

Art. 26 da Lei nº 8.666/93
Não-Observância dos Prazos Respectivos
Reflexos nos Ajustes Decorrentes da Contratação Direta Emergencial
Distinção entre Eficácia, Vigência e Validade

Jair Eduardo Santana

Mestre em Direito do Estado – PUC/SP

Sabe-se que o formalismo desatende com frequência aos verdadeiros propósitos inseridos na lei que, por sua vez, contempla valores que a ela transcendem. Não raro se encontram em confronto o *empirismo* e o *dogmatismo*, e o embate há de ser decidido em favor de uma ou outra linha de pensar. A *indeclinabilidade* ou o *dever de decidir* que toca à Administração conduz a esse quadro.

Fala-se isso porque o dispositivo em questão, antes de ser matéria, é forma; forma complexa – admitimos – da qual depende o aperfeiçoamento da essência versada.

Não se está advogando em absoluto o desapego às formas ou formalidades, importantíssimas para guiar as condutas administrativas. Mas se quer pontuar, desde logo, que casos há em que a forma não poderá sobrepor-se ao fim. Essa, aliás, a tendência interpretativa propagada e adotada modernamente no cenário pátrio.¹

O dispositivo em tela (art. 26) por certo se aplica à formalização da contratação direta decorrente de situação emergencial (art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666/93).

Não sendo nossa intenção aqui discorrer sobre a substância da mencionada *hipótese legalmente qualificada de afastamento da licitação*, registra-se que, uma vez ocorrido o *fato* que se sotopora àquela situação hipotética,² surgirá a necessidade da correlata *formalização*.

E aqui há de ter extremo cuidado para não confundir a *forma* com a *essência*.

A *norma procedimental* do art. 26 manda, em resumo: (a) caracterizar a situação emergencial, (b) justificar o preço, (c) motivar a escolha do fornecedor ou executante, (d) apresentar documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados, (e) comunicar a autoridade superior em três dias para que esta (f) ratifique a dispensa e publique, em cinco dias.

E a norma em questão diz que tais providências caracterizam **condição para a eficácia dos atos**.

A muitos tem passado despercebida a diferenciação fundamental entre os termos **eficácia** e **vigência** dos atos que se materializarão nos ajustes lavrados nas situações que mencionamos.

E a confusão se generaliza tanto a partir daí quanto de equivocada interpretação daquelas formalidades em si mesmas.

Imaginando que o *procedimento de dispensa emergencial* seja fim em si mesmo, criam-se na Administração Pública rotinas que acabam por gerar problemas até então inexistentes.

Sabedores de que os prazos não serão cumpridos, por motivos vários que não convém discutir, aos autos do procedimento são levados do-

1. Referimo-nos à interpretação que se vale do critério *sistemático-finalístico*, presente em incontáveis decisões dadas, por exemplo, pelo nosso Superior Tribunal de Justiça em matéria de licitações.

2. Vale consultar a *teoria geral da tipicidade*, cujos fundamentos se aplicam com perfeição à espécie tratada.

cumentos com *datas falsas*³ para que se amoldem ao *calendário fictício* (há documentos internos, como despachos, remessas, juntadas, vista, e também externos, levando-se o terceiro a igualmente se *adequar* ao mencionado *calendário fictício*).

Diversamente há situações nas quais, abominando condutas como as relatadas acima, não se sabe como dar ao executante ou ao fornecedor (que está atendendo a situação emergencial independentemente de a formalização procedimental ter sido levada a efeito) a devida contra-prestação ou remuneração.

Entretanto, nada disso seria necessário se – nos casos onde se aplicar – estivesse presente a noção que antecipamos em torno da **eficácia** e da **vigência** do ajuste levado a efeito. De fato, **vigência** é fenômeno que se verte na perspectiva histórico-temporal. Implica **força** e **vigor**. **Eficácia**, por sua vez, se refere à *potencialidade* para eclodir efeitos jurídicos desejados.

Já a **validade** do ajuste é coisa bem diversa.

Assim, na linha que perseguimos, a **eficácia dos atos** a que alude o art. 26 da Lei nº 8.666/93 (atos que se petrificam num contrato) pode muito bem **reconhecer a eficácia de atos praticados de modo pretérito; é, na hipótese, uma eficácia que retroage no tempo pela simples previsão da vigência contratual retroativa**.

A distinção, embora não seja feita pelos *doutos* das licitações, é dado que se soma com perfeição aos respectivos ensinamentos. Todos, aliás, no sentido de que a **forma irregular** é passível de convalidação.

Assim, aliás, é a lição do professor Diogenes Gasparini:

“(...) A publicação, nos termos desse artigo estatutário, deve ser na imprensa oficial. O atendimento de tais exigências é necessário para a eficácia desses atos. Vale dizer: somente será possível a contratação depois de observado esse procedimento, que termina com a publicação na imprensa oficial do ato de ratificação da dispensa de licita-

ção, acompanhado de sua justificativa. A partir daí tem-se a contratação e a execução do contrato. A falta da publicação no momento oportuno não invalida, por si só, a contratação, apenas serve de motivo para responsabilizar, mediante procedimento disciplinar, o servidor omissor quanto a essa obrigação” (*in Direito Administrativo*, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 466).

Seguindo esse mesmo raciocínio, escreve Marçal Justen Filho:

“Cabe à autoridade superior ratificar a decisão de promover a contratação direta, assim como as condições contratuais. A aprovação pela autoridade superior é condição de eficácia da decisão do subordinado. Deverão ser divulgadas pela imprensa oficial as contratações efetivadas com dispensa e inexigibilidade de licitação. Pela redação do parágrafo único, confirma-se que a publicação se fará após aperfeiçoada a contratação. Não se trata, portanto, de condição de sua validade. Deve-se reputar que a publicação constitui condição de eficácia da contratação, nos termos do art. 61, § 1º.* A distinção entre requisito de validade e de eficácia é simples, do ponto de vista prático. Se um requisito de validade fosse infringido, seria impossível seu suprimento e existiria obstáculo a promover a execução do contrato posteriormente. Não é o que se passa. Alude-se a requisito de eficácia porque se reconhece que o contrato é válido e perfeito. O único problema é que não poderá ser executado nem produzirá efeitos plenos enquanto não cumprida a formalidade de publicação” (*in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 10ª ed., São Paulo, Dialética, 2004, p. 292).

Faltou dizer, como se vê, que a formalização extemporânea (que tem efeito convalidatório) poderá até mesmo *dar vigência retroativa* para acudir situação de fato preexistente. É que, como se disse, não se confunde *eficácia* com *vigência*.

Ademais, segundo pensamos, não é necessária sequer a publicação do extrato do contrato, a teor do que diz o próprio art. 61, parágrafo

3. São *falsas* porque simplesmente não correspondem ao tempo respectivo.

* Nota do Editor: Art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

único, da Lei nº 8.666/93. Mas, seja como for, imaginando-se diversamente, parece que a assinatura e a respectiva publicação do termo de contrato realmente deveriam ocorrer tão-somente após a ratificação e a publicação do procedimento de contratação direta na forma prevista no art. 26 da Lei nº 8.666/93.

Porém, também nesse caso parece-nos que o fato de o respectivo contrato ter sido assinado e publicado antes mesmo da efetiva ratificação do processo de contratação direta, por si só, não acarreta sua nulidade, tendo em vista que, em princípio, este vício seria sanável com a própria ratificação e posterior publicação do processo de contratação direta.

Dando suporte à tese exposta, invoca-se Carlos Ari Sunfeld:

“O dispositivo estipula os prazos de 3 dias corridos para o agente comunicar sua decisão ao superior e de 5 dias corridos para este a ratificar e publicar. A inobservância

dos prazos gera apenas efeitos de ordem disciplinar para os agentes relapsos, além de retardar a eficácia do ato. Mas não impede a ratificação ou publicação extemporânea” (*in Licitação e Contrato Administrativo*, 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 1994, p. 62).

Enfim, não tendo sido possível a formalização do procedimento nos prazos elencados na lei e espelhando a situação de fato execução de ajuste prévio (sem, portanto, as formalidades corporificadas), a publicação e a contratação posterior podem retroagir à data do acontecimento respectivo, a bem da transparência, da publicidade, da lealdade e de valores outros entranhados na supremacia do interesse público.

E, por fim, a problemática da *responsabilização* pelo descumprimento de prazos é também matéria a ser tratada noutro nível de discussão. A incúria em tal setor, via de regra, não pode ser tributada a um ou outro servidor público. A quase ausência absoluta de planificação no setor público é uma das grandes vilãs.