

A CONTRATAÇÃO DIRETA NOS MUNICÍPIOS E A “LENDA URBANA” DA OBRIGATORIEDADE DA DISPENSA ELETRÔNICA COM DISPUTA

A contratação direta é um dos procedimentos de contratação mais utilizado em todo país, talvez até o mais usado, principalmente a dispensa de baixo valor, haja vista que as pequenas contratações para aquisição de bens e serviços são necessárias para manutenção das instituições, sejam elas na esfera federal, estadual ou municipal.

Partindo dessa premissa, a finalidade do legislador é justamente desburocratizar as pequenas contratações, de modo a garantir mais eficiência, com baixo custo, fazendo com que o próprio processo administrativo não seja mais custoso que a própria contratação em si, inclusive conseguindo com isso inserir ainda mais os pequenos fornecedores nas compras governamentais, fomentando o mercado local.

Pois bem. Com a chegada da Lei Federal 14.133/21, a Nova lei de Licitações e Contratos, o momento de transição para nova norma foi marcado pela absoluta falta de interesse da alta administração nos municípios em preparar as suas organizações para essa nova norma, que embora chegue com uma carga burocrática mais alta, com quase 200 (duzentos) artigos, sem dúvida alguma possui dispositivos muito mais eficientes que as normas revogadas ao final de 2023, inclusive com muito mais inovação e com a aproximação do mercado privado no planejamento das contratações públicas.

Como já relatado em artigos anteriores, ainda foi percebido que um dos motivos pelo retardo proposital nessa implementação da nova lei de licitações se deu praticamente por um receio de que a partir desse momento, todos os processos de contratação seriam eletrônicos, sem exceção, inclusive as dispensas de licitações, passando a ter disputas on-line e podendo com isso afastar o pequeno fornecedor local que também não se preparou para essa nova era dos processos 100% digitais.

Mas será mesmo que no caso das contratações direta, por dispensa de licitação de baixo valor e baixa complexidade, será OBRIGATÓRIO o uso da forma eletrônica, e ainda com disputa, por parte da administração pública municipal?

Vamos lá... O artigo 72 da NLLC disciplina a instrução processual na contratação direta, que por sua vez é composta pelos procedimentos de Inexigibilidade (Art. 74) e Dispensa de Licitação (Art. 75), inclusive dispendo de um passo a passo, que tende a auxiliar os agentes públicos que irão atuar diretamente no processo administrativo de contratação.

Agora observando com atenção o título que o legislador trouxe para esses dois tipos de procedimentos, que foram denominados de “CONTRATAÇÃO DIRETA”, já demonstra uma expressão bem sugestiva para a ideia principal de que a administração irá contratar alguém de forma direta para atender a sua necessidade, afastando licitação, a disputa, a concorrência, fundamentando o processo em alguma das possibilidades de exceção à regra de licitar, previstas nos Art. 74 e 75.

Tratando das contratações por dispensa de licitação de “baixo valor”, previstas no Art. 75, incisos I e II, o legislador já estabeleceu uma possibilidade de procedimento:

Art. 75.

(...)

§ 3º As contratações de que tratam os incisos I e II do Caput deste artigo serão “**preferencialmente**” precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa. (grifos acrescidos)

Notadamente, resta claro que a nova lei de licitações não trouxe em nenhum de seus dispositivos a obrigação de que as contratações diretas sejam realizadas de forma

eletrônica, nem tampouco com disputa, o que assemelharia o procedimento a uma pequena licitação, sendo mais simplificada.

Bom, mas se o legislador não trouxe essa obrigação da Dispensa de Licitação na forma Eletrônica, e ainda com disputa, porque tivemos todo esse “alarde” nos municípios por todo país? Fazendo com que eles não ingressassem de vez na NLLC no momento de transição de normas, onde ainda teríamos a opção, em cada processo administrativo, definir qual legislação seria fundamentada a contratação, e assim podendo testar, aos poucos, o uso da nova norma.

Ocorre que o Governo Federal regulamentou a dispensa de licitação, no âmbito da União, através da Instrução Normativa 067/2021 e trouxe em seu § 4º a obrigatoriedade de uso da dispensa eletrônica, inclusive com disputa utilizando a plataforma do “ComprasNet 4.0”, porém esse regramento só atinge os órgãos vinculados diretamente a União ou ainda aos que fizerem uso de recurso voluntários da União.

IN/SEGES 067/2021

(...)

Art. 4º Os órgãos e entidades **adotarão** a dispensa de licitação, na forma eletrônica, nas seguintes hipóteses:

I - contratação de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores, no limite do disposto no inciso I do caput do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021;

II - contratação de bens e serviços, no limite do disposto no inciso II do caput do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021;

III - contratação de obras, bens e serviços, incluídos os serviços de engenharia, nos termos do disposto no inciso III e seguintes do caput do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021, quando cabível; e

IV - registro de preços para a contratação de bens e serviços por mais de um órgão ou entidade, nos termos do § 6º do art. 82 da Lei nº 14.133, de 2021.

Sendo assim, embora seja uma boa prática e garantida, sem dúvidas, uma maior possibilidade de economia para a administração pública, não há o que se falar em obrigatoriedade por parte dos municípios em realizar dispensas na forma eletrônica, com

disputa, com exceção aos casos em que os municípios utilizarem, em suas contratações direta, recursos de transferências voluntárias da União.

Tratando agora dos casos de contratações que de fato envolvam esses recursos de transferências voluntárias da União, os municípios deverão seguir todos os procedimentos regulamentados na IN/SEGES 067/2021, porém um detalhe importante que deve ser observado, é que a própria Instrução Normativa desobriga que essas organizações se utilizem apenas a plataforma do “ComprasNet 4.0”, podendo realizar seus procedimentos nos sistemas próprios ou disponíveis no mercado, que já utilizam, por exemplo, para realização de suas licitações na forma eletrônica, vejamos:

IN/SEGES 067/2021

Art. 3º O Sistema de Dispensa Eletrônica constitui ferramenta informatizada integrante do Sistema de Compras do Governo Federal – Comprasnet 4.0, disponibilizada pela Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, para a realização dos procedimentos de contratação direta de obras, bens e serviços, incluídos os serviços de engenharia.

(...)

§ 3º Em caso de não utilização do Sistema Dispensa Eletrônica pelos órgãos e entidades de que trata o art. 2º, o procedimento estabelecido nesta Instrução Normativa deverá ocorrer em ferramenta informatizada própria ou outros sistemas disponíveis no mercado, desde que estejam integrados à Plataforma +Brasil, nos termos do Decreto nº 10.035, de 1º de outubro de 2019.

DO PROCEDIMENTO DE ESTIMATIVA E PESQUISA DE PREÇO

No tocante a estimativa de mercado na contratação direta (Art. 72, II), o legislador trouxe a instrução de que o processo administrativo deve seguir as regras estabelecidas no Art. 23 da NLLC, porém não determina que essa mera estimativa deva gerar compromisso de contratação com os valores encontrados, apenas exigindo que seja justificado a escolha do contratado como também que o preço ofertado esteja dentro do preço de mercado.

Outro dilema recorrente sobre o preço máximo a ser contratado nos casos específicos de contratação direta por dispensa de licitação de baixo valor, inclusive utilizando a forma eletrônica, é definir a forma e o momento de realização das estimativas de preços e se de fato há necessidade desse levantamento acontecer antes da busca pelo contratado no mercado ou, se for o caso, da possível disputa de lances, e mais uma vez a IN 067 nos traz essa resposta de forma clara no seu Art. 7:

IN/SEGES 067/2021

Art. 7º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa de licitação, aplica-se o disposto no art. 5º.

§ 4º Na hipótese de dispensa de licitação com base nos incisos I e II do art. 75 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, a estimativa de preços de que trata o caput **poderá ser realizada concomitantemente à seleção da proposta economicamente mais vantajosa.**

§ 5º O procedimento do § 4º será realizado por meio de solicitação formal de cotações a fornecedores.

Desta forma, a própria busca por propostas de preços, seguindo as regras estabelecidas pela legislação e pelos regulamentos, já atende os requisitos legais da pesquisa mercadológica, não havendo necessidade de realizar uma estimativa anterior ao recebimento dessas propostas, o que por si só já comprovará para a administração que o menor valor selecionado já está dentro aceitável e ofertado pelo mercado.

Dito isto, entendo que a contratação direta está prevista na norma para dar celeridade às pequenas compras e serviços, e me parece que a intenção principal do legislador é de fato essa quando cria ainda, por exemplo, a possibilidade de o próprio contratado comprovar que o seu valor ofertado está dentro do preço de mercado, conforme regulamenta o Art. 23:

Art. 23.

§ 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, **quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo**, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações

semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

DA REGULAMENTAÇÃO NO ÂMBITO MUNICIPAL

Diferente do que muitos imaginam, o uso da dispensa de licitação como forma de contratação na NLLC não necessita de uma regulamentação obrigatória, assim podendo ter sido utilizada por todas as organizações desde a sanção da Lei Federal 14.133, naquele 1º (primeiro) de abril de 2021.

Nesse sentido é bastante interessante que os municípios regulamentem o uso da dispensa de licitação, principalmente em relação a possibilidade de “dispensa eletrônica”, com objetivo de buscar condições melhores de contratação, ampliando ainda mais o mercado de fornecedores, conseguindo assim preços mais vantajosos para a administração pública, inclusive sendo importante o regramento de como serão realizados todos os procedimentos nesses tipos de contratações.

Embora saibamos que a utilização do procedimento que o legislador possibilitou no §3º do Art. 75 não transforme, de forma automática, a contratação por dispensa de licitação em uma “dispensa eletrônica”, poderá a administração regulamentar sim essa hipótese como uma das possibilidades de dispensa eletrônica, nesse caso sem disputa de lances, uma vez que todo o procedimento dessa busca por propostas de preços será realizado através de recebimento eletrônico, seja por software ou ainda por e-mail, contratando o menor preço obtido.

Ademais, a autoridade máxima de cada organização poderá criar sua regra de realização de dispensa de licitação para as contratações de “baixo valor” ou ainda outra estabelecida no regulamento, de modo que se realize procedimentos eletrônicos de recepção de propostas e documentos de habilitação para futura contratação direta, não restando prejudicadas a possibilidade de estimar o valor da contratação conforme previsto no Art. 23 da NLLC, inclusive tratando sobre a possibilidade de seguir com o processo

administrativo mesmo com o recebimento de apenas uma única proposta, haja vista poder comprovar se o valor obtido encontra-se de acordo com o mercado por uma das possibilidades legais.

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devemos superar de vez essa “lenda urbana” de que a Nova Lei de Licitações e Contratos trouxe em si a obrigação de que toda a administração pública deverá realizar as dispensas de licitação de baixo valor na forma eletrônica, e com disputas de lances sucessivos, mesmo tendo plena convicção que se trata de boa prática e com bem mais chances de obtenção de preços mais vantajosos.

Por fim, sabemos que a realidade dos pequenos municípios é totalmente diferente da maioria dos órgãos ligados a União, principalmente no trabalho diário de inserção do mercado local nas compras públicas, onde os pequenos empresários, em sua esmagadora maioria, não dispõem de condições técnicas e financeiras suficientes para se preparar e competir com o grande mercado de forma geral, e eles enxergam nas contratações diretas uma porta de entrada para as vendas ao governo e aumento de seus negócios.