



CURSO DE DIREITO

LEONICE COSTA LIMA

**ESTUDO DOS IMPACTOS DAS CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS
PARA AS EMPRESAS PUBLICAS DA UNIÃO REGIDAS PELA LEI
13.303/2016.**

FORTALEZA

2021

LEONICE COSTA LIMA

**ESTUDO DOS IMPACTOS DAS CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS
PARA AS EMPRESAS PUBLICAS DA UNIÃO REGIDAS PELA LEI
13.303/2016.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito
da Faculdade Ari de Sá.

Orientador: Prof. Dr. Sales Martins

FORTALEZA

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Faculdade Ari de Sá
Gerada automaticamente mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

C838e Costa, Leonice .

ESTUDO DOS IMPACTOS DAS CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS PARA AS EMPRESAS
PUBLICAS DA UNIÃO REGIDAS PELA LEI / Leonice Costa. – 2021.

40 f. : il. color.

Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade Ari de Sá, Curso de Direito, Fortaleza, 2021.

Orientação: Prof. Me. FRANCISCO SALES DA SILVA MARTINS.

1. Licitação. 2. Contratação emergencial. 3. Lei das Estatais. I. Título.

CDD 340

LEONICE COSTA LIMA

**ESTUDO DOS IMPACTO DAS CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS PARA AS
EMPRESAS PUBLICAS DA UNIÃO REGIDAS PELA LEI 13.303/2016**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em (nome
do curso) da Faculdade Ari de Sá.

Orientador: Prof. Me. Francisco Sales da
Silva Martins

Aprovada em: 22/12/2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Francisco Sales da Silva Martins
Faculdade Ari de Sá

Prof. Me. Maria Alessandra Brasileiro de Oliveira
Faculdade Ari de Sá

Prof. Me. Rafael Vieira de Alencar
Faculdade Ari de Sá

AGRADECIMENTOS

À Deus, por ter sido abundante em misericórdia para comigo desde a concepção da minha vida. Por sempre, como o pai generoso é, ter segurado em minhas mãos e me guiado por caminhos de vida, e muitas vezes, quando não pude por mim mesma caminhar ter me posto no colo e me conduzido.

À minha Mãe, que com sacrifícios do próprio sangue e suor, criou a mim e aos meus amados irmãos, sendo para nós como uma fortaleza ao nosso redor, seu exemplo de determinação na vida e fé inabalável está ancorado em minha alma mantendo-me firme mesmo quando em condições adversas.

Ao meu pai, que me escolheu como filha, não havendo laços de sangue entre nós, os laços do amor e do respeito se fizeram ainda mais fortes. Gratidão pelo apoio irrestrito em toda a minha vida e, sobretudo, durante os primeiros anos desta graduação.

Ao meu companheiro, pelos inúmeros incentivos e pela certeza partilhada de que eu conseguiria.

Ao meu filho, que mesmo sem saber, com sua chegada quase que no meio do período da graduação, onde já surgem os primeiros sinais de cansaço e a desistência passa a ser uma possibilidade, renovou minhas forças para continuar, deu ainda mais sentido à minha vida com sua presença.

Aos meus amigos mais íntimos, que tantas vezes me apoiaram, ouviram meus desabaços sobre as dificuldades da jornada da graduação, me viram titubear quanto a minha capacidade de concluí-la, e sempre asseguraram que conseguiria.

Ao meu orientador, professor Sales Martins, ter lhe escolhido para essa função certamente foi um dos maiores acertos da minha intuição, sua compreensão e parceria nesse período foram, sem dúvida, decisivos para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

A pesquisa apresenta o tema contratações emergenciais no âmbito das empresas públicas delimitado aquelas regidas pela Lei 13.303/2016. Tem-se como objetivo conhecer quais são os impactos financeiros desta modalidade de contratação para a qual não se faz necessário o procedimento licitatório. Por fim, teve-se como resultado mais expressivo a conclusão de que apesar do cuidado necessário à aplicação das contratações emergenciais, configurando-se, realmente a emergência, é possível contratar por tal via, sem impactar negativamente o aspecto financeiro da contratação.

Palavras-chave: Contratação emergencial. Licitação. Financeiro. Concorrência. Dinheiro Público.

ABSTRACT

The research presents the theme of emergency contracts within the scope of public companies delimited by those governed by Law 13.303/2016. The objective is to know what the financial impacts of this type of contract are, for which the bidding procedure is not necessary. Finally, the most expressive result was the conclusion that, despite the care required to apply emergency contracts, which really constitutes an emergency, it is possible to contract in this way, without negatively impacting the financial aspect of the contract.

Keywords: Emergency hiring. Bidding. Financial. Competition. Public money.

LISTA DE TABELAS

Gráfico 1 - Visão geral das contratações – Forma de contratação – 2019.....	33
Tabela 1 - Visão geral das contratações.....	34
Tabela 2 – Comparativo econômico-financeiro: contratação emergencial versus licitação.....	35
Tabela 3 - Comparativo de participação: contratação emergencial versus licitação...	37

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 BREVE HISTÓRICO SOBRE AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	16
1.1 BRASIL IMPÉRIO.....	16
1.2 A REPÚBLICA VELHA, ERA VARGAS E REPÚBLICA NOVA.....	17
1.3 O PERÍODO PÓS-CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	17
2 A OBRIGAÇÃO DE LICITAR E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	19
2.1 PRINCÍPIOS BASILARES DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	19
2.1.1 Legalidade.....	20
2.1.2 Impessoalidade.....	20
2.1.3 Moralidade.....	20
2.1.4 Publicidade.....	21
2.1.5 Eficiência.....	22
3 OBJETIVOS DA LICITAÇÃO	23
4 DISPENSA DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL SOB A ÉGIDE DA LEI 13.303/2016	26
5 ANÁLISE DE CASO CONCRETO	33
5.1. Análise econômico-financeira.....	35
5.2. Análise da ampla concorrência.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS/CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS	41

INTRODUÇÃO

O presente trabalho destina-se a estudar os impactos das contratações firmadas por empresas públicas, regidas pela Lei 13.303/2016, que tenham sido realizadas na modalidade de dispensa de licitação, especificamente daquelas tipificadas como contratações emergenciais. O tipo de contratação em comento, ser enquadrado entre os que são dispensáveis de licitação, constitui-se em aspecto fundamental para a compreensão da importância do estudo, já que neste tipo de contratação, serão prescindidos os requisitos de maior rigor, referentes ao modo de escolha daquele que prestará serviço ou fornecerá bem à Administração.

A importância de se analisar os impactos desse tipo de contratação, fundamenta-se na condição de que nesta, poderá o ente contratante findar prejudicado, primeiramente do ponto de vista formal, uma vez que preterirá dos ritos impostos quando realizado o processo via licitação, que é a regra, e do ponto de vista econômico-financeiro, em razão de não haver neste modo de contratação, ampla concorrência, o que, ao menos em tese, viabilizaria maior oferta de lances, e possivelmente valores mais vantajosos aos entes contratantes.

Além disso, na contratação emergencial, contrata-se apenas uma pequena parcela do objeto, somente o suficiente para afastar a emergencialidade, ficando assim, comprometida a economia de escala. Outro aspecto a ser destacado no que se refere ao comprometimento financeiro, é o fato de que como a contratação será apenas de uma parcela do objeto, haverá ainda os gastos pertinentes a contratação via processo licitatório, para o suprimento da necessidade de forma permanente, já que a contratação emergencial estará restrita a vigor por no máximo 180 dias.

Em face do exposto, faz-se necessário estudar os impactos das contratações emergenciais, por meio de análise pormenorizada, comparando-as com as realizadas pelo rito ordinário, qual seja, processo de licitação, a fim de investigar quais os impactos daquela em relação a esta. Firmando-se ainda a relevância do assunto, no fato das contratações firmadas pela Administração, serem custeadas com dinheiro público, com o qual se deve ter elevado zelo e acentuada cautela, para que sua aplicação obedeça aos ritos legais, fitando garantir, sempre, vantajosidade aos entes contratantes e conseqüentemente a toda a sociedade.

Os objetivos que orientam o presente estudo são: Analisar de forma detalhada, com base em informações registradas nos processos de contratações, os impactos financeiros decorrentes de contratações emergenciais em comparação com as realizadas via licitação.

São objetivos específicos mapear contratações recentes, realizadas por empresas estatais pela regidas 13.303/2016, na modalidade emergencial, para as quais o ente contratante tenha, após a contratação excepcional, contratado o mesmo objeto, via processo de licitação.

Os resultados serão mapeados de forma a viabilizar o comparativo entre eles, de modo a possibilitar a análise dos resultados para a verificação da ocorrência e quais foram os impactos financeiros para a Administração, em decorrência de contratações firmadas na modalidade de dispensa de licitação do tipo emergencial.

Serão expostos os principais posicionamentos da melhor doutrina sobre o tema, obtidos por meio da pesquisa bibliográfica, que será somada a pesquisa de campo a ser realizada nos processos de contratações que tenham sido firmados por empresas estatais na modalidade de contratação emergencial, as quais tenham sido sucedidas de contratações viabilizadas por processo licitatório, para em posse de tais informações realizar-se o comparativo entre elas e assim, concluir se há e quais são os impactos daquela em relação a esta.

Para obtenção dos dados referentes a contratação, inicialmente, se fará o mapeamento das contratações emergências realizadas pelas empresas estatais, por meio de busca em seus próprios sítios da internet, o que não deve se constituir em obstáculo a pesquisa, uma vez que há previsão expressa na Lei em estudo, prescrevendo o dever de manutenção da transparência por aqueles a ela subordinados, veja-se:

Art. 48. Será dada publicidade, com periodicidade mínima semestral, em sítio eletrônico oficial na internet de acesso irrestrito, à relação das aquisições de bens efetivadas pelas empresas públicas e pelas sociedades de economia mista, compreendidas as seguintes informações (...)

Caso necessário, se fará uso ainda, dos meios legais para obtenção dos dados referentes as contratações em estudo, por meio dos canais de ouvidoria, fundamentados na Lei de Acesso a Informação, Lei Nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

Após a fase de obtenção dos dados, se fará a comparação, em especial dos aspectos econômicos e financeiros, das contratações realizadas por meio de processo licitatório com as realizadas por dispensa na modalidade emergencial, para objetos semelhantes, os quais serão detalhados por meio de tabelas e gráficos para melhor compreensão daqueles que os lerão.

Por fim, se fara a síntese dos resultados encontrados, donde se terá resposta a questão proposta no presente projeto de pesquisa.

1 BREVE HISTÓRICO SOBRE AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Uma forma eficiente de se compreender a importância de determinada norma, rito ou equivalente, é olhar para seus primórdios, observar a partir de que momento se originam, sob que circunstâncias foram fecundados e qual sua finalidade.

1.1. O BRASIL IMPÉRIO

No tocante as contratações públicas, Ana Paula Gross Alves, em seu artigo, referente a evolução histórica das licitações e o atual processo de compras públicas em emergência no Brasil, registrou:

A primeira norma com finalidade para licitações e contratos foi editada no Império, datada de 14 de maio de 1862, com a 1ª Constituição de 1824 vigente, e perdurou até 1922, com a 2ª Constituição, já no Brasil República. O Decreto nº 2.926/1862 regulamentava as arrematações de serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, foi assinado pelo ministro Manoel Felizardo de Souza e Mello e rubricado pelo imperador Pedro II (BRASIL, 2014).

A respeito do Decreto supramencionado, Guilherme Rosa Pinho versa:

Com a derrocada do absolutismo, surge uma Administração verdadeiramente pública. Embora a independência não tenha apagado a monarquia do país, e ressalvada a centralidade do Poder Moderador, iniciou-se um governo para o bem da nação, e não para o interesse real. Fala-se em Administração exógena – que administra para outrem – e não mais endógena – administra para si mesma. O termo administrar passa, ao menos, a expressar o sentido pelo qual hoje é conhecido: quem administra, administra algo alheio. (PINHO, 2014)

O Decreto nº 2.926/1862 tinha como principais características orientar quanto aos prazos para apresentação de propostas, o anúncio para licitações era publicado em local público, marcando data e horário para que os interessados se encontrassem, então era feito um sorteio, e de acordo com esse sorteio, eram expostas as propostas. Ao final do processo, era escolhido aquele com melhor proposta e fiador. O Decreto nº 2.926/1862 foi um marco na história das licitações e iniciou o desenvolvimento de uma gestão pública eficiente. Na época, não se usava o termo "licitação", mas "concurrência" (na grafia da época, com "u" e sem acento) Fonte: Agência Senado.

Ana Paula Gross Alves, discorre em seu artigo sobre as vantagens à sociedade decorrentes da aplicação do Decreto:

A sociedade se beneficiou porque diversas empresas passaram a participar do processo, tornando-o financeiramente mais vantajoso. Porém, o governo ainda pertencia à monarquia, e assim assegurava todo o poder em suas mãos, dirigindo, comandando e administrando conforme seu arbítrio.

1.2. A REPÚBLICA VELHA, ERA VARGAS E REPÚBLICA NOVA

Um novo normativo sobre o tema surge no período republicano, constituindo-se no Decreto nº 4.536/1922, destaca-se das características deste, o estabelecimento do empenho da despesa a assinatura de contrato e realização de concorrência pública ou administrativa, conforme consta no sítio eletrônico do senado federal:

Já na República, o Congresso Nacional aprovou e o então presidente Epitácio Pessoa sancionou o Decreto 4.536/1922, estabelecendo como condição para o empenho da despesa a assinatura de contrato e a realização de concorrência. Esse decreto instituiu o Código de Contabilidade da União.

Em sequência, no período da ditadura militar já sob a nomenclatura de “licitação” é baixado pelo então presidente o Decreto-Lei 200/1967, o qual trouxe novidades para sobre a temática:

No período da ditadura militar, com o termo "licitação" já incorporado, foi baixado pelo então presidente Castello Branco o Decreto-Lei 200/1967, que instituiu a concorrência, a tomada de preços e o convite como procedimentos prévios à contratação de serviços e à compra de bens e produtos. Fonte: Agência Senado.

O regramento da matéria foi novamente tratado no período da democratização, por meio do Decreto-Lei 2.300/1986, baixado pelo presidente à época, José Sarney. Veja-se:

Já na redemocratização, o então presidente José Sarney baixou o Decreto-Lei 2.300/1986, com normas gerais sobre licitações e contratos na administração federal. Às modalidades previstas no Decreto-lei 200/1967 foram acrescidos o concurso e o leilão. Fonte: Agência Senado.

1.3. O PERÍODO PÓS-CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A constituição Federal de 1988 estabeleceu a competência da União de legislar sobre o assunto para todos os entes federados e “cinco anos após, a Lei 8.666/1993 estabeleceu normas gerais para licitações e contratos da administração pública”.

Fonte: Agência Senado.

Até pouco tempo, a Lei 8.666/93 era a única lei específica sobre a matéria, sob a qual estavam submetidos os entes de todas as esferas. Até que em 2016 com o objetivo de regulamentar o art. 173, § 1º da Constituição Federal de 1988, surge para as empresas públicas e para as sociedades de economia mista, a lei 13.303/16, denominada lei das estatais ou Lei de Responsabilidade das Estatais.

Por fim, mais recentemente, adveio para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a recentíssima Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, a qual após decorridos 2 (dois) anos de sua publicação oficial, revogará a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

2 A OBRIGAÇÃO DE LICITAR E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal estabelece a forma de contratar a ser seguida pela Administração pública em seu artigo 37, caput, impõe que “Administração Pública deve atuar de forma uníssona aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Logo adiante, o inciso XXI, estabeleceu a licitação como instituto a ser usado pela Administração Pública, em sentido amplo, para que se proceda às suas aquisições e contratações”. (ROSA, 2020, p. 6).

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Pela exposição acima, claramente se nota que a regra quanto a forma de contratar, a ser seguida pela Administração Pública, é a licitação. Corroborando com esse entendimento, (Zymler, 2019, p 17) discorreu o seguinte:

O artigo 37 da CF delineou princípios jurídicos básicos que devem nortear a gestão de todas as atividades estatais, seja no âmbito da administração direta ou na seara específica da administração indireta. O inciso XXI desse artigo, que consagra regras principiológicas sobre o regime jurídico das contratações pela Administração Pública, possui a mesma extensão subjetiva. Assim, o texto constitucional não exclui do dever de licitar qualquer pessoa jurídica integrante da Administração Pública, tenha ela personalidade de direito público ou privado, como é o caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

Não obstante haver a possibilidade de a licitação ser dispensável, como é o caso das contratações emergenciais, é certo que tal possibilidade não dispensa a observância dos princípios regentes das contratações públicas, os quais devem ser seguidos independente forma de contratação empregada. Por isso, é imperioso que sejam expostos, andá que sucintamente.

2.1 PRINCÍPIOS BASILARES DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Nota-se que o texto constitucional, ocupou-se em definir objetivamente os princípios a serem obedecidos nas contratações públicas. Razão pela qual faz-se necessário destacá-los de maneira individualizada, objetivando cravar sua imprescindibilidade para os contratos públicos.

2.1.1 Legalidade

No direito administrativo, a legalidade está relacionada a obrigação da Administração Pública de praticar seus atos pautados em lei, não podendo agir deliberadamente de acordo com o querer de seus agentes, nesse sentido, Mazza (2014), esclarece:

Representa a subordinação da Administração Pública à vontade popular, isto é, o exercício da função administrativa não pode ser pautado pela vontade da Administração ou dos agentes públicos, a Administração Pública só pode praticar as condutas autorizadas em lei. Portanto, é o mais importante princípio específico do Direito Administrativo. Dele derivam vários outros, como finalidade, razoabilidade, isonomia e proporcionalidade.

2.1.2 Impessoalidade

No Direito Administrativo, a impessoalidade corresponde a buscar sempre o interesse público sem favorecimentos ou distinções. Veja-se o ensinamento de ((CARVALHO, 2017, p. 70):

Este princípio se traduz na ideia de que a atuação do agente público deve-se pautar pela busca dos interesses da coletividade, não visando beneficiar ou prejudicar ninguém em especial – ou seja, a norma prega a não discriminação das condutas administrativas que não devem ter como mote a pessoa que será atingida pelo seu ato. Com efeito, o princípio da impessoalidade reflete a necessidade de uma atuação que não discrimina as pessoas, seja para benefício ou para prejuízo. Dessa forma, é possível considerar que, ao Estado, é irrelevante conhecer quem será o atingido pelo ato, pois sua atuação é impessoal.

2.1.3 Moralidade

O texto constitucional ao apontar os princípios que devem ser observados pelo administrador público no exercício de sua função, inseriu entre eles o princípio da moralidade. Isso significa que em sua atuação o administrador público

deve atender aos ditames da conduta ética, honesta, exigindo a observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública (MARINELLA, 2005, p. 37). Moralidade administrativa está ligada ao conceito de bom administrador.

Nesse sentido, O Supremo Tribunal Federal, analisando o princípio da moralidade administrativa, manifestou-se afirmando:

Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art 37 da CF). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. Como ensina Jesus Gonzales Perez *“el hecho de su consagracion em uma norma legal no supone que com anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter”* (El principio de buena fé em el derecho administrativo. Madri, 1983. p. 15). Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César”

2.1.4. PUBLICIDADE

O princípio da publicidade é essencial para dar transparência à gestão dos recursos de natureza pública, permitindo o controle da sociedade, especificamente quanto as licitações, sua importância se volta se dá em razão de ser por meio dela que todos os processos que a Administração Pública desenvolve devem estar abertos a todos os cidadãos. Publicidade é a divulgação oficial de todos os atos para conhecimentos de todos os indivíduos e início de suas finalidades externas. A publicidade também abrange a conduta interna dos agentes públicos, tornando o representante do ente federado um legítimo cumpridor de seus preceitos.

Sobre o princípio constitucional da publicidade, assim leciona a doutrina:

Outro princípio mencionado na Constituição é o da publicidade. Indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos

agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem. É para observar esse princípio que os atos administrativos são publicados em órgãos de imprensa ou afixados em determinado local das repartições administrativas, ou, ainda, mais modernamente, divulgados por outros mecanismos integrantes da tecnologia da informação, como é o caso da Internet. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 51)

2.1.5. EFICIÊNCIA

O objetivo do princípio da eficiência traz à Administração Pública o dever de sempre maximizar os resultados auferidos com os recursos disponíveis, evitando-se desperdícios e despesas antieconômicas, o que perpassa pela melhoria da qualidade do gasto público, modernização da gestão de pessoas, através da gestão por competências, reforçando e premiando a qualificação técnica e diminuindo os cargos políticos, modernização das contratações públicas, de modo a tornar o procedimento licitatório menos custoso, mais ágil e eficiente, ampliação dos instrumentos de cooperação com entidades do setor privado, implantação da governança pública.

De acordo com o pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro define os dois principais aspectos do princípio da eficiência:

O modo de atuação do agente público: desempenhar suas atribuições da melhor forma possível, almejando os melhores resultados. Aspirar a melhores resultados dos serviços prestados, aperfeiçoando a maneira de organizar e disciplinar a Administração Pública

3 OBJETIVOS DA LICITAÇÃO

A licitação é um procedimento administrativo anterior às contratações do poder público e por certo que tais contratações não poderiam ser realizadas sem uma previa licitação.

Posto isso, passa-se a discorrer sobre o que, na prática, se constitui um processo de licitação, para posteriormente proceder-se a diferenciação entre contratação por meio de processo licitatório e por dispensa de licitação do tipo emergencial.

Mello (2014, p. 533) disserta acerca de licitação:

Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e pré-estabelecido na conformidade da lei. Tal procedimento denomina-se licitação. Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

Observe-se que o objetivo da licitação é seleção da proposta mais vantajosa, para isso, promove a disputa entre os interessados, que, fitando sagrarem-se vencedores do certame, sentem-se compelidos a reduzir seus preços, o que em consequência confere à Administração Pública vantagem econômica e financeira nas suas contratações.

Necessário compreender, o que exatamente corresponde a ideia de proposta mais vantajosa no âmbito das contratações públicas, sobre isso, fite-se a argumentativa de Araújo Filho:

Considerando-se a economicidade, a qualidade, a eficiência e quaisquer outras circunstâncias que se repute essenciais para garantir a satisfação do interesse público, a proposta mais vantajosa corresponde àquela que melhor atenda às exigências e necessidades da Administração Pública. A sua seleção, dessa forma, assegura que o melhor serviço ou melhor bem, entre os disponíveis e oferecidos, seja contratado pelo ente público. Sendo assim, é notório que o processo de contratação pública, seja por licitação, seja por contratação direta, configura-se como um mecanismo utilizado pela Administração Pública para a contratação de bens e serviços que garantam a melhor relação custo-benefício disponível para a satisfação do interesse público. A finalidade é atender à necessidade administrativa identificada, cuja solução é oferecida pela iniciativa privada, visando obter as

melhores condições de contratação pelo ente público, seja quanto à qualidade dos produtos e serviços a serem adquiridos, seja quanto ao preço a ser pago.

A ideia de seleção da proposta mais vantajosa, ao contrário do que se possa inicialmente pensar, não está restrita unicamente ao menor preço ofertado pelo particular, mas há que se considerar, em igualdade de importância, o atendimento integral da necessidade da Administração Pública, sobre isso, Araújo Filho conclui o seguinte:

A partir desta perspectiva, não restam dúvidas de que a seleção da proposta mais vantajosa é um objetivo complexo num procedimento licitatório. Tal complexidade se justifica justamente pela máxima importância atribuída ao objetivo em questão: a vantajosidade é elemento tão importante para o processo licitatório que tem o poder de mitigar outros princípios que regem as licitações, como é o caso de situações em que o princípio da formalidade, que pressupõe a observância de determinados procedimentos formais para garantir a participação de uma licitante num certame específico, é relativizado em prol de se garantir a satisfação do interesse público com a contratação da melhor proposta disponível.

Ainda com o fito de que não restem dúvidas sobre a questão, o mesmo autor, Araújo Filho, discorre que:

Daí se verifica a importância deste objetivo no processo licitatório. É evidente, dessa forma, que a seleção da proposta mais vantajosa constitui a finalidade precípua das licitações, isto é, ainda que se tenham definido outros objetivos para o processo licitatório, a seleção da proposta mais vantajosa certamente é a protagonista deste cenário, guiando a aplicação das normas pertinentes, dentro dos limites legais, sempre no sentido de se garantir a consecução deste objetivo em específico.

Do exposto, se depreende que nem sempre a proposta mais vantajosa será aquela mais “barata” para a Administração, podendo, inclusive, caso esse seja o único critério aplicado na escolha da proposta, constituir-se em prejuízo, em face da possibilidade de que esse mais “barato” não atenda a demanda da contratação e acabe por ensejar a realização de novos certames e até contratações emergências nos casos em que não seja possível aguardar todo o transcorrer de um certame licitatório.

Nesse sentido, Justen Filho (2014, p. 15) ao comentar a Lei de Licitações se manifesta:

Licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração e a promover o desenvolvimento nacional sustentável, assegurando-se ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico, com observância de todos os requisitos legais exigidos.

Compartilhando de entendimento semelhante, Carvalho Filho (2015, p. 240) estabelece:

Procedimento administrativo vinculado, por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados com objetivo de celebração de contrato ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Em síntese, a contratação pública deve buscar a proposta que melhor atenda seus interesses, devendo ser observada a integralidade de suas demandas, em comparação com o que os fornecedores propõem, devendo ater-se a selecionar a proposta que corresponda da melhor forma seus interesses, não restringindo-se unicamente a observação do menor preço proposto.

4 DISPENSA DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL SOB A ÉGIDE DA LEI 13.303/2016

A Lei 13.303 de 30 de junho de 2016, comumente conhecida como Lei das Estatais, ancora as disposições aplicáveis às empresas públicas e às sociedades de economia mista, onde trata em seu Título II, Capítulo I – Das Licitações, Seção I - Da Exigência de Licitação e dos Casos de Dispensa e de Inexigibilidade, em seu art. 28 discorre sobre a necessidade da realização de licitação previamente a contratação de bens e serviços pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, veja-se:

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

Conforme se depreende do texto normativo acima, a Lei 13.303/2016 coaduna-se com a Constituição Federal, ao estabelecer o processo de licitação, como sendo a regra, por meio da qual as empresas a ela submetidas devem realizar suas contratações. Tanto é assim, que Pinho Clóvis (2017, p.36) explica o seguinte:

Em que pese a Lei nº 13.303/2016 referir somente às sociedades de economia mista, às empresas públicas e às participações minoritárias de sociedades estatais em empresas (conhecidas também como empresas público-privadas ou semiestatais), a disciplina imposta pela Lei de Empresas Estatais constitui um importante referencial para os administradores públicos, advogados, os dirigentes das empresas estatais, membros do Ministério Públicos e dos Tribunais de Contas e os próprios integrantes do Poder Judiciário. Isso se deve, em grande parte, pelo fato de que os diversos pontos regulamentados pela Lei nº 13.303/2016 foram objeto de consideráveis embates no âmbito do Poder Judiciário e nos Tribunais de Contas

No entanto, sabendo o legislador da eventualidade da ocorrência de situações excepcionais em que não seria viável aplicá-la, tratou de prescrever o modo a ser procedido quando da ocorrência de tais circunstâncias, de onde surgem então, as contratações cuja licitação é dispensada ou dispensável, as quais estão postuladas nos artigos 29 e 30 da lei 13.303/2016, contudo, o presente trabalho ater-se-á a expor a contratação por dispensa de licitação do tipo emergencial. Sobre as contratações dispensáveis de licitação, assim expõe Dotti Marinês:

Não é absurda a afirmação de que a contratação direta é uma modalidade extremamente anômala de licitação. O próprio legislador determinou as hipóteses em que se aplicam os procedimentos licitatórios simplificados. Por igual, definiu os casos de não-incidência do regime formal de licitação. Diante de situações desta ordem é que se configuram os casos acolhidos na legislação como de dispensa de certame licitatório ou os que terão de ser considerados como de inexigibilidade dele.

A contratação por dispensa de licitação do tipo emergencial está fincada no artigo 29 da Lei em comento, cujo inciso XV crava a previsão das contratações dispensáveis de licitação em situações de emergência, as quais são comumente conhecidas como contratações emergenciais.

Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

(...)

XV - em situações de emergência, 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 e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contado da ocorrência da emergência, vedada a prorrogação dos respectivos contratos, observado o disposto no § 2º.

Acerca das contratações emergenciais, tem-se que não obstante serem permitidas, sua adoção requer o atendimento de certos pressupostos e sua aplicabilidade deve ser precedida de análise detida quanto ao atendimento destes, nesse sentido, Dotti Marinês, discorre o seguinte:

O administrador, para deliberar pela não realização de licitação, deve ter redobrada cautela. No caso específico das contratações diretas, emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores. A simples descontinuidade na prestação dos serviços não justifica, em tese, a realização de contrato emergencial. Compõem a situação de emergência certa dose de imprevisibilidade da situação e a existência de risco em potencial a pessoas ou coisas, que requerem urgência de atendimento.

Importa frisar que, as contratações dispensáveis de licitação, incluindo-se as do tipo emergencial, não dispensam a observância aos princípios norteadores das contratações públicas. Não se constituem em um procedimento onde se possa agir a margem da obediência aos princípios, os quais devem, sempre, permear todo o agir da Administração Pública, sobre isso o TCU adverte:

Portanto, para que não afronte outros princípios aplicáveis à gestão pública, deve o administrador, nas hipóteses de dispensa de licitação, selecionar a melhor proposta utilizando-se de outras formas capazes de resguardar a isonomia e a impessoalidade da contratação, tal como a realização de cotação eletrônica, que é uma espécie de pregão eletrônico simplificado.

O Objetivo da escolha da proposta mais vantajosa, embora já, potencialmente, mitigado em razão da situação emergencial, não deve ser de todo, afastado, haja vista que, dentro das limitações que a emergência impõe, deve a Administração, utilizar-se de mecanismo que viabilize a participação dos interessados, como por exemplo, a cotação eletrônica, citada no Manual de Contratações Diretas do TCU.

Contratar de forma emergencial não significa que se tenha carta branca para a escolha do fornecedor. Deve ser critério para a declaração do vencedor para a execução do objeto que estiver sendo contratado de forma emergencial, a verificação, entre as propostas apresentadas pelos particulares interessados, daquela que se constitui na mais vantajosa para a administração. A respeito do tema, veja-se a manifestação proferida pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 955/2011 – Plenário:

9.1. conhecer da presente Representação por preencher os requisitos previstos nos arts. 235, caput, 237, inciso VII, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93, para, no mérito, considerá-la procedente; [...]

9.3. alertar a Eletrobras – Distribuição Piauí de que, quando da realização de dispensa de licitação nos termos do art. 24, inciso IV, da Lei nº 8666/1993, **é indispensável a consulta ao maior número possível de fornecedores ou executantes para o integral atendimento dos incisos II e III do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/93, a fim de que efetivamente possa ser selecionada a proposta mais vantajosa para a Administração.** (Grifos nossos).

Exposta a previsão legal para as contratações em situações de emergência, agora, surge a imprescindível necessidade de compreender o que, de fato, configura tal condição. Nessa empreitada, passa-se a observar o que dizem os expoentes do tema. Iniciando-se pelos posicionamentos daquele que tem “competências constitucionais, para fiscalizar a atuação dos gestores federais”, qual seja, o Tribunal de Contas da União – TCU. (COOPERA TCU, 2020, p.3).

Segundo o TCU, a princípio, a contratação emergencial não poderia ser aceita quando a administração tivesse o conhecimento prévio da situação e ou que a mesma pudesse ter sido objeto de licitação com antecedência. Isto é, a dispensa de licitação é cabível desde que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade

pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da morosidade, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis (Decisão TCU nº 347/94 – Plenário). Na mesma linha de raciocínio, Dotti Marinês explana:

Distingue-se a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa. A ambas há idêntico tratamento, no que atina à possibilidade de contratação direta. Constatada a situação a requerer urgente contratação, não poderia a entidade ser tolhida no cumprimento de sua missão institucional, ao ser prejudicada pela falta do serviço que lhe é imediatamente indispensável, porém não exime o responsável pela falha administrativa de sofrer as sanções disciplinares compatíveis

No entanto, a jurisprudência do TCU evoluiu a partir do Acórdão nº 46/2002 – Plenário. Desde então, entende-se que também é possível a contratação direta quando a emergência decorre da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, devendo-se analisar, para fim de responsabilização, a conduta do agente público que não adotou, tempestivamente, as providências cabíveis (Acórdãos TCU nº 3521/2010 - 2ª Câmara, nº 819/2014 - Plenário e nº 628/2014 - Plenário).

No mesmo sentido, o TCU emitiu o Acórdão 1876/2007-Plenário onde expressa:

A situação de dispensa de licitação por situação emergencial não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa. É cabível a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Uma questão central para a compreensão do porquê a contratação emergencial passou admitida mesmo aplicada em decorrência da falta de planejamento dos gestores e ou desídia administrativa destes, foi o reconhecimento de que a supremacia do interesse público deve ser mantido mesmo nos casos em que há falha de seus agentes. Nesse quesito observe-se a lição de Dotti Marinês:

A supremacia do interesse público fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação prévia para contratações da administração pública. Existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a própria consecução dos interesses públicos. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício do interesse público e não asseguraria a contratação mais vantajosa.

A compreensão da aplicabilidade da contratação emergencial, deve considerar que mais importante do que as causas ensejadoras de tal forma de contratação, é a finalidade que se pretende atingir, em outras palavras, independente de qual seja o motivo que redundou na emergência, a Administração deve agir para corrigir a situação e mitigar os riscos dela decorrentes. Nesse viés Justen Filho expõe sua visão:

A contratação administrativa pressupõe atendimento ao interesse público. Isso significa que a ausência da contratação representaria um prejuízo para o bem público. Na generalidade dos casos em que o Estado dispõe-se a contratar, este é motivado a atuar para evitar dano potencial. Toda e qualquer contratação administrativa retrata a necessidade e a conveniência de uma atuação conjugada entre o Estado e terceiros. Uma interpretação ampla do inciso IV acarretaria, por isso, a dispensa de licitação como regra geral. O argumento da urgência sempre poderia ser utilizado. A dispensa de licitação e a contratação imediata representam uma modalidade de atividade acautelatória do interesse público.

Marçal Justen Filho ensina que isso não significa defender o sacrifício do interesse público como consequência da desídia do administrador. Havendo risco de lesão ao interesse público a contratação deve ser realizada punindo-se o agente que não adotou as cautelas necessárias. O que é necessário é verificar se a urgência existe efetivamente e, ademais, se a contratação é a melhor possível nas circunstâncias. Comprovando-se que, mediante licitação formal e comum, a administração obteria melhor resultado, o prejuízo sofrido deverá ser indenizado pelo agente que omitiu as providências necessárias.

Seguindo a mesma linha de raciocínio é defendido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduzindo que se estiverem presentes todos os requisitos previstos no dispositivo, cabe a dispensa de licitação, independentemente da culpa do servidor pela não realização do procedimento na época oportuna. Se a demora do procedimento puder ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, a dispensa tem que ser feita, porque o interesse público em jogo – a segurança – leva necessariamente a essa conclusão.

Diante da admissibilidade das contratações emergenciais, passa-se a sopesar quais sejam os elementos caracterizadores de tal situação. Nessa toada observe-se

decisão exarada pelo Tribunal de Contas da União - TCU (Acórdão 1217/2014-Plenário e Acórdão 1162/2014-Plenário) respectivamente.

Para caracterizar situação emergencial passível de dispensa de licitação, deve restar evidente que a contratação imediata é a via adequada e efetiva para eliminar iminente risco de dano ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, restringindo-se ao estritamente necessário ao atendimento da situação calamitosa. Deve-se divisar a conduta dos agentes públicos que concorreram para originar a situação emergencial da ação daqueles que apenas atuaram para elidir o risco de dano.

A caracterização de situação emergencial, que autoriza o procedimento de dispensa de licitação, deve estar demonstrada no respectivo processo administrativo, evidenciando que a contratação imediata é a via adequada e efetiva para eliminar iminente risco de dano ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. Não se presta a esse fim a presença de pronunciamento técnico apontando a existência de graves problemas estruturais, se a interdição do local, por si só, suspenderia eventual risco à segurança dos frequentadores, e descaracterizaria a situação de urgência, possibilitando a realização do devido procedimento licitatório.

Ainda para melhor entender como se caracteriza a situação de emergência, invoca-se a doutrina de Joel de Menezes Niebuh. (2013, p.128)

Para os fins de dispensa, o vocábulo emergência quer significar necessidade de contratação que não pode aguardar os trâmites ordinários de licitação pública, sob pena de perecimento do interesse público, consubstanciado pelo não atendimento de alguma demanda social ou pela solução de continuidade de atividade administrativa. Com o escopo de evitar tais gravames, autoriza-se a contratação direta, com dispensa de licitação pública. A priori, a situação de urgência não deve ser provocada pela incúria da Administração Pública, que tem o dever de planejar e prever todas as suas demandas. É obrigatório que ela controle seus estoques, procedendo à licitação pública antes que os produtos visados corram o risco de faltar. No entanto, se o interesse público demanda realizar a contratação direta, sem que se possa aguardar a conclusão de licitação, é forçoso reconhecer a licitude da dispensa, mesmo que a desídia de agente administrativo tenha dado causa à demanda. Não é razoável desautorizar a dispensa e, com isso, prejudicar o interesse público. que, sem o objeto a ser contratado, acabaria desatendido.

Considerando toda exposição tecida até aqui, vê-se claro que, a intenção primária do legislador, no que tange ao modo de contratações da Administração Pública, é que estas sejam precedidas de processo licitatório, constituindo-se portanto, as contratações dispensáveis de tal procedimento, em situações excepcionais, sendo que as emergenciais são exceções ainda menos recomendáveis, devendo ser a todo custo evitadas e, quando delas não se puder desviar, a fim de se

evitar mal maior, há que se apurar e se for caso, responsabilizar os agentes que lhe deram causa. Sobre esse ponto Justen Filho destaca:

A dispensa de licitação com fulcro no art. 24, inciso IV, incumbe à administração pública avaliar a presença de dois requisitos: o primeiro deles é a demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano, deve ser evidenciada a urgência da situação concreta e efetiva, não se tratando de urgência simplesmente teórica. A expressão prejuízo deve ser interpretada com cautela, por comportar significações muito amplas. Não é qualquer prejuízo que autoriza dispensa de licitação, o mesmo deverá ser irreparável. Cabe comprovar se a contratação imediata evitará prejuízos que não possam ser recompostos posteriormente. O comprometimento à segurança significa o risco de destruição ou de sequelas à integridade física ou mental de pessoas ou, quanto a bens, o risco de seu perecimento ou deterioração. O segundo requisito é a demonstração de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco, a contratação imediata apenas será admissível se evidenciado que será instrumento adequado e eficiente para eliminar o risco. Se o risco de dano não for suprimido através da contratação, inexiste cabimento da dispensa de licitação.

É justamente em razão dessa rejeição do legislador para com as contratações firmadas por meio de dispensa de licitação do tipo emergenciais, que surge a questão sob a qual fundamenta-se o presente projeto de pesquisa, isso porque, se tal mecanismos de contratação deve ser evitado, então, possivelmente há impactos negativos em decorrência do uso deste em detrimento daquele que em regra deve ser usado, qual seja, o processo licitatório.

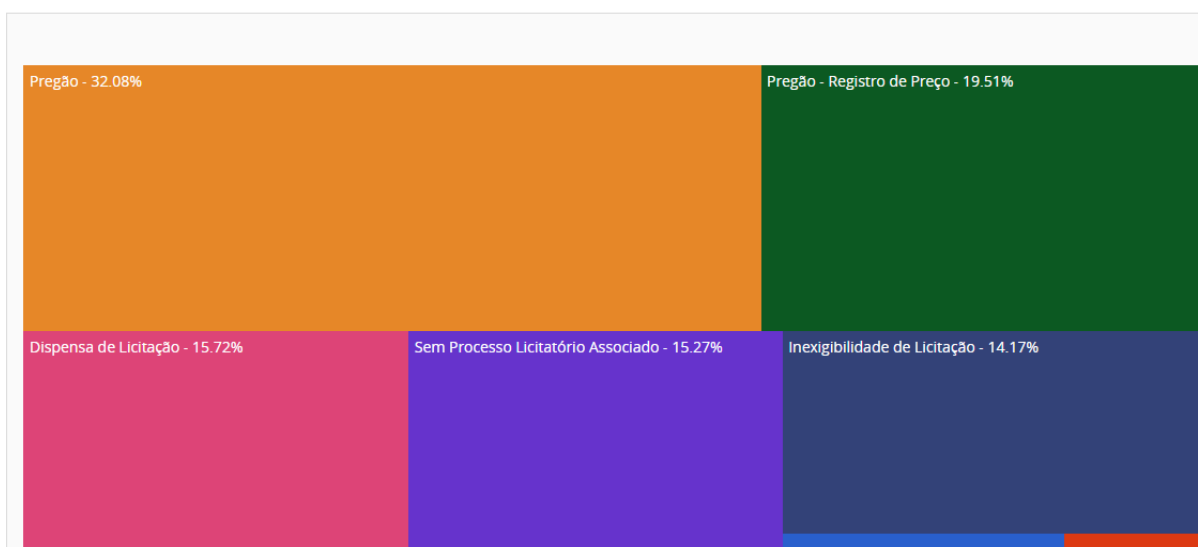
5 ANÁLISE DE CASO CONCRETO

A fim de verificar os dados registrados pela Administração, a respeito das contratações realizadas, fez-se consulta no portal da transparência, aplicando-se o filtro “consulta de contratos”, ano 2019. Optou-se por verificar contratações do ano de 2019, em razão de ter sido o último ano anterior ao período da pandemia da Covid-19, de modo a se analisar resultados mais próximos da realidade em tempos “normais”, entendendo-se assim aqueles em que ainda não havia impacto dos efeitos da situação pandêmica.

Os resultados obtidos da consulta estão sintetizados na tabela abaixo, a qual é disponibilizada no próprio site da transparência:

Gráfico 1 - Visão geral das contratações – Forma de contratação - 2019

Visão geral das contratações - Forma de Contratação



Fonte: Portal da Transparência/ <https://www.portaltransparencia.gov.br/contratos?ano=2019>

Em pese o registro do Portal da Transparência não detalhar quais contratações foram realizadas por estatais regidas a Lei 13.303/2016, a exposição acima constitui-se em uma importante ferramenta para análise do cenário geral das contratações públicas.

Observa-se que no ano de 2019, do total de contratações firmadas, 51.59% foram realizadas por meio de pregões e 45,16% sem processo licitatório associado, incluídos nesse percentual, todas as contratações por dispensa de licitação. O Portal disponibiliza, ainda, a tabela com a exposição dos valores contratado. Veja-se:

Tabela 1 - Visão geral das contratações

FORMA DE CONTRATAÇÃO	VALOR CONTRATADO	% RELATIVO AO TODO
Pregão	R\$ 12.461.286.521,06	31.97%
Pregão - Registro de Preço	R\$ 7.592.360.192,46	19.48%
Dispensa de Licitação	R\$ 6.101.113.547,33	15.65%
Sem Processo Licitatório Associado	R\$ 5.892.566.756,80	15.12%
Inexigibilidade de Licitação	R\$ 5.672.832.211,49	14.55%
Concorrência	R\$ 828.480.351,18	2.13%
Tomada de Preços	R\$ 408.344.584,23	1.05%
Convite	R\$ 16.093.795,95	0.04%
Concorrência - Registro de Preço	R\$ 2.720.823,81	0.01%
Concorrência Internacional	R\$ 1.350.323,22	0.00%
Concurso	R\$ 95.000,00	0.00%
Total	R\$ 38.977.244.107,53	100,00%

Fonte: Portal da Transparência/ <https://www.portaltransparencia.gov.br/contratos?ano=2019>

Quando se observa o montante financeiro das contratações firmadas sem processo licitatório associado, mais claramente se percebe a expressividade destas, em face do total de contratações realizadas. Na tabela apresentada, apenas no ano de 2019 foram contratados R\$ 17.666.512.515,62 por meio de contratações que não envolveram licitação.

Considerando que a Constituição Federal impôs a administração a obrigação de que suas contratações sejam precedidas de licitação, importa registrar que de acordo com os dados do Portal da Transparência, quase metade do valor contratado no período, se deu por procedimentos alheios a regência imposta pelo texto magno.

Para fins de análise fática, serão examinadas contratações promovidas por empresa pública federal, que firmou dois contratos para o mesmo objeto, qual seja, CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA ATENDIMENTO DE EXAMES MEDICOS, sendo que o primeiro decorreu de contratação emergencial e o segundo de licitação, cujos preços praticados estão expostos na tabela a seguir:

Tabela 2 - Comparativo econômico-financeiro: contratação emergencial versus licitação

SERVIÇO	EMERGENCIAL			LICITAÇÃO		
	QUANTIDADE	VALOR	TOTAL	QUANTIDADE	VALOR	TOTAL
ASO Periódico	119	R\$ 36,00	R\$ 4.284,00	150	R\$ 60,00	R\$ 9.000,00
ASO Retorno ao trabalho	10	R\$ 36,00	R\$ 360,00	50	R\$ 50,00	R\$ 2.500,00
Hemograma completo	118	R\$ 15,00	R\$ 1.770,00	150	R\$ 10,00	R\$ 1.500,00
Glicemia	100	R\$ 7,00	R\$ 700,00	100	R\$ 10,00	R\$ 1.000,00
TGO	22	R\$ 12,00	R\$ 264,00	45	R\$ 15,00	R\$ 675,00
TGP	22	R\$ 10,00	R\$ 220,00	45	R\$ 15,00	R\$ 675,00
Audiometria	86	R\$ 26,00	R\$ 2.236,00	90	R\$ 35,00	R\$ 3.150,00
Acuidade Visual	6	R\$ -	R\$ -	45	R\$ 25,00	R\$ 1.125,00
EAS	118	R\$ 7,00	R\$ 826,00	150	R\$ 8,00	R\$ 1.200,00
Ácido Metil hipúrico	22	R\$ 33,00	R\$ 726,00	45	R\$ 30,00	R\$ 1.350,00
Ácido hipúrico	22	R\$ 33,00	R\$ 726,00	45	R\$ 30,00	R\$ 1.350,00
Eletrocardiograma	64	R\$ 38,00	R\$ 2.432,00	65	R\$ 45,00	R\$ 2.925,00
Eletroencefalograma	64	R\$ 74,00	R\$ 4.736,00	65	R\$ 70,00	R\$ 4.550,00
TOTAL			R\$ 19.280,00			R\$ 31.000,00

Fonte: Elaborada pela autora

5.1. ANÁLISE ECONÔMICO-FINANCEIRA

Conforme já explanado, um dos possíveis prejuízos à Administração, quando contrata de forma emergencial, é a perda de vantagem econômico-financeira, que decorre da supressão da economia de escala, haja vista, que em contratações emergenciais, não se pode contratar todo o conjunto de itens que atenderia na integralidade a necessidade da Administração, mas tão somente, a parcela suficiente para afastar o risco ao que se expõe sem o serviço ou bem, a economia de escala é de tanta relevância para as contratações públicas, que merece que se apresente sua definição:

Economia de Escala é um conceito econômico cujo significado é a possibilidade de reduzir o custo médio de um determinado produto pela diluição dos custos fixos em um número maior de unidades produzidas. Como os custos fixos são constantes até um determinado patamar, quanto maior o volume produzido, menor será o custo médio. Isso ocorre quando uma empresa tem capacidade instalada de produção e aumenta o volume de produtos utilizando os mesmos recursos como maquinário, instalações e mão de obra. Dessa forma, o preço médio dos produtos é reduzido na proporção do aumento do volume. Alguns exemplos de custos fixos: aluguel, depreciação do maquinários e equipamentos, pessoal administrativo, telefone, investimentos em pesquisa e desenvolvimento do produto etc.

Ainda sobre o aspecto da economia de escala, Renato Geraldo Mendes explica:

Por um lado, o que se deseja é ampliar a disputa, e, para tanto, reconheceu-se que a divisão é uma das formas possíveis de obter o desejado resultado. Por outro lado, a possibilidade de divisão do objeto é condicionada por dois outros fatores: viabilidade técnica e garantia de economicidade. Ou seja, o legislador deixou claro que a ampliação da disputa não pode prejudicar a relação benefício-custo, isto é, não pode trazer prejuízo ao benefício que é representado pelo objeto e nem comprometer a economicidade (que se traduz na obtenção do benefício com o menor dispêndio de recurso financeiro). Portanto, a ampliação da competição tem condicionantes que precisam ser analisados pelo agente por ocasião do planejamento, notadamente do momento de decidir se manterá o objeto na sua totalidade ou se irá dividi-lo em partes (itens e lotes). (MENDES, 2019.)

Apesar do exposto, nas contratações sob apreciação, não se observa a ocorrência de prejuízo relativo à perda de economia de escala, pelo contrário, na contratação decorrente de licitação, apesar do quantitativo unitário ser superior ao da contratação emergencial, o valor correspondente, para a grande maioria dos itens, restou expressivamente superior.

Nesse tocante, importa registrar que, em relação ao quesito econômico-financeiro, a Administração busca, impreterivelmente, selecionar a proposta mais vantajosa, e aqui, se faz necessário compreender que a melhor proposta, não necessariamente, será aquela onde se ofertam os menores preços, há que se levar em conta a relação custo-benefício. Para clarear o entendimento da questão, observe-se a exposição de Cretella Júnior (1999):

A melhor proposta não busca apenas o menor preço, mas, também, a tudo que possa significar ganhos e interesses para a Administração Pública, como aspectos relacionados a prazo, logística, condições de pagamento, níveis de qualidade e rendimento.

No mesmo viés de entendimento, Justen Filho (2005), explica que, a busca pela vantajosidade não é tão fácil, uma vez que envolve aspectos subjetivos, tecnológicos, jurídicos e econômicos:

A vantagem desejada não se constitui em algo simples, haja vista, envolver os seguintes aspectos: a. subjetivo: quando o licitante que formula a proposta apresenta requisitos de idoneidade, de tal forma que haverá grande probabilidade de realizá-la; b. tecnológico: quando a proposta apresentada corresponder às exigências de execução satisfatória do objeto; c. jurídico: quando o objeto e as condutas dos licitantes são lícitos, independentemente, do cumprimento de exigências legais previstas no processo licitatório; e d.

econômico: quando houver vantagem para os cofres públicos, seja pelo menor desembolso, seja pelo maior ingresso de recursos.

Pelo exposto, nota-se que a seleção da proposta mais vantajosa, apresenta certo nível de complexidade, dado que sua escolha não se resume unicamente ao preço proposto, mas abrange um conjunto de elementos que somados, aferem a vantagem da proposta, que se caracteriza como a adequação e satisfação do interesse da Administração.

Para arrematar a questão da busca pela melhor proposta, Gasparini (2000) sinaliza que:

A procura da melhor proposta para seus empreendimentos é uma conduta por demais empregada por todas as pessoas. Cabe destacar que, para algumas pessoas, aquelas consideradas particulares, essa busca é facultativa, e, para as públicas (União, Estado Membro, Distrito Federal, Município, autarquia) e governamentais (empresa pública, sociedade de economia mista, fundação), a busca é, quase sempre, obrigatória.

5.2. ANÁLISE DA AMPLA CONCORRÊNCIA

Tabela 3 - Comparativo de participação: contratação emergencial versus licitação

MODALIDADE	EMERGENCIAL	LICITAÇÃO
Nº DE PARTICIPANTES	2	4

Fonte: Elaborada pela autora

Além do aspecto financeiro da contratação, outro fator, teoricamente prejudicado na contratação emergencial é o da ampla concorrência, em razão de em tal modalidade, não haver o mesmo rigor quanto a obrigação legal de publicidade e quanto aos prazos de acolhimento e abertura de propostas, impostos quando da licitação.

Nas contratações sob análise, verifica-se que o número de participantes da contratação emergencial foi inferior ao da licitação, conforme exposto na tabela acima. No caso, a contratação emergencial pode ter comprometido a ampla concorrência, o que é digno de observação, haja vista em tal modalidade haver um certo afrouxamento quanto ao cumprimento do princípio da publicidade da contratação, o que, ao menos em tese, impacta no alcance de possíveis fornecedores interessados e por consequência na concorrência do certame.

Fitando ancorar a importância do princípio da publicidade para as contratações públicas, note-se a lição de Justen Filho (2002, p.69) ao discorrer sobre o tema:

A publicidade desempenha duas funções. Primeiramente, objetiva permitir o amplo acesso dos interessados ao certame. Refere-se, nesse aspecto a universalidade da participação no processo licitatório. Depois, a publicidade orienta-se a facultar a verificação da regularidade dos atos praticados. Partindo do pressuposto de que as pessoas tanto mais se preocuparam em seguir a lei a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta. Sendo limitadas as condições de fiscalização haverá maior garantia de que os atos serão corretos

A fim de aclarar, ainda mais, a compreensão acerca da importância da publicidade para as contratações da administração pública, observe-se a instrução de Niebuh:

Para a licitação pública, o princípio da publicidade é de vital importância. Sem ele, já não se poderia falar em licitação pública, mas tão somente em licitação privada. Ora, se não há publicidade, se a licitação é destinada a um grupo restrito de pessoas, não se pode chamar de pública. Aliás, se alguns têm condições de saber da licitação e outros não, não há igualdade, que é a causa da licitação. Desse modo, sem publicidade, não há utilidade em realizar licitação.

Corroborando com essa ideia, o Tribunal de Contas da União já se posicionou em diversos Acórdãos sobre a publicidade, ou a sua falta, nos atos do processo licitatório:

[...] Disponibilizar os editais e projetos na Internet não traz custos adicionais e possibilita que qualquer interessado tenha conhecimento da licitação e seus detalhes. Fazer com que uma empresa tenha que deslocar um representante pessoalmente ao município apenas para adquirir um edital, só contribui para que haja menor concorrência nos processos licitatórios. 31. Cumpre ressaltar que a Lei 12.527/2011, mais conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), tornou obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores dos editais de licitações para os municípios com população acima de 10.000 habitantes, conforme art. 8º § 1º, inciso IV, e §§ 2º e 4º.

Além de ser um dever legal, para a Administração pública, a publicidade também se constitui fundamental para os licitantes interessados nas contratações, uma vez que esta lhes propicia, não apenas participar os certames, bem como, fiscalizar o andamento do processo, e quando necessário, requerer que lhes sejam reconhecidos direitos, que por ventura estejam sob ameaça no transcorrer da disputa,

por meio da interposição de pedidos de esclarecimento, impugnações, recursos e etc..., nessa linha de pensamento, observa-se:

A publicidade dos atos da Administração, na área de licitação pública, é de relevante interesse para os concorrentes, pois estes terão certeza do que está ocorrendo nas diversas etapas do processo, bem como os possibilita elaborar planejamentos e recursos administrativos em caso de descontentamento com alguma decisão que venha a ser tomada pela comissão de licitação, ou mesmo se houver alguma irregularidade ou ilegalidade no processo. Por outro lado, confere à Administração a certeza de que a competitividade restará garantida, para a seleção da proposta mais vantajosa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS/CONCLUSÃO

A contratação emergencial, apesar de legalmente possível, em regra, deve ser a última das alternativas a ser adotada pela Administração, para suas contratações, isto porque, sua utilização, teoricamente, expõe o contratante ao risco de firmar contratos com preços acima daqueles que seriam praticados caso fossem firmados em decorrência de processo licitatório e por, em tese, prejudicar a publicidade da contratação e por consequência mitigar participação ampla dos concorrentes.

A contratação emergencial desencadeia uma série de questionamentos, dentre os quais, merecem destaque aqueles acerca da eficiência do trabalho dos agentes envolvidos, seja por revelar uma possível falha no planejamento de suas contratações, haja vista a situação ter chegado as vias da emergencialidade, seja pelos motivos justificadores de sua adoção, principalmente em relação ao real risco que se pretende afastar com a contratação.

Há que se considerar, que as disposições contrárias as contratações emergenciais, firmam-se como meios de inibir o uso indiscriminado destas, com vistas a proteger a Administração dos riscos e prejuízos causados em decorrência delas, mormente, quanto aos aspectos financeiros, os quais são perenemente fiscalizados pelos órgãos de controle, no caso das empresas públicas da União, destaque-se as fiscalizações da Corte de Contas, TCU.

Em que pese as precauções legais, referentes a adoção das contratações emergenciais, nas contratações analisadas no presente trabalho, apenas a questão da mitigação da participação ampla dos concorrentes, mostrou-se concreta. No que concerne aos riscos financeiros, o resultado do estudo mostrou que, contrariando a teoria, os preços praticados na contratação emergencial foram significativamente mais vantajosos para o ente contratante, em comparação aos contratados por meio do processo de licitação.

Conclui-se que, por motivos que alheios aos registros processuais das contratações, apesar do cuidado necessário à aplicação das contratações emergenciais, configurando-se, realmente a emergência, é possível contratar por tal via, sem impactar negativamente o aspecto financeiro da contratação.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ana Paula Gross Alves. **A Evolução Histórica das Licitações e o Atual Processo de Compras Públicas em Situação de Emergência no Brasil**. Disponível em : <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br>. Acesso em 18/12/2021

PINHO, Guilherme Rosa. Um breve percurso sobre a evolução histórica da administração pública brasileira, novembro de 2014. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/34343/um-breve-percurso-sobre-a-evolucao-historica-daadministracao-publica-brasileira>>. Acesso em 18/12/2021.

AGÊNCIA SENADO. Senado Federal. Primeira norma de licitações foi editada no Império. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/07/10/primeira-norma-de-licitacoes-foi-editada-no-imperio>. Acesso em 18/12/2021.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2005.

STF – 2ª T. Recurso Extraordinário nº 160.381 – SP, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u.; RTJ 153/1.030

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 4 ed., ver., ampl., e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

DI PIETRO, Maria Silvy Zanella. **Direito Administrativo**. 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

KELYN, Mariana Elias Rosa. **Aspectos jurídicos da relativização do processo licitatório em contratações emergenciais**. Goiânia: Pontifícia Universidade Católica de Goiás Escola de Direito e Relações Internacionais, 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1296/1/ARTIGO%20CI%20ENTIFICO%20-%20KELYN%20MARIANA.pdf>. Acesso em 27/05/2021.

FILHO. Marcelo John Cota de Araújo. **A Nova Lei de Licitações e os objetivos das contratações públicas**. Disponível em: <https://schiefleradvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/1305893747/a-nova-lei-de-licitacoes-e-os-objetivos-das-contratacoes-publicas>. Acesso em 19/12/201.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28º ed. São Paulo: editora Atlas S.A., 2015.

TCU. Tribunal de Contas da União. Manual de compras diretas TCU. Manual de compras diretas TCU.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Considerações sobre um ano de vigência do Sistema de Contratação na Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016). Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 35-54, mar./ago. 2017.

ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais (Lei 13.303/2016). Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DOTTI, Marinês Restelatto. Contratação emergencial e desídia administrativa. Disponível em: file:///C:/Users/leoni/Downloads/469-Texto%20do%20artigo-954-1-10-20151005%20(1).pdf. Acesso em 19/12/2021.

TCU. Tribunal de Contas da União. Coopera - Programa de Atuação no Enfrentamento da Crise da Covid-19, 2020.

TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1876/2007-Plenário Relator: AROLDO CEDRAZ ÁREA: Licitação TEMA: Dispensa de licitação SUBTEMA: Emergência Outros indexadores: Inércia da Administração, Urgência, Imprevisibilidade, Risco, Responsabilidade

TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1217/2014-Plenário Relator: ANA ARRAES ÁREA: Licitação TEMA: Dispensa de licitação SUBTEMA: Emergência Outros indexadores: Afastamento, Efetividade, Eficácia, Risco, Responsabilidade, Inércia da Administração, Objeto da licitação

TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1162/2014-Plenário Relator: JOSÉ JORGE ÁREA: Licitação TEMA: Dispensa de licitação SUBTEMA: Emergência Outros indexadores: Formalização

NIEBUH, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo, Belo Horizonte, 2013.

CRETELLA JUNIOR, José. Licitações e contratos do estado. Rio de Janeiro: Forense, 1999

JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo, 4ª ed. Pg. 60.

TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 9609/2017-Segunda Câmara Relator: ANDRÉ DE CARVALHO: Representação TEMA: Concorrência Pública SUBTEMA: Contratação de Empresa para a elaboração de Projeto Executivo: Formalização

SANTOS, Roseane Moura. **A importância do princípio da publicidade no processo licitatório brasileiro.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8208/A-importancia-do-principio-da-publicidade-no-processo-licitatorio-brasileiro>. Acesso em 30/11/2021.

LADEIA, Renato. **Economia de Escala: afinal que bicho é esse?** Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/economia-de-escala-afinal-que-bicho-e-esse>. Acesso em 30/11/2021.

MENDES, Renato Geraldo. LeiAnotada.com. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 23, § 1º, categoria Doutrina. Disponível em <<http://www.leianotada.com>>. Acesso em: 30/11/2021.

ALVES, Ana Paula Gross Alves. **A Evolução Histórica das Licitações e o Atual Processo de Compras Públicas em Situação de Emergência no Brasil.** Disponível em : <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br>. Acesso em 18/12/2021

PINHO, Guilherme Rosa. Um breve percurso sobre a evolução histórica da administração pública brasileira, novembro de 2014. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/34343/um-breve-percurso-sobre-a-evolucao-historica-da-administracao-publica-brasileira>>. Acesso em 18/12/2021.

AGÊNCIA SENADO. Senado Federal. Primeira norma de licitações foi editada no Império. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/07/10/primeira-norma-de-licitacoes-foi-editada-no-imperio>. Acesso em 18/12/2021.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2005.

STF – 2ª T. Recurso Extraordinário nº 160.381 – SP, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u.; RTJ 153/1.030

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 4 ed., ver., ampl., e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

DI PIETRO, Maria Silvy Zanella. **Direito Administrativo.** 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.