

Contratação direta. Dispensa emergencial. Reconstrução de empresa já contratada. Artigo 75, inciso VIII, da Lei nº 14.133/21

Jair Eduardo Santana

Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP; Professor, Parecerista e Advogado; Administrador certificado pelo ICSS com ênfase em Investimentos; AETQ de Fundo de Previdência Complementar; Conselheiro Editorial dos periódicos SLC – Solução em Licitações e Contratos & SAM – Solução em Direito Administrativo e Municipal, ambos editados pela SGP – Soluções em Gestão Pública

Juliana de Moura Pereira

Advogada especializada em Direito Público; Atua nos Setores de Infraestrutura e de Suprimentos Governamentais

No rol das exceções nas quais a Lei nº 14.133/2021 considera dispensável a licitação se encontram aquelas hipóteses onde, mesmo sendo possível a competição, o certame se mostra como não sendo o meio mais adequado para atender o interesse público naquele dado instante, pois avaliando os benefícios (possíveis) e os prejuízos (inevitáveis) que poderiam concretizar-se em virtude do desenvolvimento do procedimento licitatório, o legislador permitiu a contratação direta.

São todos casos de afastamento ou de não-incidência (legalmente qualificados) do certame licitatório. E o quê todos devem saber é que isso não implica no abandono de dado procedimento de formalização, o qual corporifica a dita situação que é excepcional (artigo 72 da Lei nº 14.133/2021).

A Lei nº 14.133/2021 não alterou em quase nada o quadro das contratações diretas, no tocante às hipóteses de cabimento, em relação ao regime da Lei nº 8.666/93. E com isso se pode dizer que se mantém a estrutura tríplice do modelo revogado: (a) licitação dispensada, (b) licitação dispensável e (c) licitação inexigível.

Tratando este artigo de assunto pontual, a Lei nº 14.133/2021, ao abordar a hipótese de contratação direta pela Administração, diante de situações emergenciais, fixou a duração máxima de 1 (um) ano dos contratos, vedando a prorrogação do ajuste e a reconstrução de empresa já contratada com base no mesmo dispositivo legal.

Art. 75. É dispensável a licitação:

[...]

VIII – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de **1 (um) ano**, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, *vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a reconstrução de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;*

Nota-se que o artigo 75, inciso VIII, da Lei nº 14.133/2021, inovou na disciplina das contratações diretas por dispensa de licitação diante de situações emergenciais, trazendo novos contornos à espécie, em comparação aos ditames da regulamentação anterior trazida no artigo 24, inciso IV, Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, 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 ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de **180 (cento e oitenta) dias** consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, *vedada a prorrogação dos respectivos contratos*;

No que tange à vedação de prorrogação dos contratos emergenciais, não há nenhuma novidade, no entanto, quanto a impossibilidade de recontratação da mesma empresa, tal proibição não constava do art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666/1993.

Como se vê, ao final do dispositivo 75, inciso VIII, o legislador vedou a recontratação de empresa que já tenha sido contratada com fulcro na dispensa de licitação, em virtude de emergência ou calamidade pública.

Em outras palavras, caso a empresa tenha sido contratada em situação emergencial, ela estará proibida de ser contratada em nova situação de dispensa de licitação, também por emergência.

Certo é que, tal inovação trazida pela Lei nº 14.133/2021, pretendeu coibir as contratações emergenciais sucessivas, chamando a atenção da Administração Pública ao dever de planejamento das contratações via procedimento de licitação, contudo, causou um enorme imbróglio para os gestores públicos, qual seja, a alternância inevitável – e antieconômica – de fornecedores em determinadas situações.

Historicamente, em regra, os contratos celebrados em caráter emergencial, deveriam ser formalizados por prazo suficiente ao atendimento da emergência/calamidade pública ou até a conclusão do processo licitatório, no prazo máximo de 180 dias, vedada a prorrogação.

Atualmente, com a nova lei em vigor, a Administração possui o prazo 1 (um) ano para concluir o novo processo licitatório, visto que esse é o prazo máximo de duração das contratações emergenciais, também vedada a prorrogação.

Pois bem, ao ampliar o prazo máximo dos contratos emergenciais, o legislador pensou que um ano constitui tempo suficiente para a Administração planejar, organizar, realizar e concluir a nova licitação, mas como é sabido, existem diversos fatores externos (impugnações, recursos, ações judiciais, denúncias, dentre outros) que atrasam ou até inviabilizam a conclusão do certame.

Assim, uma vez mantida a situação de emergência ou calamidade, há muito se defende pela prorrogação excepcional desses ajustes, conforme jurisprudência do TCU¹, ou a celebração de um novo contrato emergencial, especialmente no âmbito de contratos de serviços continuados. Seguindo a mesma lógica, compreende-se que a vedação de recontratação da mesma empresa também deve comportar exceção (até que esta proibição seja excluída definitivamente da Lei nº 14.133/21, como foi feito em outros aspectos através da comemorada Lei nº 14.770, de 22 de dezembro de 2023).

A questão central deste artigo reside no seguinte questionamento: caso a situação emergencial persista, e não reste outra alternativa à Administração Pública, a não ser prorrogar o contrato vigente ou fazer um novo contrato emergencial, estará vedada a recontratação da empresa mesmo em um cenário de maior vantajosidade para a Administração Pública?

Como dito, inobstante as regras estabelecidas na nova Lei de Licitações, é necessário se atentar que, em virtude de uma série de circunstâncias, em diversas vezes não imputáveis à Administração Pública, o novo processo de licitação não é encerrado no interregno previsto legalmente, como também no prazo de vigência contratual inicialmente fixado.

1. TCU, Acórdão nº 1.022/2013, Plenário, j. em 24.04.2013.

Nesse cenário, a vedação de recontratar a empresa que já fora contratada por dispensa de licitação, em caráter emergencial, acaba por criar um dificultador desnecessário para a própria Administração, que terá que buscar outro fornecedor no mercado, que muitas vezes – no âmbito de serviços contínuos por exemplo – não será capaz de se mobilizar em tempo hábil, como também não terá um preço tão competitivo quanto da atual contratada.

É preciso evidenciar que como a regra está posta, embora a empresa não possua qualquer controle sobre a situação de emergência vertida em desfavor da Administração Pública, mesmo assim, não poderá ser recontratada, repita-se, mesmo que apresente o melhor valor, sendo mais vantajosa a sua recontração para a Administração Pública em detrimento de contração de nova empresa.

É claro que não se pretende defender aqui a permanência indiscriminada de um fornecedor em caráter precário, porém, uma vez que a contratação emergencial é a medida mais adequada (ou a única saída!), a vedação de recontração da mesma empresa não atende mais a finalidade do legislador. E mais, em quase todos casos poderá culminar em uma contratação desvantajosa para a Administração Pública.

A bem da verdade, a vedação de recontração de empresa anteriormente contratada em regime emergencial revela discriminação indevida, sobretudo, no tocante a necessidade da busca do melhor preço para aquisição de serviços ou bens pela Administração Pública.

Como citar essa publicação:

SANTANA, Jair Eduardo; PEREIRA, Juliana de Moura. “Contratação direta. Dispensa emergencial. Recontração de empresa já contratada. Artigo 75, inciso VIII, da Lei nº 14.133/21”. *In SLC– Solução em Licitações e Contratos nº 74*. Seção Soluções Autorais. São Paulo: SGP, maio/2024, p. 43-45.

