

NOVA LEI DE LICITAÇÕES: NOVIDADES NAS CONTRATAÇÕES DIRETAS

TCM-SP, 23 de fevereiro de 2023

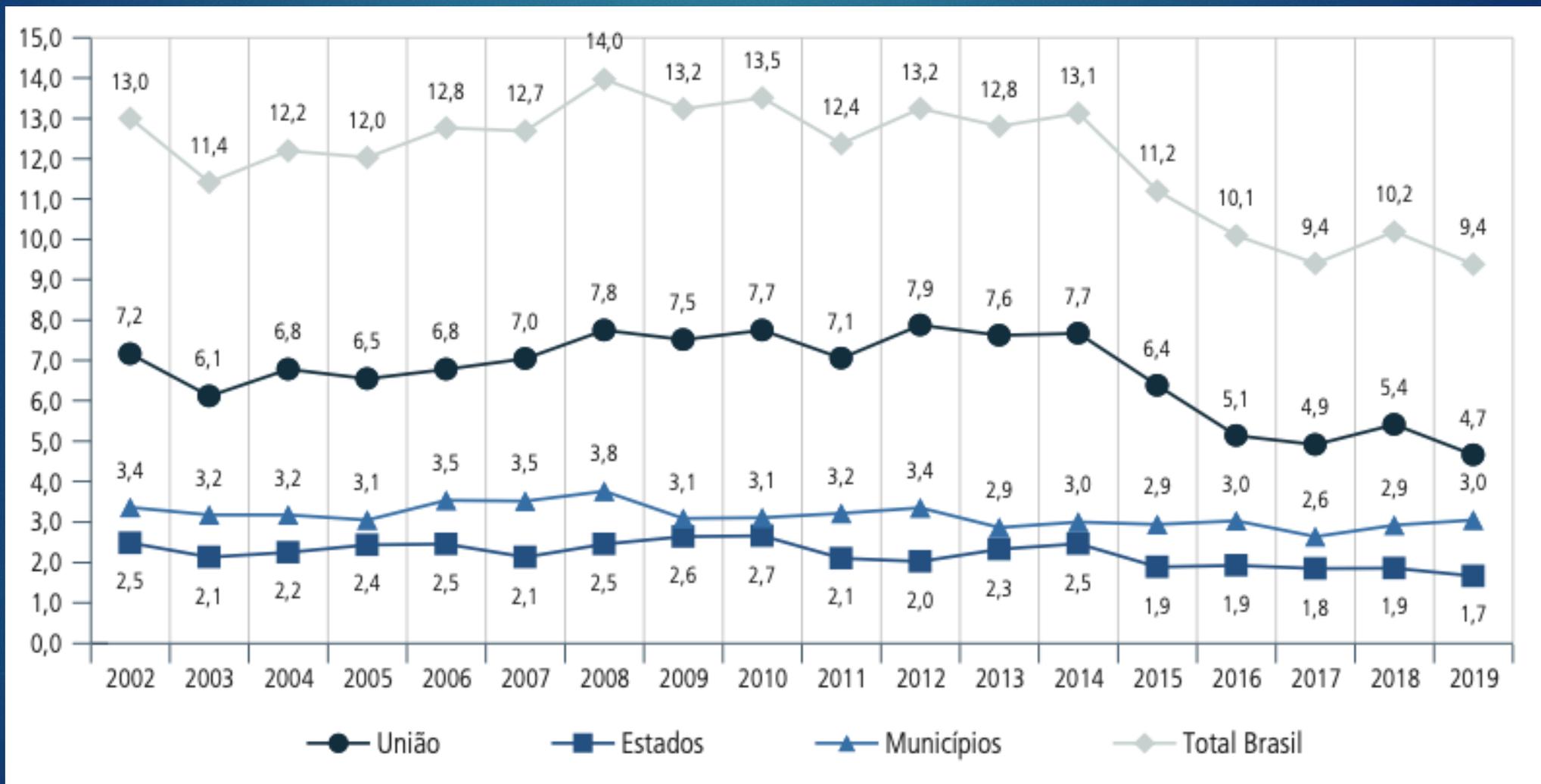
RAFAEL CARVALHO DE FASSIO

Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em D. Econômico e Doutorando em D. Administrativo pela USP. Foi coordenador do GT da PGE/SP sobre a Nova Lei de Licitações. Fellow de Inteligência Artificial no Fórum Econômico Mundial

A CONTRATAÇÃO DIRETA NO CONTEXTO DAS COMPRAS PÚBLICAS NO BRASIL

DADOS E EVIDÊNCIAS

Compras governamentais no Brasil (% do PIB) entre 2002 e 2019



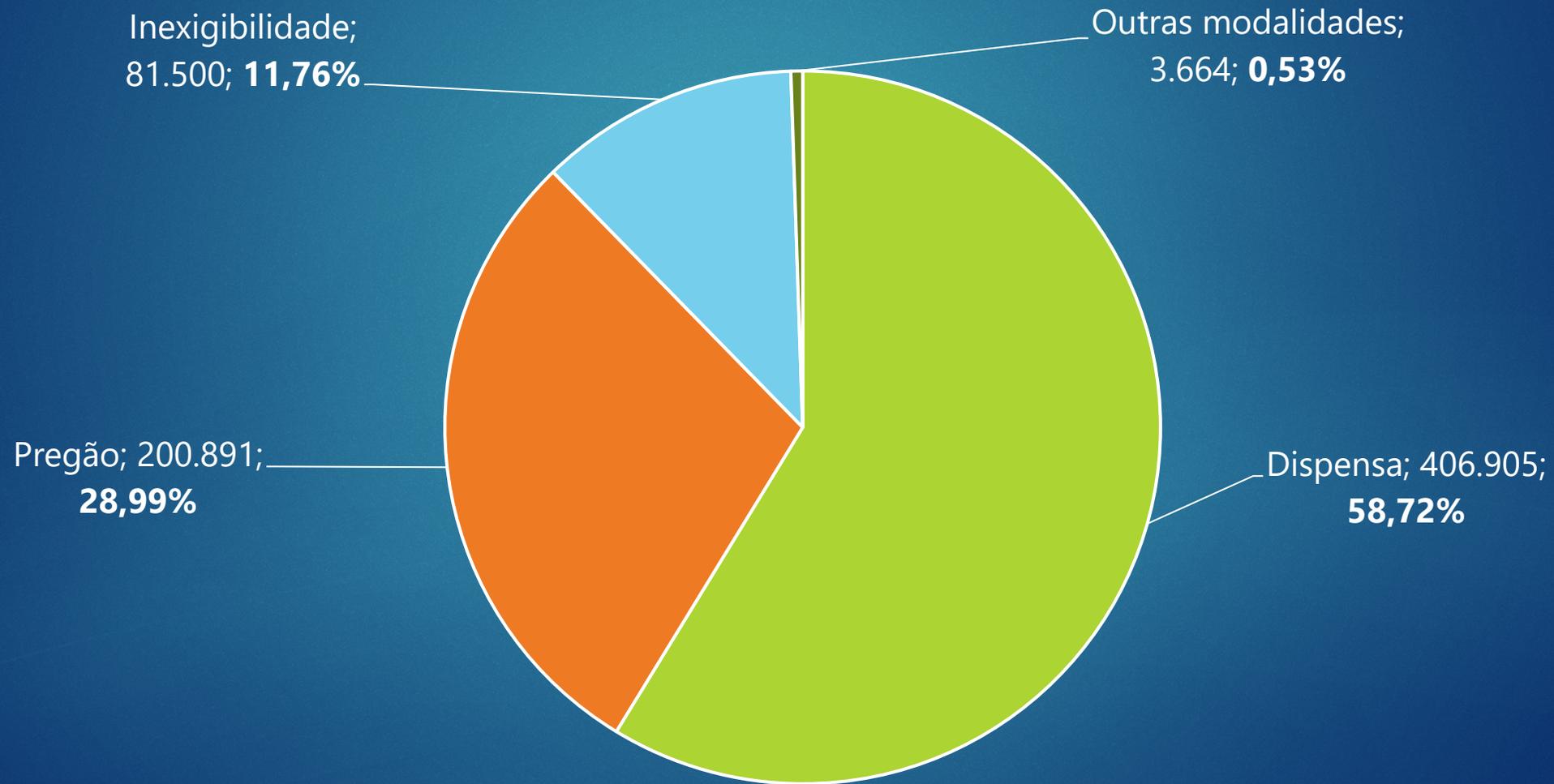
DADOS E EVIDÊNCIAS

Ano do resultado da compra	Convite (%)	TP ¹ (%)	Concorrência ¹ (%)	Concorrência internacional ¹ (%)	Pregão (%)	Dispensa de licitação (%)	Inexigibilidade (%)	Total (números absolutos)
2001	4,33	0,98	0,33	0,02	0,58	90,17	3,58	395.357
2002	3,85	0,87	0,28	0,02	1,31	90,60	3,07	366.835
2003	5,30	0,76	0,22	0,01	2,18	88,28	3,24	324.927
2004	6,30	0,91	0,23	0,02	3,72	85,67	3,16	329.118
2005	4,59	0,72	0,21	0,03	6,57	84,30	3,58	320.096
2006	3,41	0,46	0,14	0,02	10,01	82,18	3,78	316.936
2007	2,63	0,48	0,18	0,02	12,18	80,24	4,27	310.468
2008	1,56	0,57	0,30	0,02	14,48	78,55	4,54	320.760
2009	0,51	0,57	0,47	0,01	15,78	77,50	5,15	321.242
2010	0,35	0,52	0,39	0,03	17,25	75,51	5,94	300.532
2011	0,26	0,48	0,44	0,02	18,36	72,81	7,64	273.704

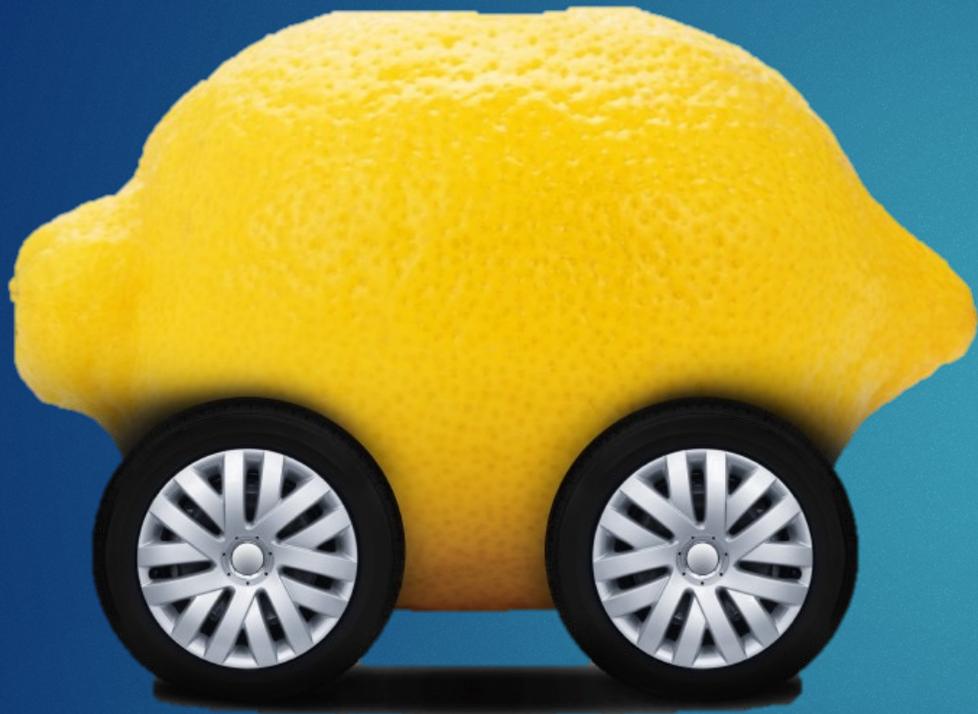
(1) inclui "técnica e preço". Fonte: FIUZA; MEDEIROS, 2014, p. 93.

DADOS E EVIDÊNCIAS

Processos homologados, por quantidade, no SIASG entre 2018 e 2021



CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL



George A. Akerlof (1970)
"The Market for Lemons"

- **Menor preço e seleção adversa:** apenas 0,43% do valor empenhado em compras federais nos últimos quinze anos decorreu de licitações por "melhor técnica" ou "técnica e preço" (IPEA).
- A opção por uma legislação maximalista **não resultou em menos corrupção** nas contratações públicas.
- **Proliferação de exceções ao dever de licitar.** Originalmente, o artigo 24 previa 15 hipóteses de dispensa. Atualmente são 35: mais que o dobro. Na L. 14.133/2021 são 28 casos.

NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Decreto-Lei
200/1967

Decreto-Lei
2.300/1986

Lei
8.666/1993

Lei
14.133/2021

UMA LEI DETALHADA QUE INOVA POUCO....

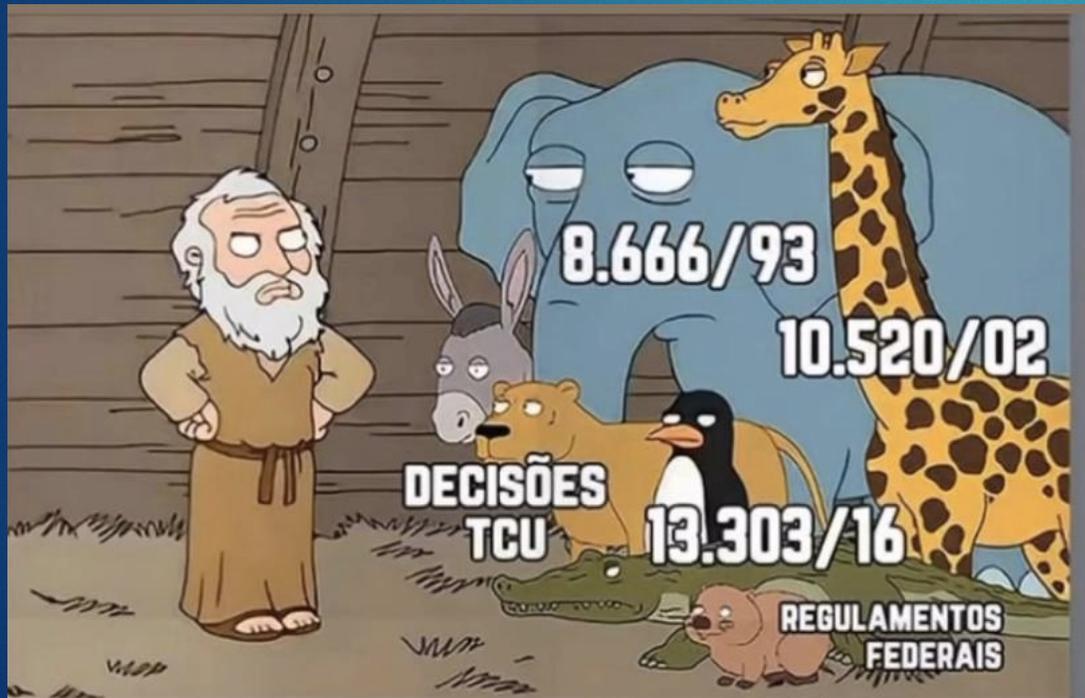
Regula detalhes e estabelece até mesmo prazos mínimos (art. 55). Consolida jurisprudência do TCU, decretos (SRP) Instruções normativas da União e até mesmo editais da AGU.

... MAS QUE AVANÇA EM PROCESSUALIDADE E TRANSPARÊNCIA

Em especial com a disciplina da fase preparatória, o papel do agente de contratação, o PNCP e a procedimentalização das contratações diretas.

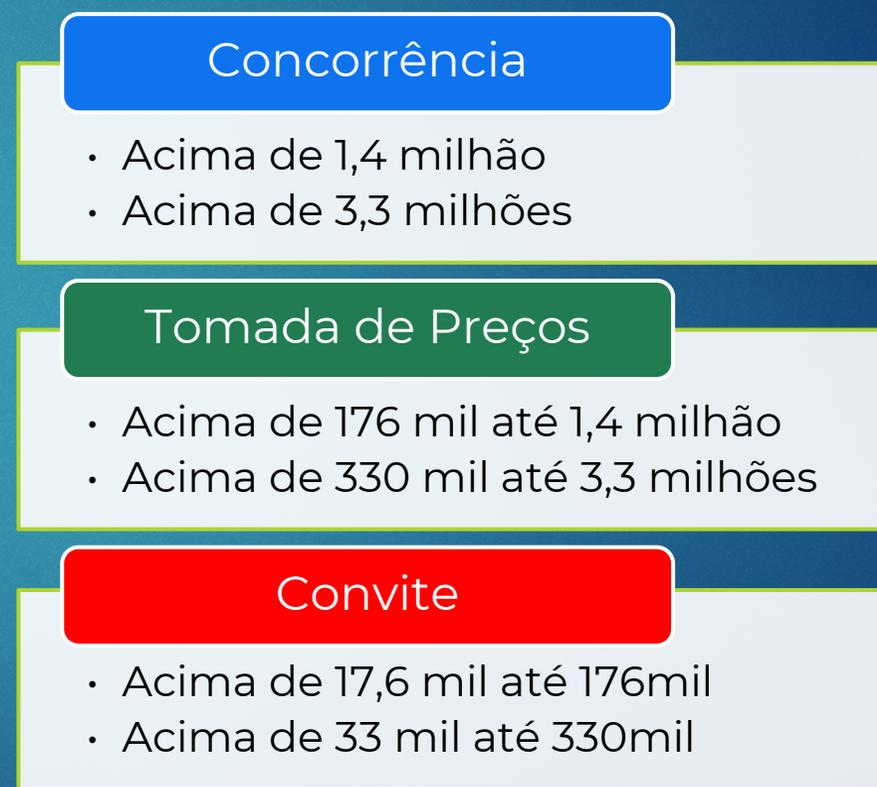
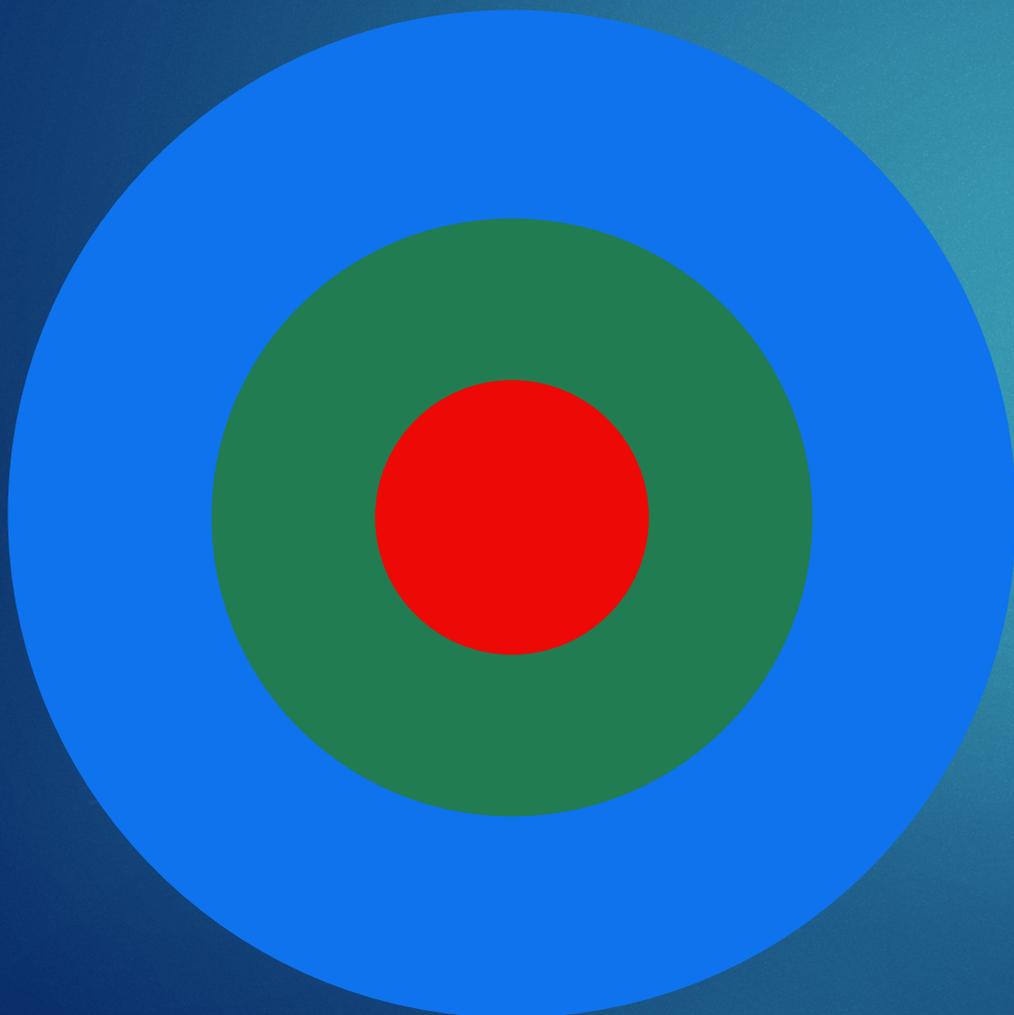
NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Unifica o **pregão** e o **RDC** ao regime das compras públicas em geral, em separado (mas semelhante) àquele já aplicado às **empresas estatais**.



NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Critério para escolha das modalidades era o **valor estimado da contratação**, que foi abandonado pela NLLC.



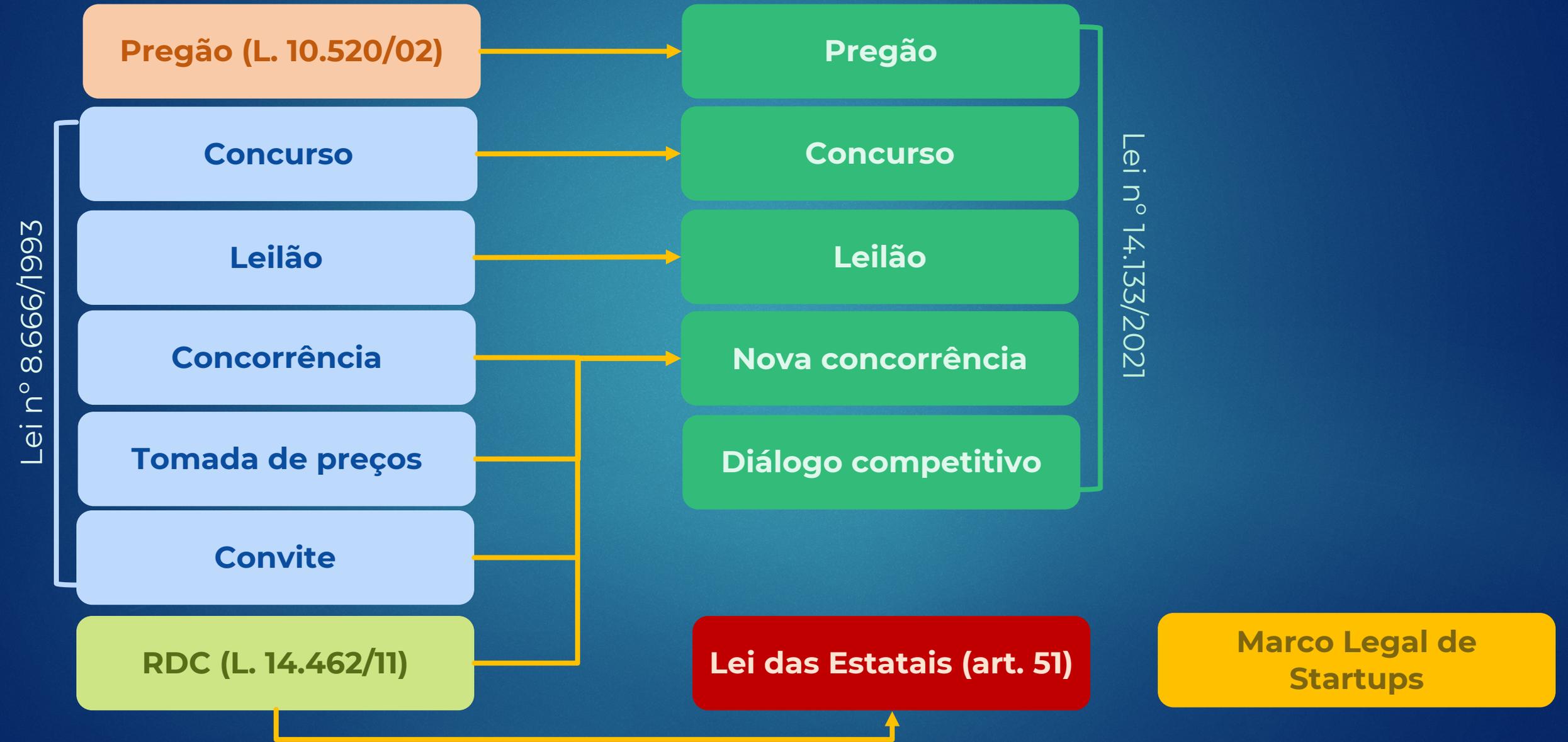
abrangente



restrita

* Atualizados pelo Decreto nº 9.412/2018

NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS



CONTRATAÇÕES DIRETAS

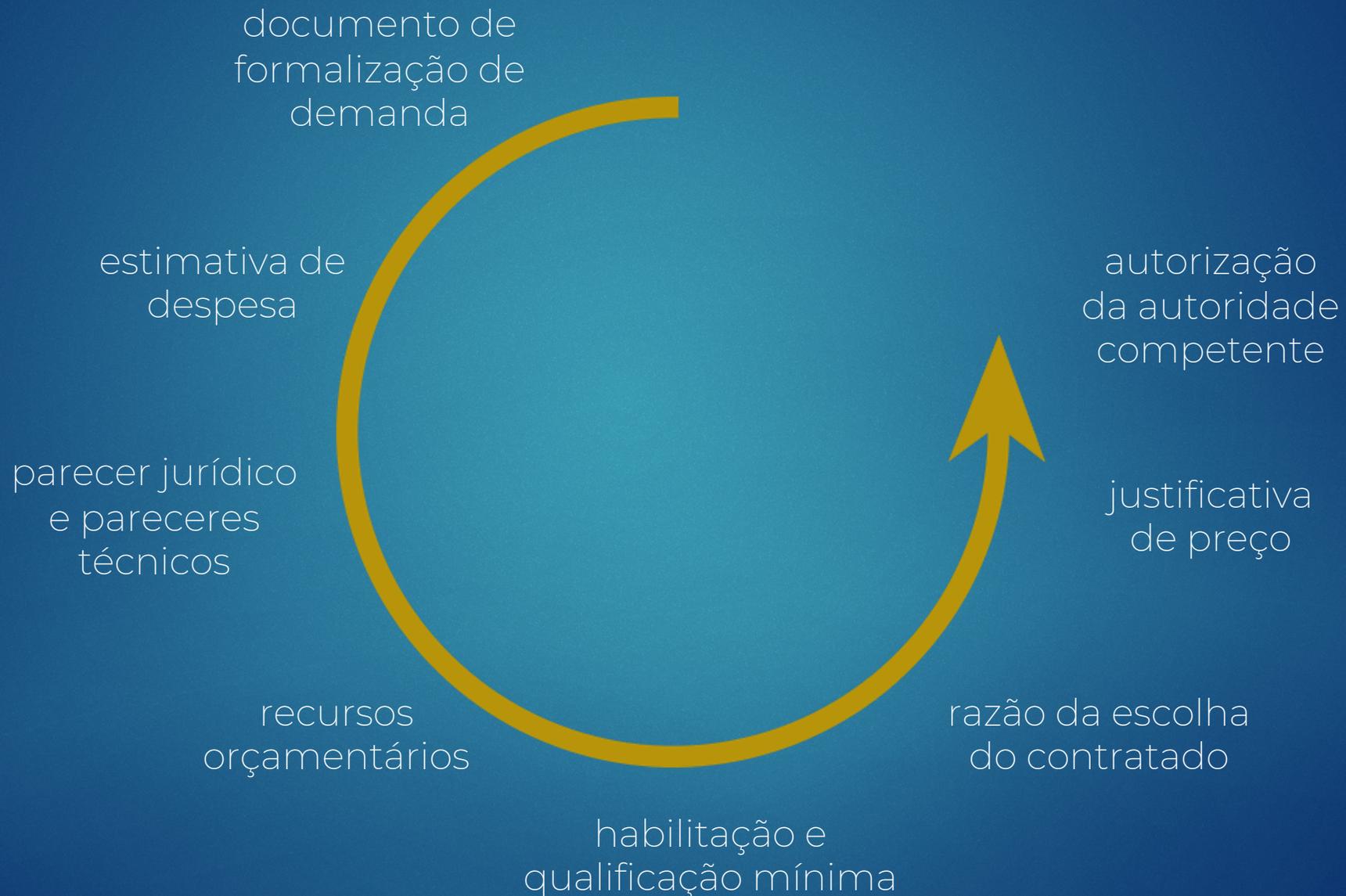
Lei 8.666/1993

Lei 14.133/2021

CONTRATAÇÃO DIRETA	Dispensas	art. 24	art. 75
	Licitação dispensada	art. 17	art. 76 e 77 (alienações)
	Inexigibilidades	art. 25	art. 74
	Procedimento	art. 26	art. 72 e 73 (Processo de contratação direta)

PROCEDIMENTO DA CONTRATAÇÃO DIRETA

PROCEDIMENTO DAS CONTRATAÇÕES DIRETAS



PROCEDIMENTO DAS CONTRATAÇÕES DIRETAS



- Processualização de um procedimento não competitivo de contratação (Diretiva 2014/24/UE, art. 32 – “open”, “restricted”, “negotiated”).
- O ETP é obrigatório ou facultativo nas contratações diretas? Hoje, o art. 8º da IN 40/2020 faculta o ETP em algumas hipóteses de dispensa.
- Pesquisa de preços pode admitir notas fiscais relativas a objetos semelhantes, emitidas para outros contratantes, em até 1 ano (art. 23, §4º - TCU: 180 dias).
- A L. 14.133/2021 não mais exige comunicação e ratificação pela autoridade superior, mas só a autorização da autoridade competente.

RESPONSABILIDADE NAS CONTRATAÇÕES DIRETAS

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.

Parágrafo único. Na hipótese de sobrepreço ou superfaturamento, o dano ao erário deverá ser demonstrado de forma clara e precisa na imputação de irregularidade e serão segregadas as funções e individualizadas as condutas.

- Quem é o **agente público responsável**? Mesmo sem o parágrafo único, a solidariedade do caput não elide a necessidade, para recompor o Erário, de individualização de condutas específicas.
- Regra específica para a **Advocacia Pública** (art. 184, CPC), que limita o direito de regresso aos casos de dolo ou fraude no exercício das funções.
- **Crime de contratação direta ilegal** (art. 337-E, CP). Houve um aumento da pena (4 a 8 anos de reclusão e multa), o que obsta a celebração de acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP).

POSSO FAZER CONTRATAÇÕES DIRETAS DESDE JÁ?

DEPENDENTE DO PNCP?

A divulgação da contratação direta no portal em 10 dias é condição indispensável de eficácia do contrato (art. 94).

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:
(...)
II - 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta.

REGRAS ESPECÍFICAS

Contratação direta tem regra específica no art. 72 que exige sítio eletrônico oficial. Nas dispensas pelo valor, o PNCP é preferencial (art. 75, §4º).

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.

UMA SOLUÇÃO TRANSITÓRIA NA LEI

Há outras formas de dar publicidade e eficácia até a implantação do PNCP (art. 176).

Art. 176. Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento: (...)
Parágrafo único. Enquanto não adotarem o PNCP, os Municípios a que se refere o caput deste artigo deverão:
I - publicar, em diário oficial, as informações que esta Lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato;

INEXIGIBILIDADES

INEXIGIBILIDADE

O art. 74 previu cinco hipóteses, sem grandes alterações em relação ao regime da Lei 8.666/1993.

I - representante comercial exclusivo

II - profissional do setor artístico

III - serviços técnicos especializados

IV - credenciamento

V - aquisição ou locação de imóvel

INEXIGIBILIDADE

- **Fornecedor exclusivo:** o compromisso entre fabricante e fornecedor exclusivo vale para fins de comprovação da exclusividade (72, §1º).
- **Serviços técnicos especializados:** unificou no 74, III a dualidade dos art. 13 e 25 da L. 8666/1993 e reconheceu a natureza *intuitu personae* da sua prestação (74, §4º).
- **Credenciamento:** reconhecido expressamente como procedimento auxiliar que resulta em hipótese de inexigibilidade.
- **Aquisição e locação de imóveis:** já era uma hipótese de inexigibilidade mal colocada como dispensa (art. 24, X L. 8.666/1993).

A QUESTÃO DA SINGULARIDADE

Lei
8.666/1993

O art. 25, II exige os requisitos de singularidade e notória especialização

Lei
13.303/2016

O art. 30 II deixou de exigir **singularidade**, exigindo apenas notória especialização.

TCU

O art. 30, II da Lei 13.303/16 deve ser interpretado em conformidade com a **Súmula 252 do TCU**, que exige a natureza singular do serviço técnico especializado (Acórdão TCU-Plenário 2436/2019, Rel. Min. Ana Arraes)

Lei
14.133/2021

O art. 74, III **não menciona mais singularidade** como requisito para a contratação direta de serviço técnico especializado.

DISPENSAS DE LICITAÇÃO

DISPENSAS PELO VALOR (75, I e II)

Evolução dos valores de dispensa de licitação:

OBJETO	LEI 8666/1993	DEC. FED. Nº 9.412/2018	LEI 13.303/2016 (LEI DAS ESTATAIS)	LEI 14.065/2020 (Pandemia)	LEI 14.133/2021
Outros serviços e compras	R\$ 8 mil	R\$ 17,6 mil	R\$ 50 mil	R\$ 50 mil	R\$ 50 mil
Obras e serviços de engenharia	R\$ 15 mil	R\$ 33 mil	R\$ 100 mil	R\$ 100 mil	R\$ 100 mil

Inclusão da manutenção de veículos automotores na categoria mais elevada de dispensa pelo valor.

Previsão da cotação eletrônica (72, §3º), com aviso publicado com antecedência de 3 dias.

Preferência de pagamento via cartão corporativo, mas necessário divulgar o extrato no PNCP.

DISPENSAS

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;

b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;

- Unifica no mesmo inciso as hipóteses de dispensa do art. 24, V (licitação deserta) e VII, com limite temporal (1 ano).
- O 24, VII fazia referência expressa ao art. 48 da L. 8666/1993, para apresentação de nova documentação e propostas em 8 dias.
- A não apresentação de “propostas válidas” agora também autoriza a contratação direta.

DISPENSAS – CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL

A maior novidade é a expansão do prazo máximo de duração da vigência (1 ano, antes 180 dias). O dispositivo permanece vedando a prorrogação, mas inova ao proibir a recontratação da empresa já contratada.

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**;

§ 6º Para os fins do inciso VIII do caput deste artigo, considera-se emergencial a contratação por dispensa com objetivo de **manter a continuidade do serviço público**, e deverão ser observados os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 desta Lei e adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa à situação emergencial.

DISPENSAS - DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

IX - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

- Suprime o trecho do art. 24, VIII que exigia a criação anterior a L. 8666/1993 como requisito para a contratação direta – trecho que não deveria ser tratado como norma geral.
- Não viabiliza a contratação de estatal que atua concorrencialmente nem entes que integrem outra Administração Pública (Parecer PA nº 8/2012 e a ECT no MS nº 34.939/DF)

E OS REMANESCENTES DE OBRA?

Art. 90. A Administração convocará regularmente o licitante vencedor para assinar o termo de contrato ou para aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e nas condições estabelecidas no edital de licitação, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei.

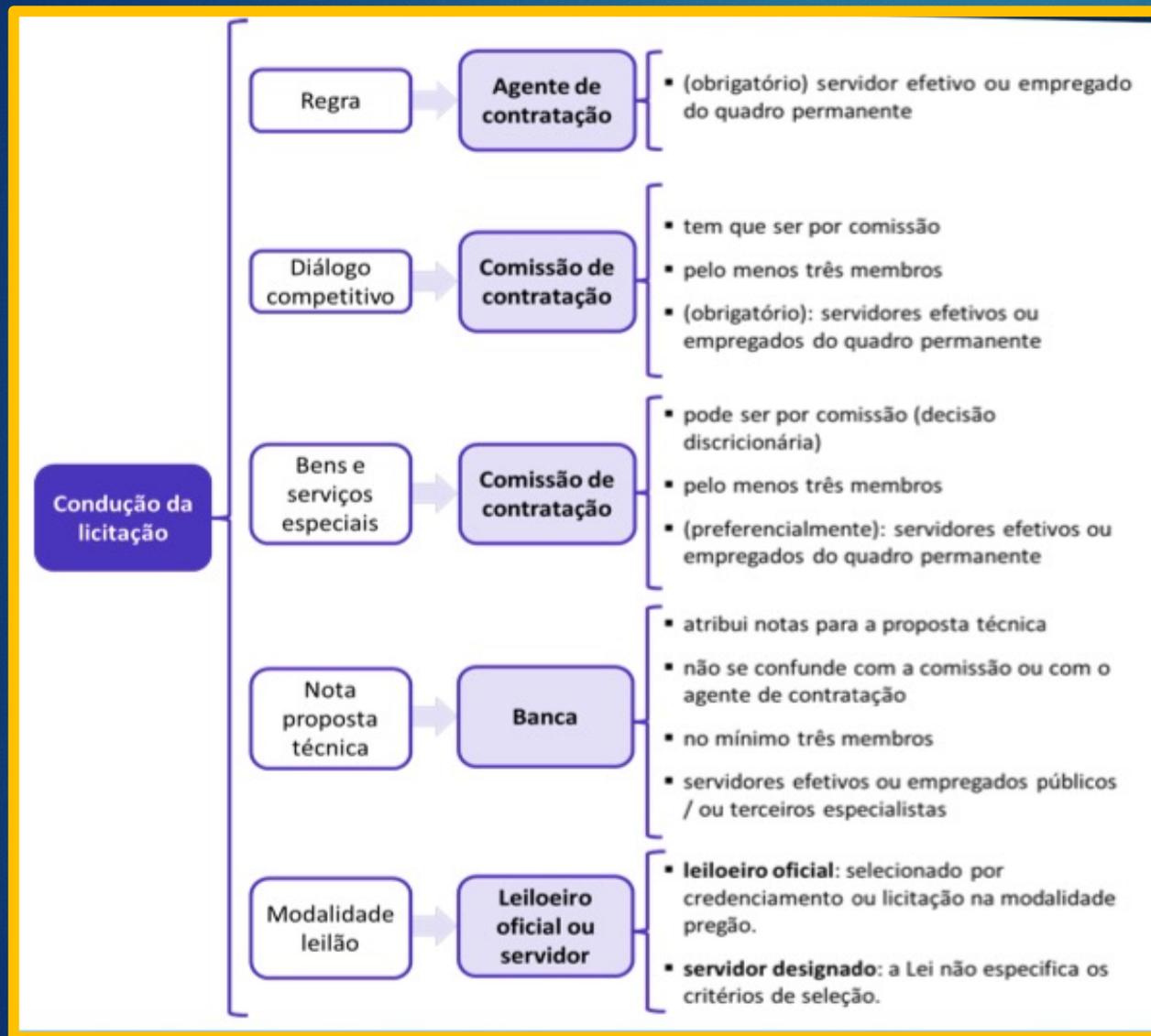
(...)

§ 7º Será facultada à Administração a convocação dos demais licitantes classificados para a contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento em consequência de rescisão contratual, observados os mesmos critérios estabelecidos nos §§ 2º e 4º deste artigo.

- A rigor, o 24. XI não era uma hipótese de dispensa de licitação, pois os potenciais executores do remanescente contratual teriam sido selecionados mediante licitação.
- O tema foi movido para o art. 90, prevendo a convocação dos demais licitantes, após negociação, para contatar o remanescente nos casos de rescisão contratual.

CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES DIRETAS

CONTROLE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES



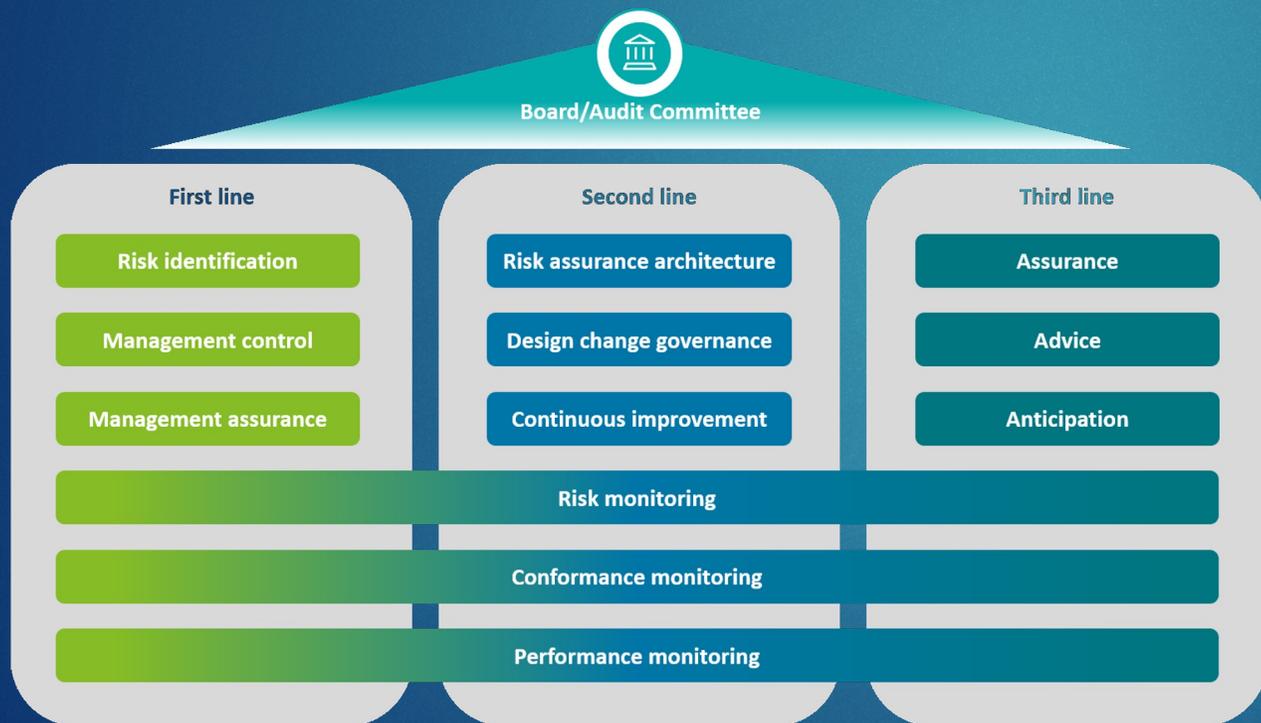
Órgãos de controle interno e assessoramento jurídico devem:

- **apoiar** o agente de contratação e equipe de apoio no desempenho de suas funções (art. 8º, §3º, NLLC)
- auxiliar na **padronização** de modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos e de outros documentos (art. 19, IV, NLLC).
- auxiliar o fiscal do contrato, atuando de forma a **dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes** para prevenir riscos na execução contratual (art. 117, §3, NLLC).

CONTROLE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

“As diretrizes e a organização das atividades do controle e dos sujeitos que a executarão foram estabelecidos pela nova lei de forma geral, **demandando a edição de norma infralegal** para adaptação à realidade e necessidade de cada órgão ou entidade.”

(FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. Controle das Contratações Públicas. In: Licitações e Contratos Administrativos: inovações da Lei 14.133/21. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 265)



- Prioridade dada ao controle **preventivo ao invés do repressivo**: Implementação de **práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos**, levando em conta (i) custos e benefícios e (ii) segurança jurídica (art. 169, NLLC)
- Controle orientado pelos critérios de **oportunidade, materialidade, relevância e risco** (art. 170, NLLC)
- conduta **proativa de orientação e de direção** para que o objeto seja executado, priorizando o saneamento de falhas e mitigação de sua ocorrência (art. 169, §3º, NLLC)

CONTROLE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

		AÇÕES DE GERENCIAMENTO DE RISCO		
IMPACTO ↑	Alto	6 Considerável esforço de gerenciamento é necessário	8 Indispensável gerenciar e monitorar riscos	9 Indispensável extensivo gerenciamento de risco
	Médio	3 Riscos podem ser aceitos, com monitoramento	5 Esforço de gerenciamento é necessário	7 Esforço de gerenciamento exigido
	Baixo	1 Aceitar Riscos	2 Aceitar, mas monitorar riscos	4 Gerenciar e monitorar riscos
		Baixa	Média	Alta
		PROBABILIDADE →		

Fonte: Manual de Gestão de Riscos do TCU

- Destaque inédito para o **gerenciamento de riscos** em lei nacional, internalizando a elaboração de matriz de riscos para estabelecer a responsabilidade do contratante e do contratado, bem como os mecanismos que afastem o sinistro e mitiguem os seus efeitos (art. 22, §1º, NLLC)
- Implantação de **programa de integridade** pelo licitante vencedor (art. 25, §4º, NLLC), no prazo de 6 meses, em obras, serviços e fornecimentos **de grande vulto** (acima de 200 milhões). Serve como desempate (art. 60, IV, NLLC)

CONTROLE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

- **Segregação de funções**, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação (art. 7º, §1º, NLLC).

Evitar que responsáveis por comissões de licitações sejam também responsáveis pelas áreas de suprimento envolvidas. (Acórdãos TCU nº 1.449/2007 e nº 2.446/2007)

Não designar, para compor comissão de licitação, o servidor ocupante de cargo com atuação na fase interna do procedimento licitatório (Acórdão TCU nº 686/2011 – Plenário)

- **Controle prévio de legalidade** por meio da análise jurídica da contratação (segunda linha de defesa), que pode ser dispensada em casos de baixo valor, menor complexidade, entrega imediata do bem ou uso de instrumentos padronizados (art. 53, §§4º e 5º, NLLC)

Download:



PROCURADORIA
GERAL DO
ESTADO

NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS: IMPACTOS NO ESTADO DE SÃO PAULO

.....

Relatório do Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE-3/2021
para analisar os reflexos da Nova Lei de Licitações e Contratos no
âmbito da Administração Pública do Estado de São Paulo

MUITO
OBRIGADO!

rfassio@sp.gov.br
rafael.fassio@usp.br

