

O conceito de contratação direta na nova lei de licitações

Foto: Flickr, Exército Brasileiro - Intendência

Introdução

A constitucionalização da licitação pública é um tema recente no Brasil, pois ocorreu pela primeira vez através da atual Carta de 1988¹. Nela temos o tema licitação tratado em diversos dispositivos, inclusive já prevendo que a lei poderia especificar hipóteses em que a licitação não seria aplicada. E, ao ser regulamentado pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, tal dispositivo constitucional deu origem à dispensa e à inexigibilidade de licitação, cuja adoção atualmente é bem disseminada no âmbito da Administração Pública.

Segundo o Portal da Transparência da Controladoria-Geral da União², 54,30% dos recursos utilizados para contratação pública no ano de 2019 referem-se a processos de contratação mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação. A segunda modalida-



▲
Ronaldo Corrêa
Graduado em Logística e pós-graduado em Direito Administrativo e Gestão Pública. Chefe da Divisão de Licitação – M7SP e instrutor de cursos de capacitação – ENAP/ME

- 1 MELO FILHO, Luiz Fernando Bandeira de. A Licitação na Constituição de 1988. Senado Federal, 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/a-licitacao-na-constituicao-de-1988>. Acesso em: 02 ago. de 2021.
- 2 PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Visão geral das licitações com contratação no ano: por modalidade de licitação. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/licitacoes?ano=2019>. Acesso em: 26 jul. 2021.

de mais adotada naquele exercício é o pregão, cujos processos de contratação representam 43,79% do total de mais de 68 bilhões contratados naquele ano. Isto representa uma proporção acima de 1,24 contratações diretas para cada pregão. No ano anterior, a proporção foi 44% maior, chegando a 1,78 contratações diretas para cada pregão. Em 2020, em plena pandemia, a proporção ainda se manteve em 1,43 contratações diretas para cada pregão.

Não se tem previsão de que tal proporção de uso da contratação direta vá regredir, com o advento da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que introduziu algumas mudanças nas regras aplicáveis às contratações diretas. No presente artigo, analisaremos uma dessas mudanças, visando colaborar com os estudos acerca da matéria, os quais se fazem necessários diante da iminente revogação das leis de licitação até então vigentes.

Do conceito de contratação direta

A começar pela terminologia adotada, a nova lei de licitações trouxe mudanças que podem representar novas diretrizes a serem aplicadas nos processos administrativos de contratação, que adotem como fundamento as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

A própria nomenclatura “contratação direta”, por mais que já seja de uso corrente pela doutrina e pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em seus julgados³, inexistia na Lei nº 8.666, de 1993. O que tínhamos de mais próximo a isso era uma única menção a “adjudicação di-

reta”, especificamente para o caso de dispensa de licitação quando as propostas apresentadas estivessem com preços manifestamente superiores aos praticados no mercado, ou incompatíveis com os preços fixados pelos órgãos oficiais competentes⁴.

Por mais que tal mudança terminológica possa parecer trivial, na verdade, ela representa uma importante diretriz, inclusive de interpretação da nova lei de licitações, como é o caso, por exemplo, do seu artigo 191. Observe-se que, na redação original do substitutivo enviado pela Câmara dos Deputados ao Senado Federal, constava a expressão “a Administração poderá optar por licitar de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas”⁵. Com isso, logo após a votação do Projeto de Lei nº 4.253, de 2021, doutrinadores e professores chegaram a opinar inicialmente no sentido de que, para a contratação direta não haveria discricionariedade dos gestores em optar pelo uso da nova lei de licitações ou da legislação anterior, já que o Art. 191 previu expressamente a possibilidade de optar por licitar e não por contratar diretamente.

Não se tem registro de que tal interpretação tenha chegado ao conhecimento da Comissão Diretora do Senado Federal, responsável pela redação final do Projeto de Lei que veio a se tornar a Lei nº 14.133, de 2021, mas, fato é que, a expressão anteriormente constante do substitutivo mudou para “a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas”⁶, deixando patente que a autorização legal para o gestor público optar pelo uso da nova

3 Como se verifica, por exemplo, desde os Acórdãos 88/2003-Segunda Câmara, 1630/2006-Plenário, 1193/2007-Primeira Câmara, 1306/2008-Plenário, 6469/2009-Primeira Câmara etc., sendo ainda usada recentemente nos julgados do TCU, como por exemplo nos Acórdãos 1130/2019-Primeira Câmara, 14534/2019-Primeira Câmara, 1409/2020-Plenário, 2761/2020-Plenário, 119/2021-Plenário, 1691/2021-Plenário etc.

4 Vide Art. 24, VII da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm#art24vii. Acesso em: 01 ago. 2021.

5 Vide Art. 191, §2º do Projeto de Lei nº 4.253, de 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>. Acesso em: 01 ago. 2021.

6 Vide caput do Art. 191 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm#art191. Acesso em: 01 ago. 2021.

lei de licitações ou pelo regime jurídico anterior, alcança também as contratações diretas por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

O TCU, por sua vez, costuma dar especial importância à correta interpretação da terminologia “contratação direta”, como podemos observar, por exemplo, no voto do Ministro Valmir Campelo, relator do processo 017.022/2012-6, que resultou no Acórdão 1153/2013-Plenário⁷, cujos excertos transcrevo abaixo.

Trata-se de opção do legislador, com expresso amparo no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, em que se entende que o interesse público será melhor atendido caso a administração efetue contratações sem a realização de prévia licitação.

Nessas situações, o princípio da isonomia tem a sua aplicação pontualmente afastada em prol de outros interesses públicos.

Em sendo assim, não vislumbro sentido em se falar em direcionamento ilícito para a realização de contratações diretas.

a existência de outras propostas de preços, além daquela contratada, possui por objetivo justificar o preço a ser contratado. Não há que falar, como aponta a unidade técnica, na realização de um procedimento de disputa para se averiguar a proposta mais vantajosa. Caso assim fosse, não se estaria falando de dispensa de licitação, mas de licitação propriamente dita.

Tal discussão mostra-se especialmente relevante quando observamos que, ao regulamentar a Lei nº 14.133, de 2021, o órgão central do

7 Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&itemo=440216>. Acesso em: 01 ago. 2021.

Sistema de Serviços Gerais (SISG)⁸ editou a Instrução Normativa nº 67, de 8 de julho de 2021⁹, que institui o Sistema de Dispensa Eletrônica no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, trazendo alguns procedimentos adicionais aos previstos na nova lei de licitações. Sendo que, a teor do que fixa o Art. 1º, §2º do Decreto nº 1.094, de 23 de março de 1994, as instituições militares poderão aplicar, no que couber, tais normas operacionais do SISG, mediante decisão de instâncias competentes como, por exemplo, Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas.

Tal Sistema de Dispensa Eletrônica já havia sido previsto no Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019¹⁰, para substituir o Sistema de Cotação Eletrônica de Preços, implantado após a publicação da Portaria MPOG nº 306, de 13 de dezembro de 2001¹¹. No entanto, mesmo a minuta da norma operacional já tendo passado por consulta pública no final de 2020¹², a decisão da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia (SEGES/ME) foi de não instituí-lo. Se considerarmos que o projeto da nova lei de licitações foi aprovado no Senado Federal em 10 de dezembro de 2020, poucos dias depois do término da consulta pública da minuta de normativo que visava instituir a dispensa eletrônica prevista no Decreto nº 10.024, de 2019, podemos aventar a hipótese de que o órgão central do Sipec preferiu empregar esforços na regulamentação da nova lei de licitações, que demanda diversos re-

8 Vide Decreto nº 1.094, de 23 de março de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1094.htm. Acesso em: 01 ago. 2021.

9 Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acao-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-seges-me-no-67-de-8-de-julho-de-2021>. Acesso em: 01 ago. 2021.

10 Vide Art. 51 do Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm#art51. Acesso em: 03 ago. 2021.

11 Disponível em: http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/portarias/p306_01.htm. Acesso em: 03 ago. 2021.

12 Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/in-dispensa-eletronica>. Acesso em: 03 ago. 2021.

gulamentos e normas operacionais, e resultará na revogação das leis de licitação então vigentes, a exemplo da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, da qual origina-se o Decreto nº 10.024, de 2019, que a regulamentava. Talvez se tenha concluído que não compensaria criar o Sistema de Dispensa Eletrônica, baseado no regulamento de uma lei que seria revogada no prazo de dois anos.

No entanto, ao cotejar os textos da minuta colocada em consulta pública no final de 2020, com a redação da Instrução Normativa nº 67, de 2021, percebe-se que boa parte do conteúdo original foi aproveitado, inclusive com a previsão de uma sessão de disputa, de forma muito similar a um procedimento licitatório, como já era adotado na cotação eletrônica prevista na Portaria MPOG nº 306, de 2001¹³. Tal característica, inclusive, foi objeto de críticas do professor Joel de Menezes Nieburh¹⁴, para quem a Dispensa Eletrônica da Instrução Normativa nº 67, de 2021, configura, na verdade, uma modalidade de licitação disfarçada. Mesmo que isto não caracterize ilegalidade, devemos atentar que a lei em si não exige nenhum tipo de disputa para a realização de contratação direta, como já vem apontando o TCU em diversos julgados¹⁵.

Conclusão

A nomenclatura “contratação direta”, adotada na nova lei de licitações, não existia na redação da Lei nº 8.666, de 1993, mas já era amplamente utilizada pela doutrina e pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em seus julgados.

Nos casos concretos julgados pelo TCU, observa-se que é dado destaque ao que exige o Art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993, quanto à necessidade de justificativa do preço, sem a exigência de qualquer espécie de disputa para a seleção de fornecedores.

A dispensa eletrônica instituída pela Instrução Normativa nº 67, de 2021, prevê um procedimento de disputa para a escolha do fornecedor similar ao que já era previsto para a cotação eletrônica instituída pela Portaria MPOG nº 306, de 2001. No entanto, tal procedimento de disputa, mesmo que não seja ilegal, não decorre de exigência prevista na lei de licitações em nenhum dos dois casos.

13 Observe-se que a Cotação Eletrônica aplica-se somente para os casos enquadrados no Art. 24, II da Lei nº 8.666, de 1993. Lei esta que prevê outras trinta e quatro hipóteses de dispensa de licitação, para as quais não se aplica a Cotação Eletrônica e nem qualquer outro procedimento de disputa para a seleção de fornecedores.

14 NIEBURH, Joel de Menezes. A dispensa de licitação eletrônica é modalidade de licitação disfarçada. Blog Zênite, 2021. Disponível em: <http://www.zenite.blog.br/a-dispensa-de-licitacao-eletronica-e-modalidade-de-licitacao-disfarcada/>. Acesso em: 03 ago. 2021.

15 Como, por exemplo, os acórdãos 2189/2019-Plenário, 1940/2015-Plenário, 1403/2010-Plenário, que reafirmam o que fixa o Art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993, exigindo a justificativa do preço pago à empresa contratada diretamente, sem que isso configure exigência de que exista qualquer tipo de disputa na contratação direta.