

CONTRATAÇÃO DIRETA NA LEI 14.133/2021

Prof. Ricardo Schneider



@prof.ricardo.schneider



@tceal



@escoladecontasal



@institutodireitoadm.al

Conteúdo

- Introdução
- Dever de licitar e contratação direta
- Diferenças entre dispensa e inexigibilidade
- Casos específicos de dispensa e de inexigibilidade
- Instrução do procedimento de contratação direta

RICARDO SCHNEIDER RODRIGUES



Contratação Direta

27 de abril

14h às 18h

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Sócio fundador/idealizador e Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas – IDAA. Professor de Direito do Centro Universitário CESMAC (Graduação, Especialização e Mestrado). Procurador do Ministério Público de Alagoas.



Introdução: a nova lei está em vigor?

- Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)
- Art. 54 → Editais devem ser publicados no PNCP
- Art. 94 → Eficácia do contrato depende de divulgação no PPNPC
- Art. 194 → Lei está em vigor desde 1º.4.2021
- Como fazer? Jacoby.

Introdução: já sou obrigado a usar a lei nova?

- Projeto. Niebuhr. Só caberia a lei nova para dispensa
- Redação Final. Art. 191
 - [...] a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente [...]
- Há opção: Lei nº 8.666 ou NLL. A critério da Administração
 - Conceito: 6º, IV – órgão ou entidade por meio do qual a AP atua
- Atenção: **vedada a aplicação combinada das duas leis**
- Atenção: **o contrato deve seguir as mesmas regras da lei escolhida**



O dever de licitar e a contratação direta

O dever de licitar é a regra

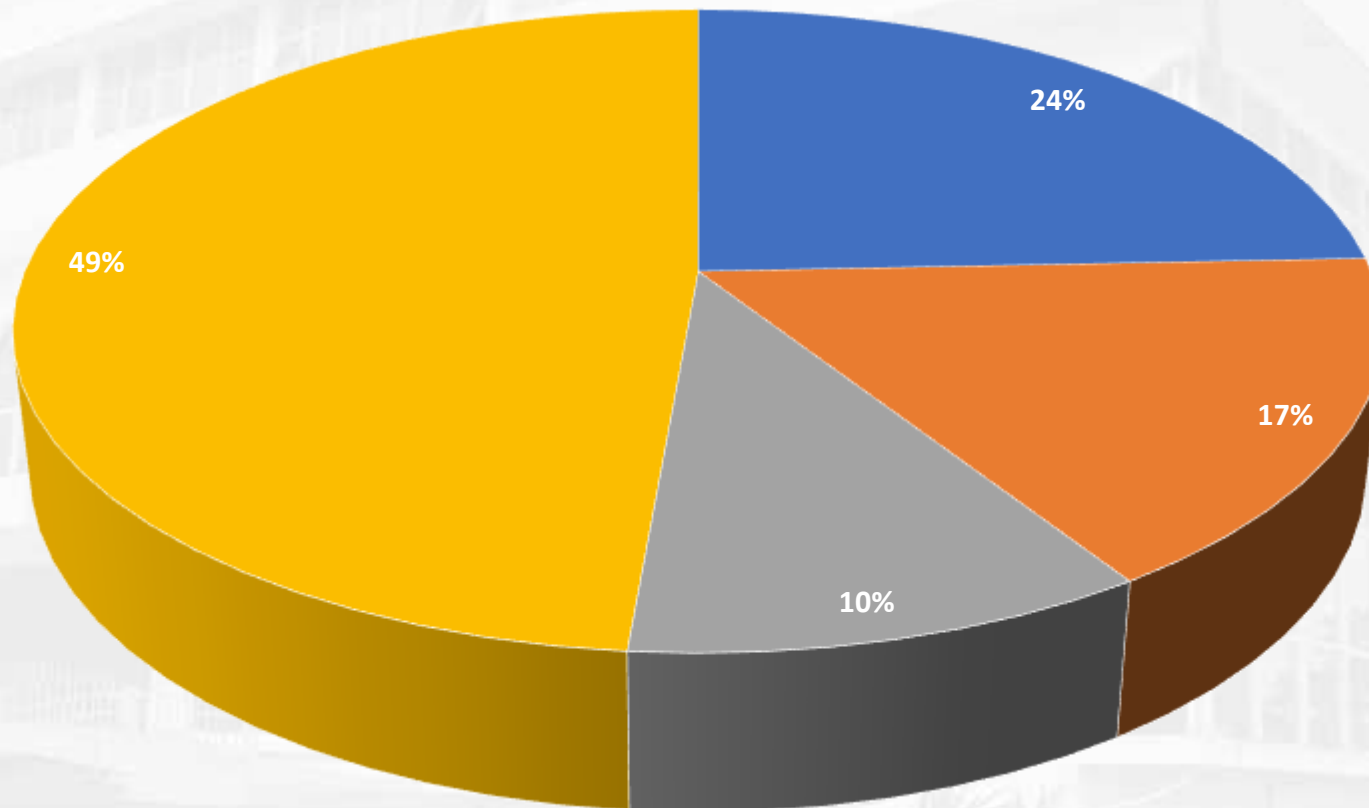
Fundamentação Constitucional – Art. 37:

- 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.

A licitação é a regra? (CGU / Niebuhr)

CONTRATAÇÕES 2020 (R\$ 35,53 BI)

■ Dispensas ■ Inexigibilidades ■ Outras sem licitação ■ Licitadas



Previsão legal da contratação direta

- Art. 72. **Contratação direta** compreende
 - **Inexigibilidade** (art. 74)
 - Quando for **inviável** a competição
 - Rol **não** é **taxativo**
 - **Dispensa** de licitação (art. 75)
 - A competição seria possível
 - Cabe a licitação, mas a Administração pode optar por **NÃO** licitar → discricionariedade
 - Rol **taxativo** → reserva legal

A consequência de ser a licitação a regra

- **Interpretação** das normas de contratação direta
 - **Regra** = licitação = **interpretação ampliada**
 - **Exceção** = contratação direta (sem licitação) = **interpretação restritiva**
 - **Não ampliar** as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação → **LEI**





Evitar o “erro grosseiro”

- “O agente público **responderá** pessoalmente por suas **decisões** ou **opiniões** técnicas em caso de **dolo** ou **erro grosseiro**” (art. 28, LINDB)
- Considera-se **erro grosseiro** aquele **manifesto**, **evidente** e **inescusável** praticado com **culpa grave**, caracterizado por **ação** ou **omissão** com **elevado grau** de negligência, imprudência ou imperícia (art. 12, § 1º, Dec. 9.803/19)
- Erro grosseiro é aquele que pode ser percebido por pessoa com **diligência abaixo do normal** ou que pode ser evitado por pessoa com **nível de atenção aquém do ordinário**, decorrente de **grave inobservância de dever de cuidado**. (Ac. 3327/19, TCU, 1ª C., Min. Vital do Rêgo).

Observar o entendimento dos Tribunais

- Adoção da **jurisprudência** do **TCU**.
Relevância. Súmula n. 222 do TCU:
 - As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de **normas gerais** de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, **devem** ser **acatadas** pelos **administradores** dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos **Municípios**.
- **Atenção! Veto** ao art. 172 da NLL





Buscar capacitação

Art. 173. Os tribunais de contas **deverão**, por meio de suas **escolas de contas**, promover eventos de **capacitação** para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos **cursos** presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas.

Fábio Lins de Lessa Carvalho
Filipe Lôbo Gomes
Janaina Helena de Freitas

Ricardo Schneider Rodrigues
Rodrigo José Rodrigues Bezerra

COORDENADORES

NOVO DIREITO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De acordo com a Lei 14.133/2021
(Nova Lei de Licitações)

COLABORADORES

Alysson Paulo Melo de Souza	Leandro da Silva Monteiro
Ana Christina Tenório Ribeiro Bernardes	Lindineide Oliveira Cardoso
Angelo Braga Netto Rodrigues de Melo	Louise Maria Teixeira da Silva
Arykoerne Lima Barbosa	Lucas Ribeiro de Lira Cano
Bárbara Ingrid Silva Marques	Lucas Rosendo Silva
Bruna Beatriz Alves de Campos	Luiz Henrique Bezerra de Oliveira
Carlos Roberto Lima Marques da Silva	Marcus Rômulo Maia de Mello
Claudia Cristina de Melo Pereira	Maria Michelle de Araújo Cordeiro
Delano Sobral Rolim	Mariana Costa Moraes
Delson Lyra da Fonseca	Maryny Dyellen Barbosa Alves Brandão
Elder Soares da Silva Calheiros	Michelle Safadi Bastos
Elmanuel de Freitas Machado	Newton Vieira da Silva
Enio Afonso Ferreira Silva	Rafael Paiva de Almeida
Fábio Lins de Lessa Carvalho	Raimundo Alves de Campos Júnior
Felipe Bruno Calheiros Costa	Renata Cristina Vasconcelos Pacheco
Fernanda Karoline Oliveira Calixto	Ricardo Schneider Rodrigues
Fernanda Marinela de Sousa Santos	Rodrigo José Rodrigues Bezerra
Filipe Lôbo Gomes	Stella de Barros Lima Méro Cavalcante
Flávia Caroline Fonseca Amorim	Tálita Nunes de Souza Baêta Feijó
Janaina Helena de Freitas	Thauanne da Rocha Cintra
José Franklin Toledo de Lima Filho	Thyago Bezerra Sampaio
José Marçal de Aranha Falcão Filho	Vagner Paes Cavalcanti Filho
José Tenório Nunes Filho	Washington Luiz Costa Júnior
Kézia Sayonara Franco Rodrigues Medeiros	
Larissa Helena Correia Silva	

JURUÁ
EDITORA

Lançamento!!!

- 6ª feira à tarde (30/04/2021)
- Vendas no site da Juruá:
- <https://www.jurua.com.br/>

Casos específicos de dispensa e de inexigibilidade

Dispensa em razão do
valor (art. 75, I, II e IV, c)



Dispensa em razão do valor (art. 75, I, II e IV, c)

- Obras e serviços de engenharia ou de **serviços de manutenção de veículos automotores** até **R\$100 mil** (era R\$33 mil)
- Compras e outros serviços até **R\$50 mil** (era R\$17,6 mil)
- Obras e serviços de engenharia para pesquisa e desenvolvimento **até R\$300 mil (novo)**
 - Nesse caso haverá procedimentos especiais em regulamentação específica (art. 74, § 5º)
- Valores **reajustados anualmente** pelo **Executivo** federal: 1º janeiro – IPCA-E (art. 182)
- TCE/MT: Município pode **atualizar** ou fixar **novos valores** para modalidades licitatórias. Consulta n. 121746/2014. **Cautela → agora há regra específica**



Atenção!

- Os **valores** dessa modalidade de dispensa **não condicionam** as **demais** hipóteses de dispensa
 - Ex.: pode haver contratação **emergencial** por dispensa em **valor superior** a esses limites
- Aplicam-se as **referências** da Lei nº 8.666/93 à **NLL** (art. 189)
 - Art. 49, IV, LC nº 123/2006: **não se aplica a preferência** nos casos de **dispensa** ou **inexigibilidade**, **exceto** as de **pequeno valor**, que devem ser preferencialmente por **ME ou EPP**

Novidades (art. 75)

- Parâmetros: o **somatório no mesmo exercício financeiro da unidade gestora** (75, § 1º, I)
 - Unidade capaz de gerir recursos orçamentários e financeiros
- Objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade (75, § 1º, II)
- Atenção: estas regras não se aplicam em contratação de **até R\$8 mil** para serviço de **manutenção** de veículos próprios, **inclusive** fornecimento de **peças** (75, § 7º)
 - Podem ocorrer várias contratações, ao longo do exercício, cuja soma extrapole o limite

Atenção!

- Lei nº 8.666/93 → indicava outro critério:
 - Art. 24, inc. I - para obras e serviços de **engenharia** de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, **desde que não** se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da **mesma natureza e ~~no mesmo local~~** que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;
 - Na sistemática anterior, obras da “mesma natureza”, mas **em locais diversos não** precisavam ser **somadas**
 - Pela sistemática nova **devem ser somadas** = NLL é mais restritiva (Niebuhr)

“Mesmo ramo de atividade” e possíveis parâmetros

- Veda-se a contratação por dispensa de licitação fundada no **art. 24, inciso II**, da Lei n. 8.666/1993 quando o **somatório** dos gastos realizados ao longo do **exercício** com determinada despesa supera o limite imposto pelo dispositivo supradito. Devem ser **contratados** na **mesma licitação**, os **objetos** de futuras contratações que sejam **similares** por pertencerem a uma **mesma área de atuação ou de conhecimento**.
 - (TCU, Ac. 3550/2008, P. Câmara, 21.10.2008)
- “Guardam **semelhança** entre si e visam aos **mesmos propósitos**”. “Devem **somar** os valores a serem despendidos com contratos que tenham **objetos da mesma natureza**, que são aqueles que têm **identidade entre si** e servem às **mesmas finalidades**, para **todo o exercício** financeiro.” (Niebuhr)

TCU: Planejamento

Planejamento. Agrupar objetos que possam ser contratados em conjunto.

- A Administração deve **planejar** adequadamente as suas compras, fazendo levantamento antecipado das necessidades dos diversos setores, **agrupando os objetos a serem contratados por natureza**, selecionando a **modalidade** de licitação a ser empregada, de modo a **evitar o fracionamento** de despesas. (Acórdão 2195/2008, TCU, Primeira Câmara).

Novidades (art. 75)

- Preferencialmente **precedidas** de divulgação na **internet**, em sítio eletrônico oficial, no prazo mínimo de **3 dias úteis** com especificação do objeto e manifestação de interesse em obter propostas adicionais → **deve selecionar a mais vantajosa**
 - Há discricionariedade?
 - Deve motivar?
- Preferencialmente pagas com **cartão de pagamento**, com extrato divulgado no Portal Nacional de Contratações Públicas

Valores dobrados (art. 75, § 2º)

- Mantém a regra: dobra valor para **consórcio público** ou por **autarquia** ou **fundação** qualificadas como **agências executivas**
 - Obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores até **R\$200mil**
 - Compras e outros serviços até **R\$100 mil**

Dispensa emergencial (art. 75, VIII)



- 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 recontratação de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;



Novidades! (art. 74, §6º)

- Considera **emergencial** a contratação por dispensa para **manter continuidade** de serviço público
- Deve observar os **valores praticados pelo mercado** (cf. art. 23)
- Adotar as **providências necessárias** para a conclusão do **processo licitatório**
- Sem prejuízo de **apuração de responsabilidade** dos agentes públicos que **deram causa** a situação emergencial.

- Situação **emergencial** ou **calamitosa**: calamidade é mais **abrangente** e mais grave que a emergência. Emergência **alastrada**.
 - Um ou outro.
 - Ex.: falta de medicamentos = emergência, não necessariamente calamidade.
- **Emergência não** precisa ser **radical** ou **absoluta**, mas serviço **irrelevante não** justifica (Niebuhr).
 - Quais são ou não relevantes? Caso concreto – discricionariedade - fundamentação.
- Problemas **estruturais** e **meras inconveniências não** justificam

- **Urgência** na atuação concreta e efetiva
- **Risco sério de prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares**
- Contratação almejada é providência **adequada e suficiente** para afastar o **risco**
 - Não justifica que **todos** os contratos sejam por dispensa.
 - Ex.: seca x pavimentação de estrada. Caminhão pipa, alimentos, medicamentos etc.

Motivação – dever do gestor

- Nas contratações **diretas** fundadas em emergência (art. 24, **inciso IV**, da [Lei 8.666/1993](#)), **cabe ao gestor** demonstrar a **impossibilidade** de esperar o tempo necessário à realização de **procedimento licitatório**, em face de risco de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas e de bens públicos ou particulares, além de **justificar a escolha** do fornecedor e o **preço** pactuado. (Ac. 1130/2019, Primeira Câmara, Relator Ministro Bruno Dantas)

Caso do Estádio “Machadão” em Natal/RN.

Pareceristas multados

- 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.

Continuação

- 14. Todavia, em que pese os pronunciamentos técnicos indicarem a existência de graves problemas estruturais, observo que eles apenas apontavam como **solução** para o problema a **interdição do local**, de modo que tal providência, nos termos destacados pelo Ministério Público, "**suspenderia, por si só, eventual risco** à segurança dos frequentadores, e descaracterizaria a situação de urgência, possibilitando o regular procedimento licitatório".
- 15. [...] o único **motivo** a caracterizar a urgência na contratação seria a **ascensão de agremiação esportiva local à série "A" do campeonato brasileiro de futebol** [...]
 - (TCU, Ac. 1162/2014, Pleno)

Somente parcela mínima necessária

- A contratação direta emergencial, fundamentada no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, deve se **restringir somente à parcela mínima necessária** para **afastar** a concretização do **dano** ou a **perda dos serviços** executados, devendo a **solução definitiva**, conforme o caso, ser objeto de **licitação** formal.
 - (TCU, 1ª C., Ac. 6139/2015)
- A contratação emergencial **só** deve atender a **situação emergencial** até a realização de **nova licitação** (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993).
 - (TCU, Pleno, Ac. 2988/14)

Ausência de planejamento / desídia / emergência fabricada x dispensa

- Diante de uma situação de emergência, decorrente de **falta de planejamento** ou desídia imputável à própria Administração, é **possível** a dispensa?
- Discussão inicial: TCU, Decisão 347/94: **não cabe** dispensa. FURTADO.
- Entendimento atual. Possibilidade. JUSTEN, JACOBY e NIEBUHR.
 - Se a situação fática exigir a dispensa por situação emergencial, **mesmo considerando a ocorrência de falta de planejamento, não pode o gestor deixar de adotá-la**, pois se assim proceder responderá não apenas pela falta de planejamento, mas também pelos possíveis danos que sua inércia possa causar. (TCU, Ac. 1022/2013, Pleno, j. 24.4.2013). Mesmo sentido: Ac. 1122/2017, Pleno, Relator Ministro Benjamin Zymler.
- É a posição da NLL, ao prever a responsabilização do causador da emergência

Obrigatória responsabilização de quem deu causa

- É **possível a contratação direta** por dispensa de licitação mesmo quando a situação de *emergência* decorrer de **falta de planejamento**, de desídia administrativa ou de má gestão dos recursos públicos, **se houver necessidade** de defesa do interesse público em face da **inércia** da Administração, **sem prejuízo da responsabilização dos gestores que não providenciaram tempestivamente o devido processo licitatório.**
 - (TCU, Ac. 1312/2016, Primeira Câmara, j. 23.2.2016). Também: Ac. 1122/2017, Plen, Relator Ministro Benjamin Zymler.

Planejamento. Adoção de controles de riscos

- É recomendável à Administração Pública a **implantação de controles** para mitigar **riscos** que possam resultar na realização de contratações **emergenciais** que afrontem o art. 24, inciso IV, da [Lei 8.666/1993](#), a **exemplo** de medição do **nível mínimo de estoque** para itens essenciais e de **alerta** sobre a necessidade de tomada de decisão quanto à **prorrogação de contrato** de serviço de duração continuada ou à realização de **nova licitação**.
 - (Ac. 1796/2018, Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes).

Novidade: prazo ampliado

- 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
 - Atenção! **O contrato não terá 01 ano**, pois a contagem do prazo inicia da data da ocorrência da situação e não da celebração do contrato (Niebuhr)
 - Atenção! É prazo **apenas** para **obras e serviços**.
 - Para a **aquisição de bens** a limitação corresponde apenas àqueles “necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa”.
- NIEBUHR / MARÇAL: **obras** que exijam mais do que o prazo legal?
 - Ex.: reconstrução de ponte.
 - Solução: **contratação apenas** da **parcela** que possa ser concluída no prazo.

Lei veda prorrogação de contrato emergencial

- E novo contrato, pode?
- NIEBUHR: **proíbe** prorrogação, não novo contrato, ainda que idêntico, **presentes** todos os **requisitos**.
- (Ac. 158/2010, TCU, 2ª Câmara).

Ac. 158/2010, TCU, 2ª Câmara

- 3.16.2. Como se sabe, o **prazo máximo** para uma contratação emergencial é de 180 dias, **não podendo ser prorrogado**, conforme letra do Artigo 24 Inciso IV da Lei 8666/93 e alterações posteriores. Entretanto, haverá ocasiões em que **decorrido aquele prazo, a situação de emergência ainda persiste**, como nos casos de uma grande epidemia, catástrofes, inundações etc. A **solução** será a celebração de um **novo emergencial** por um **novo prazo** e através de **novo processo**. Como se verifica, **não se trata de prorrogação** de contrato emergencial após o decurso de 180 dias, mas sim da celebração de um **novo contrato emergencial**, que inclusive **poderá ou não ser celebrado com a mesma pessoa física ou jurídica** após pesquisa de valores.

Continua

- 3.16.3. O Tribunal de Contas da União, com relação à possibilidade da celebração de **novo contrato emergencial por mais 180 dias**, transcrevendo lição de Ivan Barbosa Rigolin e Marco Túllio Bottino, assim se posicionou: ‘Caso outro estado emergencial ou calamitoso ocorra dentro dos cento e oitenta dias do primeiro, **outra aquisição, devidamente justificada, através de outra contratação direta, sempre poderá ser realizada** – e ainda que seja com a mesma pessoa física ou jurídica; **o que se veda é a PRORROGAÇÃO** de um mesmo contrato, para além de cento e oitenta dias; **continua...**

Continua

[...] isto parece **mais razoável** do que entender ter a lei proibido toda e qualquer prorrogação dentro desse prazo, até porque estaria, nesse passo, tumultuando terrivelmente o disciplinamento das prorrogações previsto nos artigos 57 e seguintes'. (Decisão 822/97/TCU-Plenário). Portanto, **perfeitamente legal a celebração de novo contrato emergencial** se esta situação persistir após o decurso dos 180 dias previstos em Lei. Impende salientar que os períodos do contrato emergencial poderão ser, de 30 dias, 60 dias, 90 dias, 120 dias até um máximo de 180 dias. Assim de uma contratação emergencial inicial for de 90 dias, ao fim dos quais ainda persista a situação, aí sim poderá haver uma prorrogação por mais 90 dias.

NLL não veda novo contrato, mas limita

- A NLL **veda apenas a recontratação** de empresa **já contratada** com base no mesmo dispositivo. **Novidade!**
- NIEBUHR: pode-se firmar **novo contrato emergencial**, porém **não** com a **mesma pessoa** contratada. **Evitar a perpetuação** de contratações com a mesma pessoa
 - Autor critica: há situações que **podem ensejar prejuízo** para a Administração
 - Ex.: contrato de “fábrica de software”. Licitação em curso suspensa por decisão judicial. Transição de equipes pode ser prejudicial

Prorrogação *contra legem*, pode?

- A Lei antiga e a NLL vedam igual e expressamente a prorrogação
- **Jurisprudência** anterior **admitia** a prorrogação em casos **excepcionais**
 - Ac. 1901/2009, Pleno, TCU: aproveitar mobilização e maquinário - Porto Itajaí
 - Outros casos. Ex.: verba repassada ao Município muito tempo após desastre.
 - Ex.2: Obras da reconstrução em Alagoas, após chuvas.
 - V. ainda TCU Ac. 2024/2008, Plenário → “pode ser ultrapassado se isso for indispensável para a preservação do bem protegido”

Julgados favoráveis à ampliação do prazo

- É **possível** a **prorrogação** contratual emergencial acima de 180 dias, em hipóteses **restritas**, resultantes de **fato superveniente**, e desde que a duração do contrato se estenda por **lapso de tempo razoável e suficiente** para enfrentar a situação emergencial. (TCU, Ac. 1801/2014, Pleno, j. 9.7.2014)
- O limite de 180 dias estabelecido para a duração de contratos emergenciais **pode ser ultrapassado** quando o objeto a ser executado além desse prazo preencher as seguintes **condições**: i) **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 ii) somente para os bens **necessários** ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa. (TCU, Ac. 106/2011, Pleno).

A refletir

- Ainda se justifica admitir a prorrogação *contra legem* se o legislador **dobrou o prazo e manteve a vedação?**
 - Posição pessoal: não cabe. O prazo foi dobrado e a vedação mantida, sem exceções. Deve prevalecer a legalidade



Prazo para realizar a contratação emergencial

- Se a **contratação emergencial** demorar **mais** que **trinta dias** da ocorrência do fato que a justifica, o TCU **não** considerará que existiu a **emergência**, já que em trinta dias teria sido possível realizar ao menos um **convite**, que suprisse ao menos parte da necessidade [...] (Ac. 158/2010, Segunda Câmara, TCU).
- Niebuhr: **crítica** – sem amparo legal.

TCE/AL e contratação emergencial

- **Instrução Normativa n. 1/2017:** fiscalização especial e extraordinária em **prefeituras** que decretaram estado de **emergência** em início de exercício
 - Trata do prazo de **48 horas** para envio de diversos documentos
 - Trata do **procedimento** para a contratação emergencial

Dispensa por licitação
deserta ou fracassada (art.
75, III, “a” e “b”)



- III - para contratação que **mantenha** todas as **condições** definidas em **edital** de licitação realizada ***há menos de 1 (um) ano***, quando se verificar que naquela licitação:
 - a) **não** surgiram licitantes **interessados** ou **não** foram apresentadas **propostas válidas**;
 - Deserta: **ninguém** apresenta interesse em participar.
 - Fracassada: ninguém é **habilitado** ou nenhuma **proposta** é válida.
 - b) as propostas apresentadas consignaram **preços manifestamente superiores** aos praticados no **mercado** ou **incompatíveis** com os fixados pelos **órgãos oficiais** competentes;

Novidades

- Na regra anterior exigia que a **repetição do certame** pudesse causar prejuízo → essa exigência cai e em seu lugar há o **prazo de 1 ano sem necessidade de demonstrar prejuízo, mantidas todas as condições do edital**
- Antes a **regra** expressa admitia dispensa **apenas** em caso de licitação **deserta** → agora **também** para o caso de **fracassada por ausência de proposta válida**
 - Parte da doutrina e o TCU admitia **interpretação extensiva** da **lei antiga** para **incluir** na regra da licitação deserta a **fracassada**
 - TCE/AL **não admitia** interpretação **extensiva** da lei antiga (Acórdão 31/2020, Consulta 11.347/2019)
 - Niebuhr continua admitindo **interpretação extensiva** na **NLL** → alcança não apenas ausência de **propostas válidas**, mas **também** casos de **inadmissão** ou **inabilitação** de **todos** os licitantes
- NLL **não exige mais** que se conceda **oportunidade** para apresentar **nova proposta** na hipótese de preço **inadequado** → basta **prazo** + manter **condições**

Atenção

- **Única** proposta válida: **admissível**. **Ilícito recusar** proposta válida por ser a única.
 - “É **ilícita** a conduta da Administração Pública que desfaz a licitação em virtude de ter recebido apenas uma proposta ou de ter restado válida uma só proposta” (Niebuhr).
- **Processo** de contratação direta é **autônomo** em relação à licitação deserta ou fracassada.
 - Realizar **pesquisa de preços**, **justificativa da escolha** do contratado etc.
 - **Pode** ser escolhido licitante **anteriormente desclassificado** ou **inabilitado**.
 - Ex.: certidões antes vencidas, agora regulares.

Inexigibilidade por exclusividade (art. 74, I)



- Art. 74. É **inexigível** a licitação quando **inviável a competição**, em especial nos casos de:
- I - aquisição de **materiais**, de **equipamentos** ou de **gêneros** ou contratação de **serviços** que só possam ser fornecidos por produtor, **empresa** ou **representante comercial exclusivos**;
- § 1º Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo, a Administração deverá **demonstrar a inviabilidade** de competição mediante **atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante** ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o **objeto** é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial **exclusivos**, **vedada a preferência** por marca específica.

Atenção!

- **Especificações** escolhidas devem guardar **pertinência** com o **interesse público** a ser **atendido**. Fundamentado nos autos.
 - Características **peculiares** forem **decisivas** ao interesse público. **Cuidado** com indicação **excessiva** de **características periféricas**.
- **Abrangência** da exclusividade: **nacional** (não é obrigado a realizar licitação internacional) ou **local** (representante comercial exclusivo).
- Antes, só para **compras**.
 - **Só compras – serviços não**: Orientação Normativa AGU n. 15/2009. Também: Ac. 1796/07, Pleno, TCU.
 - Era necessária enquadrar **serviços** no **caput** do art. 25
 - **Agora NLL também admite expressamente para serviços**

Deve confirmar a **veracidade** dos atestados

- A apresentação de **atestados** de exclusividade por **juntas comerciais e entidades sindicais** - **apesar de ser requisito legal - não é suficiente**, sendo necessária a tomada de medidas pelo administrador público para que seja **assegurada a veracidade** das informações lá contidas.
- [...] **apesar dos atestados, deveria ter sido realizada ampla pesquisa de mercado**, seja para constatar a existência de **possíveis concorrentes**, seja para **comprovar** de forma clara que, de fato, a [marca de sistemas] era **fornecedora exclusiva** no mercado.
 - TCU, Ac. 2723/2011, P. Câmara, j. 3.5.2011

Súmula n. 255 TCU

- Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial **exclusivo**, é **dever** do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para **confirmar** a **veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade**.
- NLL: mesmo entendimento → “**documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos**”

Meios de prova da exclusividade:

- **pareceres técnicos de especialistas**, em especial de acadêmicos sem interesse;
- **consultar outras entidades administrativas** sobre a existência de outros produtos que atendam ao interesse;
- **e-mail** para empresas que possam atender o objeto da contratação – a resposta negativa pode indicar exclusividade;
- ligar para a empresa e fazer uma **ata** da ligação, com outro servidor de testemunha assinando (viva voz);
- cópias de **extratos de inexigibilidade** e de **pareceres** em outras contratações realizadas por outras entidades com o mesmo objeto.

Vedada preferência por **marca**, apenas por **produto**

- [...] considerando sempre que a **exclusividade** no fornecimento de determinada **marca** comercial **não preenche os requisitos** do referido dispositivo legal, pois **não resta afastada a possibilidade de existência do mesmo produto sob outro nome comercial**.
 - (TCU, Ac. 2724/2009, Plenário).
- A demonstração de **exclusividade** de **marca não** comprova o requisito de **inviabilidade** de competição necessário para fundamentar inexigibilidade de licitação.
 - (TCU, Ac. 568/2009, Primeira Câmara).

Indicação de Marca. Vedação relativa (NLL)

- Para fornecimento de **bens** pode **indicar marca ou modelo** em caso de (art. 41, I):
 - Necessidade de **padronização** do objeto (a)
 - Necessidade de manter **compatibilidade** com plataformas e padrões já adotados (b)
 - Marca ou modelo for **único capaz** de atender às necessidades do contratante (c)
 - **Melhor compreensão** do objeto a ser licitado (mera referência) (d)

TCU: padronização e marca

- A opção por determinada **marca** ou **fabricante**, para fins de **padronização**, exige **comprovação inequívoca** de ordem **técnica** de que marcas **similares não tem qualidade equivalente** e que somente a escolhida atende às **necessidades** da Administração. (Ac. 2664/200, Plenário).
- A opção pela **padronização** nas aquisições, uma das hipóteses que autorizam a indicação de **marca específica**, deve ser pautada em **critérios objetivos** e **fundamentada** em **estudos, laudos, perícias e pareceres** que demonstrem as **vantagens** econômicas e a satisfação do **interesse público** com a medida. (Ac. 2829/2015, Plenário).

Inexigibilidade para artistas (art. 74, II)



- II - contratação de **profissional** do setor artístico, **diretamente** ou por meio de **empresário exclusivo**, desde que **consagrado** pela crítica especializada ou pela opinião pública;
- § 2º Para fins do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se **empresário exclusivo** a pessoa física ou jurídica que possua **contrato, declaração, carta ou outro documento** que ateste a **exclusividade permanente e contínua** de representação, no **País** ou em **Estado** específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação **restrita a evento ou local específico**.

Requisitos semelhantes aos da lei anterior

- Artista **Profissional**: amador não
- Diretamente com o artista ou por empresário exclusivo: **evitar ganhos desproporcionais** às custas dos artistas
- Artistas **consagrado**: não é critério de **escolha**, mas **pré-requisito**
- **Novidade**: incorpora entendimento do TCU quanto à **exclusividade**
 - **Permanente e contínua**
 - Niebuhr: não admite para **temporadas, eventos** específicos ou **datas e lugares** específicos
 - No **país** ou no **Estado** (para **Município** não: Niebuhr)

TCU: Não basta exclusividade para dia/local específico. Contrato **registrado em Cartório**.

- Na contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de profissional do setor artístico por meio de **empresário exclusivo**, a apresentação de **autorização/atesto/carta de exclusividade restrita aos dias e à localidade** do evento **não atende** aos pressupostos do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993. Para tanto, é necessária a apresentação do **contrato de representação exclusiva** do artista consagrado com o empresário contratado, **registrado em cartório**. (Ac. 1435/2017, Plenário, Consulta, Relator Ministro Vital do Rêgo).

TCU: Admite outros meios para comprovação da exclusividade, além do registro em cartório

- Para fins de verificação da representação legal do artista contratado mediante inexigibilidade de licitação, a **comprovação** da validade e da autenticidade da **carta de exclusividade**, do **contrato de exclusividade** ou do instrumento de **procuração não registrados em cartório** pode-se dar a partir de informações obtidas em **pesquisas realizadas em bases de dados públicas ou privadas**, ou junto aos **signatários do convênio**, entre **outros meios** possíveis. (Ac. 12148/2018, Segunda Câmara, Ministro-Substituto Marcos Bemquerer)

TCU: Basta comprovar **execução física** do evento e correspondência entre **NF** e **extrato bancário**.

Na contratação de profissional do setor artístico com recursos de convênio, confirmada a **execução física do evento** e atestada a correspondência dos dados da **nota fiscal** com os do **extrato bancário**, não é exigível a comprovação da **transferência** dos valores **ao artista** pela empresa intermediária, se não houver previsão contratual nesse sentido ou se não houver indícios ou evidências de fraude na representação do artista, de superfaturamento nos valores do cachê ou de outra circunstância relevante na fase de contratação ou de liquidação das despesas. (Ac. 7198/2018, Segunda Câmara, Ministro-Substituto Marcos Bemquerer).

Mesmo sentido: Acórdão 2256/2019 Segunda Câmara (Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Aroldo Cedraz)

- Na contratação de profissional do setor artístico com recursos de convênio, é **indevida a exigência** de recibo ou documento congênere que comprove o **efetivo recebimento do cachê pelo artista ou seu representante exclusivo** como **condição** para o reconhecimento do nexo de causalidade, quando o termo de **convênio não contempla tal exigência**.

TCU: ausência de comprovante do cachê (recente)

- Nos convênios para a realização de eventos, ainda que o **contrato de exclusividade**, no caso de contratação direta por inexigibilidade, e os **comprovantes dos cachês pagos aos artistas** tenham sido **exigidos no termo do ajuste**, sua **ausência** na prestação de contas **não é suficiente para imputação de débito** se os elementos dos autos **comprovarem** que houve, de fato, a **prestação dos serviços** artísticos e **não** for constatado **superfaturamento**.
- **Contudo**, o **descumprimento de obrigação** expressamente assumida no termo do convênio e a contratação fundamentada em inexigibilidade de licitação sem a caracterização da inviabilidade de competição **constituem erro grosseiro** (art. 28 do [Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb](#)) e justificam o julgamento pela **irregularidade das contas** e aplicação de **multa** ao gestor conveniente.
 - [Acórdão 22/2021 Segunda Câmara](#) (Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Aroldo Cedraz)

Inexigibilidade para imóvel (art. 74, V)



- V – aquisição ou locação de imóvel cujas características de **instalações** e de **localização** tornem **necessária** a sua escolha (agora é caso de inexigibilidade)
 - Exige (§ 5º):
 - **Avaliação prévia** do bem, do **estado de conservação**, dos **custos** para adaptações, **prazo** para **amortização** dos investimentos;
 - Certidão de **inexistência** de **outros** imóveis públicos vagos e disponíveis, que atendam;
 - **Justificativa** sobre a **singularidade** do objeto, que evidenciem a **vantagem**
 - Os laudos de *avaliação* prévia utilizados para amparar as aquisições e alienações dos *imóveis* devem estar em **conformidade com a NBR 14653**, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).
 - Acórdão 6259/2011-Segunda Câmara | Relator: ANDRÉ DE CARVALHO

Regra geral é licitar

- Grau de **discrecionabilidade**: atendimento das necessidades de **instalação e localização**
 - Obs.: deve ser **único** imóvel a atender o interesse da Administração. **Mais de um possível** (ex. região central) = **licitar**.
- Art. 50. Ressalvado o disposto no inciso V do caput do art. 73 desta Lei, a **locação de imóveis deverá ser precedida de licitação e avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações e do prazo de amortização dos investimentos necessários.**

TCU: Aquisição de Imóvel. Mais de um com requisitos: não cabe contratação direta

- Na **aquisição** de imóvel mediante dispensa de licitação (art. 24, inciso X, da Lei 8.666/1993) faz-se necessária a conjugação de **três requisitos**: (i) comprovação de que o imóvel se destina ao atendimento das **finalidades precípuas** da Administração; (ii) escolha condicionada a **necessidades de instalação e de localização**; e (iii) compatibilidade do preço com o **valor de mercado**, aferida em avaliação prévia. É inaplicável a contratação direta se há mais de um imóvel que atende o interesse da Administração. (TCU, Ac. 5984/2014, S. Câmara, 21.10.2014).

Atenção! **Divergência no TCU**. Mais de um com requisitos: cabe contratação direta. Único imóvel **não é requisito**

- “A existência de um **único imóvel apto** a, por suas características de instalação e localização, atender às finalidades precípuas da Administração **não é requisito** para a contratação por **dispensa** de licitação fundada no art. 24, inciso X, da Lei 8.666/1993”. (Ac. 5244/2017, **Primeira Câmara**, Min. Zymler).
- No caso, **havia** aplicado **multa** por **não** demonstrar imóvel **único**. Depois **afastou** a penalidade. No **relatório técnico** **não** foram apontadas as **necessidades** da entidade para, **posteriormente, pesquisar** os imóveis. Entretanto, Relator entendeu que **requisitos** necessários **existiam** e afastou a pena.
- **Conclusão:** embora **aparentemente** haja **divergência** na jurisprudência do TCU, esse caso é muito **específico**.
- Na **nova LL** esse caso será de **inexigibilidade** e não dispensa: imóvel **único** será **obrigatório** para caracterizar impossibilidade de competição. **Caso contrário, deve licitar.**

Locação sob medida (*built to suit*)

- **Terceiro** se compromete a construir prédio ou instalações de acordo com as **necessidades** da administração. Contrapartida: alugueis.
- **TCU admite**. Ac. 1301/2013, Pleno.
 - É admitida excepcionalmente a contratação direta de **locação sob medida** (operação built to suit) , por meio de licitação dispensável fundada no art. 24, inciso X, da Lei 8.666/1993, desde que, além da observância das demais disposições legais aplicáveis ao caso, o **terreno** onde será construído o imóvel seja de **propriedade** do particular que será o **futuro locador**.

Fundamentação. Economia de escala

- As contratações do tipo “built to suit” exigem demonstração idônea de que a **combinação da locação com a execução indireta de obra tem economia de escala e não ofende o princípio do parcelamento do objeto** (art. 23, § 1º, e art. 15, inciso IV, da Lei 8.666/1993), por meio de **estudos técnicos, pareceres e documentos comprobatórios juntados ao processo de licitação**.
 - Ac. 10632/2015, Segunda Câmara, TCU

Processo de contratação direta (art. 72)



Deverá ser instruído com:

- I – documento de **formalização de demanda** e, se for o caso, **estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo**;
- II – **estimativa de despesa**, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;
- III – **parecer jurídico e pareceres técnicos**, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;
- IV – demonstração da compatibilidade da **previsão de recursos orçamentários** com o compromisso a ser assumido;
- V – comprovação de que o contratado preenche os **requisitos de habilitação e qualificação mínima** necessária;
- VI – **razão de escolha** do contratado;
- VII – **justificativa de preço**;
- VIII – **autorização** da autoridade competente.

Estimativa de preço – contratações semelhantes

- **Regra geral**, deve usar metodologia **do art. 23** para estimar o preço da contratação. **Caso não seja possível:**
 - 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**. (23, § 4º)

Controle prévio de legalidade e sua dispensa

Art. 53. [...]§ 4º

- Na forma deste artigo, o órgão de **assessoramento jurídico** da Administração também realizará **controle prévio de legalidade de contratações diretas**, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.

Art. 53. [...] §5º

- É **dispensável a análise jurídica** nas hipóteses previamente definidas em **ato da autoridade jurídica máxima** competente, que deverá considerar o **baixo valor**, a **baixa complexidade** da contratação, a **entrega imediata** do bem **ou** a utilização de minutas **de editais** e instrumentos de **contrato, convênio** ou outros **ajustes** previamente **padronizados** pelo órgão de assessoramento jurídico.

Publicidade

- Art. 72.
 - Parágrafo único. O **ato** que **autoriza** a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser **divulgado** e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.
 - Sítio eletrônico oficial: sítio da internet, **certificado digitalmente** por autoridade certificadora, no qual o ente federativo **divulga** de forma centralizada as informações e os serviços de **governo digital** dos seus órgãos e entidades (6º, LII)

Publicação do contrato

- Art. 94. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é **condição indispensável** para a eficácia do contrato e de seus **aditamentos** e deverá ocorrer nos seguintes **prazos**, contados da data de sua **assinatura**:
- I - 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação
- II - **10 (dez) dias úteis**, no caso de contratação direta.
- PNCP ainda não foi criado. **Onde publicar?**

Casos Específicos → emergência

- Art. 94, § 1º Os contratos **celebrados** em caso de urgência terão eficácia a partir de sua assinatura e deverão ser **publicados** nos **prazos** previstos nos incisos I e II do caput deste artigo, sob pena de nulidade.

Casos específicos → artistas

- Art. 94, § 2º A **divulgação** de que trata o caput deste artigo, quando referente à contratação de profissional do setor **artístico por inexigibilidade**, deverá identificar os custos do cachê do artista, dos músicos ou da banda, quando houver, do transporte, da hospedagem, da infraestrutura, da logística do evento e das demais despesas específicas.

Responsabilidade solidária

- Art. 73. Na hipótese de **contratação direta indevida** ocorrida com **dolo, fraude ou erro grosseiro**, o **contratado** e o **agente público** responsável responderão **solidariamente** pelo **dano** causado ao **erário**, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Referências

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contato Administrativo**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes (Coord). **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU**. 4. ed. ver. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2010.

@Schneider_Mcz

@Schneider_Mcz

Contatos



@prof.ricardo.schneider



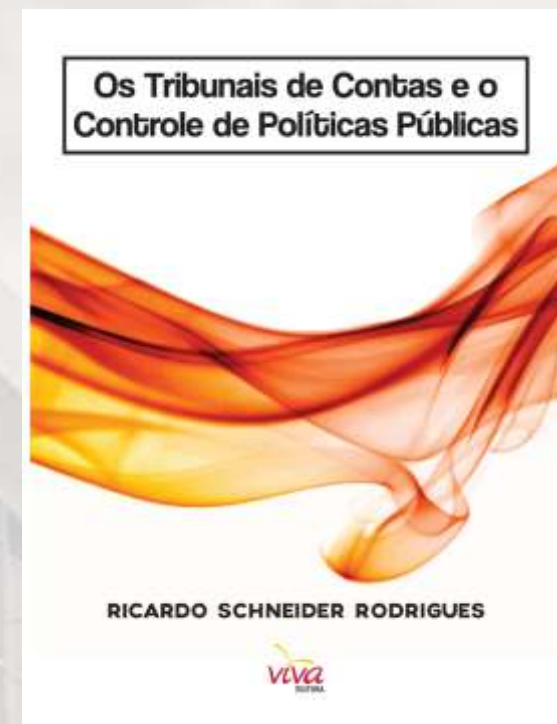
@Schneider_Mcz



prof.ricardo.schneider@gmail.com



<https://digital.editoraforum.com.br/livro/os-tribunais-de-contas-e-o-minimo-existencial-em-educacao-4108/1>



<https://cesmac.academia.edu/RicardoSchneiderRodrigues>

<https://www.amazon.com.br/>

