JOTA

CONTROLE PÚBLICO

O controle em tempos de coronavírus

Precedentes não se aplicam à situação, que é excepcional

JULIANA BONACORSI DE PALMA

25/03/2020 13:43
Atualizado em 25/03/2020 às 14:51

Foto: Flickr TCU

A legalidade é o vetor da decisão pública, dizem os manuais. O que os livros não contam é que gestores públicos agem com um olho no caso concreto e outro nos precedentes dos órgãos de controle, especialmente do Tribunal de Contas da União (TCU). Sentem-se desconfortáveis em decidir sem amparo em pelo menos um julgado e dificilmente arriscariam seu CPF em uma atuação contrária a qualquer entendimento jurisprudencial.

Em tempos de coronavírus, decisões públicas precisam ser técnicas, rápidas, efetivas e transparentes. Para enfrentar essa pandemia, o gestor público não está obrigado a se pautar por precedentes de órgãos de controle construídos em contextos completamente distintos do atual.

+JOTA: Antecipe as iniciativas dos Três Poderes e entenda os impactos da crise do coronavírus para o seu setor. Descubra o JOTA PRO Poder.

O Brasil já vivenciou outras situações dramáticas, como os casos de dengue e zika. Nada se compara ao que vivemos hoje. A Portaria 188/2020 do Ministério da Saúde, que declarou emergência em saúde pública de importância nacional, demarca uma situação inédita e dramática: em poucos dias o sistema de saúde brasileiro poderá colapsar e inúmeras vidas humanas serão ceifadas. É uma evidente questão de *distinguishing*: o pano de fundo da construção dos precedentes em outras situações dramáticas não é o mesmo do cenário atual.

A jurisprudência do TCU tende a limitar ao máximo o *regime especial* da emergência por se contrapor ao *regime geral* da licitação, do concurso público e das despesas públicas. Entende que esse regime especial coloca em risco os valores públicos com base nos quais foi erigido, como a moralidade e impessoalidade. Assim, os precedentes são carregados de *ônus de justificativa* sem correspondência legal, cujo atendimento pode levar a uma demora insustentável na adoção das medidas imprescindíveis ao enfrentamento do coronavírus.

Parece ser esse o raciocínio da Lei de Combate ao Coronavírus, recentemente alterada pela MP 926, que procurou afastar os principais entendimentos do TCU com relação à dispensa de licitação por emergência. O art. 4º-B indica que a declaração da dispensa não impõe ao gestor o ônus de demonstrar que: (i) a situação de emergência é propriamente evidenciada (Acórdãos 540/2011 e 2614/2011); (ii) a dispensa é o meio adequado, eficiente e efetivo de afastar o risco iminente (Acórdão 1987/2015); (iii) há existência de risco a bens ou pessoas (Acórdão 287/2011); e (iv) o objeto da contratação corresponde à parcela mínima necessária ao atendimento da situação emergencial (Acórdãos 2190/2011, 4570/2014, 6439/2015 e 943/2011).

O art. 4º-E, *caput*, admite a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado. Para conferir maior segurança jurídica, a MP fixa o conteúdo simplificado mínimo desses documentos, flexibilizando algumas exigências da jurisprudência do TCU, como a justificativa da escolha do fornecedor ou prestador de serviço (Acórdão 1192/2008).

Embora não esteja expresso, depreende-se do texto da Lei de Combate ao Coronavírus que a Administração pode executar imediatamente o contrato ainda que pendente a publicação da dispensa no Diário Oficial (Acórdão 3083/2007), pois disponível em *site* da internet. A Lei aceita que o Poder Público contrate por valores superiores à estimativa de preços; pela jurisprudência do TCU, não pode haver encargos ou custos maiores em relação às contratações precedidas de licitação (Acórdão 1580/2017).

Assim como os precedentes do TCU em matéria de dispensa emergencial, todos os outros relacionados à situação emergencial não se aplicam na tomada de decisão pública para enfrentamento do coronavírus, em particular nos casos de aditivos contratuais, contratação temporária por excepcional interesse público e responsabilização de gestor. Desse modo, afastam-se as seguintes balizas de responsabilização do gestor em situações emergenciais: (i) deixar de realizar a licitação em momento oportuno (Acórdão 2240/2015); (ii) incorrer em falta de planejamento, desídia administrativa ou má gestão de recursos públicos (Acórdãos 1122/2017 e 798/2009); (iii) incúria ou inércia administrativa culposa (Acórdão 1876/2007); e (iv) deixar de dispensar licitação quando a situação fática assim exigir (Acórdãos 1667/2008 e 1022/2013).

JULIANA BONACORSI DE PALMA – Professora da FGV Direito SP. Mestre e doutora pela Faculdade de Direito da USP e LL.M. pela Yale Law School.