deverá haver maior preocupação do Administrador Público Municipal nos processos relativos à dispensa e inexigibilidade de licitação.

O fato é que, com o advento desse diploma legal, passou a haver maior preocupação com os procedimentos que devem ser adotados para que a contratação direta.

De outro modo, é evidente que se o fornecedor ou prestador de serviços concorrer para a ilegalidade também deverá ser aplicada pena semelhante à atribuída ao administrador.

São taxativas as previsões legais quando as autoridades deixam de observar na realização de seus atos os prazos e formalidades exigidas quanto à dispensa e inexigibilidade de licitação. Essa conduta está tipificada como crime capaz de gerar a detenção de quem os autorizou e daqueles que com ele participaram da situação que gerou a ilegalidade.

Segundo previu o art. 2º, I, da lei número 8.745, de 09 de dezembro do ano de 1993, a qual regulamentou a contratação por tempo determinado, a existência de “*necessidade temporária de excepcional interesse público*” é causa justificadora de firmação contratual com a Administração Pública visando a “*assistência a situações de calamidade pública*”, inclusive “*prescindindo de concurso público*” ou, ainda, de “*processo seletivo*”, conforme art. 3º, § 1º da lei comentada.

Em matéria de Orçamento no tempo de vigência do Estado de Exceção na espécie Defesa ou Emergência/Calamidade Pública, a pesquisa de Ely (Idem., p. 54-55) também reuniu esclarecedoras informações quanto aos cuidados a serem adotados pela Administração Pública visando efetivar as despesas, de modo a não deixar contaminar por vícios os atos que dela sejam oriundos. Nesses casos, faculta-se a utilização de “*recursos orçamentários ou extraordinários*”, nas conformidades com o que dispuser a lei.

Na Constituição Federal do Brasil, são diversas as proibições regulamentadas no art. 167 em matéria orçamentária, devendo-se atentar para o que dita o § 3º desse dispositivo:

Art. 167. São vedados:

(...)

§ 3º - A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

Como se observa da leitura do parágrafo acima, a utilização dos Créditos adicionais na espécie Extraordinária apenas se justificará em tempos de vigência do Estado de Exceção, especificamente para “*atender a despesas imprevisíveis e urgentes*”, com prioridade absoluta àquelas geradas por “*guerra, comoção interna ou calamidade pública*”. Nessa mesma direção discorre o inciso III do art. 41 da Lei 4.320/1964.

Existindo recursos próprios da Administração Pública em proporções suficientes para auxiliar a repelir a adversidade, não há porque decretar o Estado de Defesa na espécie

Emergência/Calamidade Pública, uma vez que poderá seu agente lançar mão dos Créditos adicionais nas modalidades *suplementar* ou *especial*. No primeiro caso, servirá como “*reforço de dotação preexistente*”, porém, na segunda hipótese de incidência terá como propósito “*atender a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica, mas cuja realização sejam de relevante importância para fins de atendimento ao interesse público*”. Logo, somente quando decretado o Estado de Exceção é que pode o Poder Público acionar a modalidade do Crédito adicional Extraordinário (SCAFF e SCAFF, 2009, p. 1925).

São bastante instrutivas as orientações feitas por Ely (Op. Cit., p. 55):

Preliminarmente, cabe á Administração Pública verificar se existem recursos orçamentários disponíveis que cubram todas as despesas decorrentes da Situação de Emergência. Sendo esses insuficientes, a Lei número 4.320 de 1964, possibilita sua complementação por meio de créditos adicionais, ou seja, a utilização de créditos suplementares ou especiais.

Ocorre que para complementar o orçamento pela via dos créditos suplementares ou especiais, faz-se necessária autorização prévia do Poder Legislativo (artigo 42 da Lei 4.320/64), a qual deve dar-se após tramitação extremamente rápida do projeto de lei, uma vez que a situação é emergencial.

Em não havendo tempo hábil, pode a Administração se valer dos créditos extraordinários, pois a situação em concreto não decorre de um planejamento, uma vez que o fato é imprevisível, e conseqüentemente, requer ação urgente do Poder Público.

Estes tipos de créditos são abertos por Decreto do Poder Executivo independente de autorização legislativa, no entanto o chefe desse Poder deve informar imediatamente o Legislativo das justificativas e causas determinantes de seu ato, conforme prescreve o artigo 44 da Lei numero 4.320 de 1964.

Tanto no que se refere ao processo licitatório quanto em matéria de orçamento, a decretação do Estado de Exceção por parte da Administração Pública gera situações administrativas atípicas que atingem as condutas das autoridades públicas, as formas de contratação de serviços, assim como o modo de utilização das fontes financeiras. Contudo, em nenhum momento são feitas recomendações que pugnem pela inobservância aos dispositivos de leis e normas que balizam o funcionamento do Estado Democrático de Direito.

QUESTÕES JURISPRUDENCIAIS

Este momento do trabalho foi dedicado à análise de pronunciamentos extraídos da página eletrônica do Superior Tribunal de Justiça http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp, assim como decisões havidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal <http://redir.stf.jus.br/>.

No primeiro caso, tratou-se de uma decisão vinda a público no dia 04 de agosto do ano de 2010, no julgamento presidido pelo Sr. Ministro Ari Pargendler do AgRg no AgRg na

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 2.348 - MA (2010/0061877-5), funcionando no polo do Agravante o Município de São Luiz e do Agravado o Estado do Maranhão. Diz a Ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ESTADO DE EMERGÊNCIA.

DECRETO. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO PELA GOVERNADORA. GRAVE LESÃO CONFIGURADA.

– Havendo dúvida razoável sobre a necessidade de homologação do estado de calamidade pública e de emergência e sobre a efetiva existência dos requisitos para a sua declaração, não se pode impor ao governo estadual pesados encargos a tal título, sob pena de grave lesão aos bens jurídicos tutelados pela lei de regência.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AgRg na SS 2.348/MA, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/08/2010, DJe 30/08/2010)¹⁰.

O Município de São Luiz obteve em seu favor decisão liminar em Mandado de Segurança junto ao Tribunal de Justiça do Maranhão para que o Governo desse Estado, no prazo de 48 horas, realizasse o reconhecimento e homologação do Estado de Emergência nos conformes previstos no Decreto Municipal nº 36.635/2009, consoante dispõe o Decreto Federal nº 5.376/2005, sob pena do pagamento de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

O Executivo Estadual, porém, interpôs Agravo Regimental contestando a decisão perante o Superior Tribunal de Justiça, o qual revogou a liminar por entender que mesmo existindo dúvidas razoáveis quanto à homologação e os requisitos a serem preenchidos no ato de decretação do estado de emergência ou calamidade pública, não se pode obrigar o governo estadual a sofrer com os encargos decorrentes das formalizações legais, posto que essa obrigação geraria lesões ao conjunto de bens jurídicos protegidos com o ato realizado.

Outro caso julgado pelo STJ versou sobre o Recurso Especial nº 480.387 - SP (2002/0149825-2), decisão pronunciada na sessão presidida pelo Ministro Luiz Fux, no dia 16 de março do ano de 2004, revelou que na inexistência de má-fé por parte da Administração Pública ao agir na vigência de Estado de Emergência, não há porque caracterizar como ímproba sua conduta, uma vez que não resultou enriquecimento ilícito, menos ainda foi capaz de gerar prejuízos ao erário público e tampouco violou princípios constitucionais.

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR PÚBLICO.

1. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo

¹⁰ https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000618775&dt_publicacao=30/08/2010 Acesso em 08.03.2013.

ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial.

3. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoiar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa.

4. In casu, evidencia-se que **os atos praticados pelos agentes públicos, consubstanciados na alienação de remédios ao Município vizinho em estado de calamidade, sem prévia autorização legal, descaracterizam a improbidade strictu sensu, uma vez que ausentes o enriquecimento ilícito dos agentes municipais e a lesividade ao erário. A conduta fática não configura a improbidade.**

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

6. É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo.

Consectariamente, **a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador.** A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito.

7. É de sabença que a alienação da res publica reclama, em regra, licitação, à luz do sistema de imposições legais que condicionam e delimitam a atuação daqueles que lidam com o patrimônio e com o interesse públicos. Todavia, **o art. 17, I, "b", da lei 8.666/93 dispensa a licitação para a alienação de bens da Administração Pública, quando exsurge o interesse público e desde que haja valoração da oportunidade e conveniência,** conceitos estes inerentes ao mérito administrativo, insindicável, portanto, pelo Judiciário.

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

9. A atuação do Ministério Público, pro populo, nas ações difusas, justificam, ao ângulo da lógica jurídica, sua dispensa em suportar os ônus sucumbenciais, acaso inacolhida a ação civil pública.

10. Consectariamente, o Ministério Público não deve ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios e despesas processuais, salvo se comprovada má-fé.

11. Recursos especiais providos.

(REsp 480.387/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/03/2004, DJ 24/05/2004, p. 163)

Se por ventura o agente na chefia da Administração Pública envolta por uma situação de Emergência/Calamidade Pública vier a praticar irregularidade sanável, sem, contudo, violar princípios constitucionais, tal comportamento, embora atípico, não será suficiente para aplicar-lhe o rótulo da improbidade, desde que a conduta se perpetre a fim de sanar problema iminente de saúde pública que exponha a risco a vida, a integridade das pessoas, bens e serviços. Logo, havendo oportunidade e conveniência, o interesse público pode sobressair a fim de justificar a dispensa de licitação para alienar bens da Administração Pública a um ente que clama por auxílio.

Em sede do Supremo Tribunal Federal¹¹ igualmente existem decisões concernentes aos atos da Administração Pública em tempos de Estado de Emergência, particularmente no que se refere à contratação temporária de servidor público.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. C.F., art. 37, IX. Lei 9.198/90 e Lei 10.827/94, do Estado do Paraná. I. - **A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: C.F., art. 37, II.** As duas exceções à regra são para os **cargos em comissão** referidos no inciso II do art. 37 e a **contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público: C.F., art. 37, IX.** Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos casos; b) **tempo determinado**; c) necessidade temporária de **interesse público excepcional**. II. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI 1.500/ES, 2.229/ES e 1.219/PB, Ministro Carlos Velloso; ADI 2.125-MC/DF e 890/DF, Ministro Maurício Corrêa; ADI 2.380-MC/DF, Ministro Moreira Alves; ADI 2.987/SC, Ministro Sepúlveda Pertence. III. - A lei referida no inciso IX do art. 37, C.F., deverá estabelecer os casos de contratação temporária. No caso, as leis impugnadas instituem hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária, **não especificando a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência**, atribuindo ao chefe do Poder interessado na contratação estabelecer os casos de contratação: inconstitucionalidade. IV. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 3210, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2004, DJ 03-12-2004 PP-00012 EMENT VOL-02175-02 PP-00203 RDA n. 239, 2005, p. 457-463 RF v. 101, n. 379, 2005, p. 237-242 LEXSTF v. 27, n. 314, 2005, p. 59-71 RTJ VOL-00192-03 PP-00884)

¹¹ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363338> Acesso em 08.03.2013.

Embora somente se admita a inclusão de servidor nos quadros da Administração Pública por meio de concurso, a regra constitucional tem seu efeito excepcionado quando se tratar dos “*cargos em comissão*” e da “*contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*”.

Por mais que o agente público esteja legalmente amparado pelos benefícios conferidos com a decretação do Estado de Emergência, a contratação para investir servidor em comissões ou por tempo determinado requer que sejam especificadas as condições fáticas capazes de justificar tal ato. Com isto, a Administração Pública não poderia determinar o tipo de contratação a ser firmada, senão nas hipóteses autorizadas por lei.

Verifica-se, portanto, que para haver a contratação de servidor em tempos de Estado de Emergência, é preciso considerar sua previsão em “*lei*”, estimar seu prazo das obrigações por “*tempo determinado*” e provar que efetivamente a medida é necessária em face do “*interesse público excepcional*”.

De outra parte, o Plenário do Tribunal de Contas da União em sessão realizada no dia 01 de junho do ano de 1994, pronunciou Decisão sobre a “*Consulta formulada pelo Ministério dos Transportes sobre a caracterização genérica dos casos de emergência ou de calamidade pública, para que se proceda à dispensa de licitação*”, da qual houve “*Conhecimento*”. Em resposta a essa provocação, o TCU já deixava claro, à época, a necessidade de cautelas na aplicação do art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, uma vez que ele depende de diversos pressupostos para sua admissibilidade:

"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.

Considerando-se a existência desses pressupostos, foi enfática a Decisão do TCU:

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

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

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

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

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

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

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

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

Percebe-se que a situação de emergência ou calamidade não pode ser alegada com base no comportamento desidioso da Administração Pública, e tampouco por problemas de planejamento da gestão e do uso inadequado daqueles recursos provenientes das receitas próprias ou dos repasses constitucionais disponíveis no Orçamento.

Além disso, a urgência do atendimento não depende da necessidade alegada pelo administrador, mas da efetiva “*urgência qualificada*” que se tem a fim de eliminar o “*risco*” de caráter iminente e gravoso, que, uma vez que os cuidados deixem de ser aplicados com a celeridade e eficiência requerida, podem gerar os prejuízos às “*pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens*” de natureza pública ou privada.

Constitui, portanto, ônus da Administração ter que demonstrar a iminência do risco e isto deve ser apresentado de forma objetiva, tendo-se em conta a probabilidade da ocorrência da situação alegada capaz de justificar a dispensa de licitação para contratação temporária e execução de obras e aquisição de bens, serviços e compras na quantidade e segundo as especificações indicadas para repelir os riscos denunciados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização desta pesquisa foi oportuna não apenas em função da atualidade da temática explorada, mas por permitir o desenvolvimento de reflexões concernentes ao conceito e às características do Estado de Defesa nas espécies Emergência ou Calamidade Pública.

Por força do que estabelece a Constituição do Brasil e a Instrução Normativa nº 01 de 2012 do Ministério da Integração Nacional, o Estado Democrático de Direito pode vir a sofrer alterações em seu funcionamento regular em razão de excepcionalidades, como nos casos em que, por motivo de Desastre, forem decretadas medidas visando reparar ou prevenir os danos humanos, materiais, naturais, e os que tenham gerado prejuízo econômico público ou privado, e desde que o Poder Público não esteja com capacidade financeira saudável para suprir as demandas.

Embora o Estado de Emergência tenha sua previsão no texto constitucional, a Administração Pública implicada com a decretação dessa medida, não deve ser negligente em relação à aplicação do art. 136 enquanto um dos fundamentos legais a ser adotado a fim de justificar a exceção. Além desse dispositivo, os arts. 10 e 11 da Instrução Normativa nº 01 de 2012, merecem atenção, de modo a respeitar os princípios enunciados no art. 37 da CRFB de 1988.

Para decretar a Situação de Emergência ou o Estado de Calamidade Pública, exige-se do agente público que cumpra diversas formalidades visando o reconhecimento do ato. Contudo, há possibilidade de que essa pretensão lhe seja sumariamente concedida devido à proporção do desastre e os efeitos projetados na sociedade, na esfera econômica e no meio ambiente do local atingido, conforme determina o art. 12 da Instrução Normativa nº 1 de 2012.

O tempo que deve perdurar o Decreto de Emergência é de 30 dias prorrogável por mais 30 dias, caso os riscos ainda estejam a exigir da Administração Pública um juízo especial de seu funcionamento. Porém, a Instrução Normativa nº 1 de 2012 estabeleceu um tempo de 180. Acontece que o tempo previsto nessa Instrução alterou a Constituição em desrespeito ao art. 60, no qual se previu a Emenda Constitucional como procedimento adequado para fazê-lo.

Diante da ocorrência de um Desastre, é possível que a capacidade financeira, administrativa, material e humana da Administração Pública seja suficiente para remediar os eventos danosos, inclusive acionando a utilização de Créditos Adicionais do tipo Suplementar ou Especial. Entretanto, verificado que a gravidade da situação exorbita a sua “*capacidade de*

resposta”, aí sim restaria a opção de recorrer à medida extremada de declarar o Estado de Defesa na espécie Emergência ou Calamidade Pública. Nestes dois casos, os agentes públicos poderiam contar com o auxílio financeiro por meio do Crédito Extraordinário visando “*atender a despesas urgentes*” e do apoio advindo do Governo Federal, uma vez atendidos os requisitos da Instrução Normativa nº 1 de 2012.

A Lei de Licitações não representa a norma central a ser seguida quando da decretação do Estado de Emergência. Ao contrário, ela deve ser adequada aos fins perseguidos por esta medida, ou seja, subordinando-se aos comandos e princípios da Constituição da República Federativa do Brasil e da Instrução Normativa do Ministério da Integração Nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição da República do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm;

BRASIL. *Instrução Normativa nº 01 de 2012*. Ministério da Integração Nacional. Brasília-DF. Disponível: <http://www.defesacivil.pr.gov.br/arquivos/File/publicacoes/InstrucaoNormativa24082012.pdf>; Acesso em: 02 mar. 2013.

BRASIL. *Lei 101/2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências*. DOU de 5.5.2000. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm;

BRASIL. *Lei 12.608/2012. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC*. DOU de 11.4.2012. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm; Acesso em: 02 mar. 2013.

BRASIL. *Lei 4.320 de 17 de março do ano de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm Acesso em: 02 mar. 2013.

BRASIL. *Lei 7.347/1985. Disciplina a ação civil pública*. DOU de 25.7.1985. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm; Acesso em: 02 mar. 2013.

BRASIL. *Lei 8.429/1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências*. DOU de 3.6.1992. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm; Acesso em: 02 mar. 2013.

BRASIL. *Lei 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras*

providências. DOU de 22.6.1993 e republicado em 6.7.1994. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm; Acesso em: 02 mar. 2013.

BRASIL. *Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências.* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8745cons.htm Acesso em: 02 mar. 2013.

ELY, Jair Euclésio. *A administração pública municipal na situação de emergência.* Universidade Federal de Santa Catarina. Curso de Especialização em Planejamento e Gestão em Defesa Civil. Florianópolis, dezembro de 2005 (Monografia de Especialização)

FIGUEIREDO, Marcelo. Artigo 37. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coords.). *Comentários à Constituição Federal de 1988.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 713-714.

JARDIM, Valdimar. Vereador recorre ao Judiciário para anular estado de emergência em Sena Madureira. <http://www.sena24horas.com.br/index.php/politica/1604-vereador-quer-anular-estado-de-emergencia-em-sena-madureira.html> Acesso em: 06 abr. 2013.

NEVES, Luiz Djalma Cruz. *Dispensa de licitação por emergência e os princípios da moralidade e impessoalidade.* Conteudo Juridico, Brasília-DF: 01 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.34944&seo=1>>. Acesso em: 06 abr. 2013.

SCAFF, Fernando Facury; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. Artigo 163 ao 169. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coords.). *Comentários à Constituição Federal de 1988.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1907-1930.

SUMULA nº 346 do Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400; Acesso em: 17 mar. 2013.