

LICITAÇÃO PÚBLICA: AS CONTRATAÇÕES DIRETAS ANALISADAS SOB A PERSPECTIVA DO INTERESSE PÚBLICO

Herlon Amós Gomes de Oliveira, Graduando em Direito
pela Faculdade Unipac - Campus Teófilo Otoni/MG
herlonamos@gmail.com

Marcello Martins Lôbo, professor e advogado,
OAB/MG 178.839, CPF 939.232.956-34

*Bacharel em Direito pela Faculdade Unipac - Campus Teófilo Otoni/MG

*Bacharel em Letras pelo Centro Universitário de Jales -UNIJALES - Jales/SP

*Especialista em Direito Penal e Processo Penal - Faculdade Prisma

*Especializando em Direito Civil - Direito e Sistema Registral e Notarial Brasileiro
pela Faculdade Metropolitana / EaD
profmarcellolobo@gmail.com

Recebimento 15/05/2023 Aceite 01/07/2023

RESUMO

Muito embora as contratações diretas estejam previstas na legislação elas são vistas como sendo procedimentos eivados de ilegalidade e imoralidade pelos órgãos de controle o que gera constantes medo na atuação do administrador público. A própria Constituição Federal que dispõe como regra o dever de licitar, também faz ressalva quanto a possibilidade de contratação direta na qual é dispensada a licitação, ou seja, a legislação estabelece algumas hipóteses onde a obrigatoriedade em licitar não será aplicada. É o que dispõe o artigo 37, inc. XXI da Constituição Federal. Com base nessas explanações, o presente estudo científico por meio de uma metodologia de pesquisa exploratória, tem como finalidade responder ao seguinte questionamento: "Qual é a importância das contratações diretas para o interesse público?". Para isso, será necessário analisar os procedimentos necessários para a licitação direta e especificamente, analisar a viabilidade das licitações públicas, os critérios utilizados para a contratação direta e quais são as legislações que regulamentam o processo licitatório.

Palavras-chave: Licitação. Administração. Dispensa de licitação.

ABSTRACT

Although direct hiring is foreseen in the legislation, it is seen as procedures riddled with illegality and immorality by the control bodies, which generates constant fear in the performance of the public administrator. The Federal Constitution itself, which provides as a rule the duty to bid, also makes a reservation regarding the possibility of direct contracting in which bidding is waived, that is, the

legislation establishes some hypotheses where the obligation to bid will not be applied. This is what article 37, inc. XXI of the Federal Constitution. Based on these explanations, the present scientific study, through an exploratory research methodology, aims to answer the following question: "What is the importance of direct hiring for the public interest?". For this, it will be necessary to analyze the necessary procedures for direct bidding and specifically, to analyze the feasibility of public biddings, the criteria used for direct contracting and what are the laws that regulate the bidding process.

Keywords: Bidding. Administration. Bidding waiver.

INTRODUÇÃO

O dever de licitar está expresso na Constituição Federal como regra, da mesma forma que a ressalva quanto à possibilidade da administração realizar contratação direta. Dessa forma, a legislação disciplina os casos de inexigibilidade, quando a competição é inviável e dispensa de licitação, quando a competição é viável, mas, que se realizada importaria prejuízos ao interesse público. Assim, o legislador criou situações específicas e excepcionais em que a Administração está autorizada a realizar a contratação de forma direta.

A previsão legal desse tipo de contratação, não inibe a desconfiança dos órgãos de controle e nem o temor do administrador, que de forma discricionária, pode decidir por dispensar o certame. A contratação direta como exceção visa auxiliar o Administrador em questões peculiares onde o certame licitatório se torna inviável por falta de competitividade, pelo baixo valor da contratação, pela situação emergencial, entre outras situações taxativamente elencadas na Lei nº 14.133/2021.

Nessas situações o Administrador está autorizado a dispensar o processo licitatório, tendo em vista se tratar de procedimentos demorados e de alto custo pecuniário para a Administração. Sendo assim, a não utilização acarreta o desvio do interesse público.

Na rotina do Administrador público aparecem situações fáticas onde o interesse público fica prejudicado se em determinado caso concreto for aplicado a regra de licitar, como em situações de calamidade pública. Diante disso, tratar as contratações diretas como sendo atos ilegais ou imorais criam obstáculos e receios para o administrador utilizá-los de forma efetiva na atuação pública. Esses receios na verdade é o medo gerado pelas rígidas e minuciosas análises que buscam mínimas falhas e deslizos muitas vezes meramente formais visando a sanção do gestor através dos diversos órgãos de controle existentes.

As contratações diretas são autorizadas pela Constituição Federal e na legislação, a sua utilização não devem abrir mão do interesse público, da

proporcionalidade, do bom senso assim, a sociedade e os administradores públicos devem olhar para uma contratação direta como sendo hipóteses legítimas legalmente amparadas e que devem ter o controle social e responsabilização por atos ilegais.

Com base nessas explanações, o presente estudo científico por meio de uma metodologia de pesquisa exploratória, tem como finalidade responder ao seguinte questionamento: "Qual é a importância das contratações diretas para o interesse público?". Para isso, será necessário analisar os procedimentos necessários para a licitação direta e especificamente, analisar a viabilidade das licitações públicas, os critérios utilizados para a contratação direta e quais são as legislações que regulamentam o processo licitatório.

LICITAÇÃO PÚBLICA: CONCEITO, LEGISLAÇÃO, DESTINATÁRIOS, FINALIDADE, PRINCÍPIOS E OBJETO.

Na atuação da administração pública ela tem o dever de zelar pela garantia do interesse público, apesar de dispor de prerrogativas que a colocam em patamar superior aos particulares, a administração deve observar os princípios e uma série de limitações impostas pela legislação.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 370), conceitua licitação da seguinte forma:

[...] pode-se definir a licitação, como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionar e aceitar a mais conveniente para a celebração de contrato.

Assim, para a autora, a licitação trata-se de um procedimento administrativo composta de atos integrados realizados sequencialmente a fim de obter um resultado ou ato final. Desta maneira, a licitação se torna um procedimento capaz de oferecer aos interessados em apresentar propostas para, que no final, possa selecionar a mais vantajosa para a Administração.

Diferente do particular que tem liberdade na atuação dos negócios de seu interesse, a Administração deve seguir estritamente as disposições legais dentre

elas a garantia do interesse público e a isonomia. Dessa forma, não cabe ao administrador a livre escolha de contratar. Nesse sentido, Joel de Menezes Niebuhr, 2003, explica que:

(...) o particular dispõe livremente das coisas e dos interesses que lhe dizem respeito. Ele imprime à administração de seus interesses a sua própria vontade, agindo de acordo com ela. Por exemplo, se o particular resolve beneficiar alguém, por várias razões estritamente pessoais, como familiares e afetivas, não há nada que impeça de fazê-lo. Sem contrariar as proibições prescritas nas normas jurídicas, o particular atua com total liberdade. Em sentido contrário, quem exerce função administrativa está atrelado ao interesse público, sendo-lhe vedado utilizar o aparato estatal pra fazer valer percepções de cunho subjetivo.

Mello (2000, p 469) conceitua licitação como sendo:

Um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com ele as travas determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Assim, é através da licitação que a administração quando quer contratar, elabora o instrumento convocatório onde são fixadas as condições e requisitos na qual os interessados se sujeitarão. A publicação do instrumento convocatório possibilita aos interessados a formulação das propostas dessa forma, a administração selecionará através de critérios objetivos a proposta mais vantajosa e conveniente para que o interesse público seja resguardado nas contratações.

CONTRATAÇÃO DIRETA- DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PÚBLICA

A licitação pública é obrigatória nas contratações de bens e serviços, tendo em vista a proteção do interesse público. Dessa forma, a Administração na condução dos certames licitatórios deve pautar-se em atos morais que demonstrem transparência, impessoalidade sem tratamento discriminatório e principalmente prezar pela isonomia que é o tratamento igualitário para com os licitantes.

A causa maior da licitação pública é o princípio da isonomia. Pois, o contrato traz benefícios econômicos ao contratado e dessa forma, a licitação deve garantir um tratamento igualitário.

A própria Constituição Federal que dispõe como regra o dever de licitar, também faz ressalva quanto a possibilidade de contratação direta na qual é dispensada a licitação, ou seja, a legislação estabelece algumas hipóteses onde a obrigatoriedade em licitar não será aplicada. É o que dispõe o artigo 37, inc. XXI da Constituição Federal.

Nesse sentido, o regramento constitucional é a obrigatoriedade de licitação pública e a exceção trazida no início do inciso XXI se refere ao que a legislação disciplina nos casos de inexigibilidade, quando a competição é inviável e dispensa de licitação, quando a competição é viável, porém se realizada importaria prejuízos ao interesse público.

Portanto, a lei criou situações específicas e excepcionais que mesmo podendo ser realizada a licitação, a Administração está autorizada a não proceder com o certame para contratar. Assim, o Administrador é obrigado a observar de forma atenta, a regra trazida pelo legislador pela obrigatoriedade em licitar como também na exceção onde pode dispensar o certame nas hipóteses taxativas trazidas pela legislação, sempre visando o interesse público nos atos praticados.

Diferente dos casos de dispensa de licitação onde o Administrador tem certa margem de discricionariedade para decidir pela licitação ou pela dispensa, o mesmo não ocorre nos casos de inexigibilidade de licitação tendo em vista, se tratar de hipótese em que a competição é inviável, ou seja, não há possibilidade de realizar o certame, independe da vontade do legislador. Além disso, não há possibilidade do legislador relacionar de forma taxativa os casos onde a competição é inviável, isso se dará no caso concreto.

Os casos de inexigibilidade de licitação ocorrem quando há inviabilidade de competição sendo assim, em algumas situações não será possível realizar um procedimento competitivo. Nesses casos haverá a dispensa da obrigatoriedade de licitar.

A Lei nº 14.133/2021 em seu artigo 74 elenca, de forma exemplificativa, os casos em que será inexigível a licitação: Dessa forma, sempre que a Administração estiver diante de inviabilidade de competição a licitação será inexigível. Assim, além

dos casos elencados no dispositivo legal mencionado, de forma exemplificativa, haverá situações em que a administração estará diante de casos onde a realização de licitação pública se mostra inviável devido a falta de competitividade diante disso, independente de previsão legal a licitação será inexigível.

DISPENSA DE LICITAÇÃO PÚBLICA

Além das hipóteses de inexigibilidade o administrador se depara com situações em que mesmo havendo a viabilidade à competitividade, a licitação pública não será realizada, tendo em vista que a sua realização comprometeria o interesse público pelo fato de que a licitação é um procedimento dispendioso e demorado. Diante disso, a administração poderá se valer de casos onde é plenamente cabível a licitação dispensada ou a licitação dispensável.

Assim, diferente das hipóteses de inexigibilidade onde a licitação é inexigível por haver a impossibilidade de competição e os casos são trazidos pela Lei apenas a título exemplificativo. Nos casos de licitações dispensada ou dispensável esse rol de hipóteses é taxativo, ou seja, refere - se somente aos casos elencados na Lei.

As hipóteses de licitações dispensáveis estão elencadas no artigo 75 da lei 14.133/2021- nova lei de licitações e contratos- ela traz em torno de 28 hipóteses de dispensa de licitação, muitas delas específicas e excepcionais, direcionadas a determinados setores da administração. Nesses casos o legislador autoriza a Administração a não licitar, isto é, consiste em uma escolha discricionária diante de vários casos trazidos taxativamente na lei.

DISPENSA DE LICITAÇÃO EM RAZÃO DO VALOR DO CONTRATO

As dispensas de licitação em razão do valor econômico do contrato visa atender o princípio da economicidade, para a formalização de um certame licitatório. É necessário a Administração despender de recursos econômicos e humanos além de tratar de procedimento demorado. Dessa forma cabe à Administração avaliar de forma discricionária e levando- se em conta o princípio da proporcionalidade, a

relação entre os gastos e as vantagens que serão auferidas na contratação através do procedimento licitatório. Nesse sentido, NIEBUHR, (2003, p. 54) ensina que:

Nas hipóteses em que as vantagens econômicas pretensamente produzidas pela licitação pública rivalizam com os custos a serem assumidos para levar a cabo o procedimento, passa a ser desproporcional mantê-lo obrigatório, compelindo a Administração Pública a arcar com custos financeiros para firmar contratos de pouquíssima repercussão, que não lhe trazem contrapartida.

Dessa forma, o legislador definiu a obrigatoriedade de licitação apenas para contratos que ultrapassem esses valores. Assim, as contratações com valores estimados abaixo desses patamares, autoriza a Administração a realizar a contratação direta por dispensa de licitação.

Os incisos do art. 75 dispõe sobre as hipóteses de dispensa de licitação conhecida por baixo valor, o inciso I autoriza o Administrador a realizar a contratação direta em casos de obras e serviços de engenharia ou serviços de manutenção de veículos automotores em valores inferiores a cem mil reais.

Já o Inciso II autoriza a contratação para valores inferiores a cinquenta mil, nos casos de outros serviços e compras, esses valores serão duplicados em se tratando de consórcio público, autarquias ou fundação qualificada como agência executiva, disposição do § 2º do art. 74 da lei 14.133/2021.

A nova Lei geral de licitação pública (14.133/2021) aumentou esses valores em relação a antiga legislação (8.666/1993) no caso do inc. I o valor era de trinta e três mil reais e não havia a inclusão do serviço de manutenção de veículos; do inc. II o valor era de dezessete mil e seiscentos reais.

Assim, para que a administração utilize a contratação direta em razão do valor, é necessário observar além dos limites trazidos pelo legislador, o indevido parcelamento do objeto, ou seja, conforme disposição do §1º do art. 75, é proibido fragmentar o objeto visando enquadrá-lo nos valores para a contratação direta e dessa forma, desviar-se da obrigatoriedade de licitar. O administrador deve planejar seus gastos para o exercício financeiro e esse dispositivo traz a proibição das compras de parcelas do mesmo objeto do contrato.

CONTRATAÇÃO DIRETA NA PANDEMIA DE COVID- 19

A chegada ao Brasil do novo coronavírus causador da Covid-19, infectou milhões de brasileiros e milhares deles sendo vítimas fatais. Diante dessa situação grave e urgente, bem como, em razão da rápida disseminação do coronavírus foi publicada a Lei n. 13.979/2020 que além de dispor sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública, ela também dispõe, no artigo 4º, sobre a dispensa de licitação para contratações diretas.

Nesse sentido, diante da Pandemia verificou-se a necessidade de tornar o procedimento de aquisição de bens, serviços e insumos de saúde utilizados para a prevenção e combate ao Covid-19 mais célere, simplificado e ágil através de uma contratação direta.

Essa nova situação de emergência, na saúde pública difere da situação de emergência prevista na Lei n. 8.666/1993, artigo 24, inciso IV e na nova lei geral de Licitações Lei n. 14.133/2021 disposta no artigo 75, inciso VIII pois, na Lei n. 13.979/2020 regulamenta as contratações diretas tendo como finalidade ações de combate e prevenção ao Covid-19. Ou seja, são para casos específicos de urgência causados pela pandemia. Essa Lei traz algumas peculiaridades como a obrigatoriedade de divulgação das contratações nos portais de transparência, visando assim, a fiscalização e controle social sobre as ações da Administração.

A contratação direta através da dispensa de licitação emergencial foi amplamente utilizada pelos gestores públicos, que amparados pela Lei nº 13.979/2020 que estabelece várias medidas para o enfrentamento emergencial da Covid-19 e cria uma nova hipótese de dispensa de licitação no seu artigo 4º que dispõe da seguinte forma:

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. (BRASIL, 2020)

A Lei nº 14.035/2020, alterou a lei de enfrentamento ao Covid-19 que passou a dispor da seguinte forma:

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei. (BRASIL, 2020)

Dessa forma, o legislador buscou amenizar o rigor do procedimento de licitação nas compras públicas em situações emergenciais causadas pelo Covid- 19, mesmo sendo essenciais para uma boa destinação dos recursos públicos os procedimentos licitatórios são demorados e em situações emergenciais como a pandemia, poderia paralisar o atendimento à população causando prejuízo ao interesse público. No entanto, a Administração deve comprovar a urgência concreta para a contratação direta, o parágrafo 1º dispõe sobre a temporariedade dessa hipótese de contratação direta que se aplica enquanto perdurar a emergência de saúde.

Assim, o gestor público deve verificar e comprovar que as situações que almejam as contratações diretas se enquadram na excepcionalidade a que foram destinadas devidamente motivadas. Ou seja, a dispensa fundamentada pela emergência da pandemia ela tem destinação específica que é a prevenção e o combate ao vírus além de ser uma hipótese temporária.

A flexibilização das normas jurídicas para a contratação direta visa o enfrentamento à Pandemia de forma mais célere o que não seria possível com a rigidez das normas atinentes aos procedimentos licitatórios que são demorados e complexos. A nova realidade imposta pela pandemia requer agilidade nas contratações de insumos e serviços e conseqüentemente uma resposta rápida ao enfrentamento efetivo do COVID- 19.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível concluir que a regra para licitar que o Administrador público deve observar nas contratações de bens e serviços, prevista na Constituição Federal, tem como objetivo a proteção do interesse público, pois os atos que conduzem o processo licitatório devem ser pautados em diversos princípios como a transparência, a impessoalidade, a isonomia que é o tratamento igual dado a todos os licitantes.

A licitação pública é caracterizada por ser um processo complexo que envolve diversos atores e setores de uma repartição pública e requer muito planejamento dos órgãos públicos. Diante disso, a própria Constituição Federal possibilitou que a legislação regulasse casos em que o Administrador pode contratar de forma direta sem as formalidades de um processo licitatório.

As contratações diretas por serem mais célere e simples elas não são obrigadas a seguirem os mesmos procedimentos e prazos obrigatórios de uma licitação comum. Porém, isso não quer dizer que serão realizadas contratações de forma arbitrária sem seguir nenhum critério, pois a própria lei nº 14.133/2021 elenca no artigo 72 os regramentos e procedimentos que devem instruir a formalização das contratações diretas.

Por fim, após esse estudo resta possível compreender que as contratações diretas foram amplamente utilizadas pelos gestores para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde que foram destinados para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do Covid-19 que de forma célere e ágil conseguiu alcançar o interesse público, isso seria mais difícil nos procedimentos licitatórios que são mais rígidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 mai de 2023.

BRASIL. Lei nº 14.133. 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm>. Acesso em: 02 mai de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.979. 2020. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>. Acesso em: 02 mai de 2023.

BRASIL. Lei nº 14.035. 2020. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14035.htm>. Acesso em: 02 mai de 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo. Malheiros, 1998.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Dispensa e inexigibilidade de licitação pública. São Paulo: Dialética, 2003, 2.