[E-book]

NOVA

LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

# Comentários à Lei nº 14.133/2021

Alexandre Mattos de Freitas
Felipe Orsetti Prado
Pedro Leonardo Tonaco Alexandre
Miguel Frederico Félix Carmona

**ISBN nº 978-65-00-20957-0**

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Nova Lei de licitações e contratos administrativos [livro eletrônico] : comentários à Lei nº 14.133/2021 / Alexandre Mattos de Freitas ... [et al.]. -- 1. ed. -- Brasília : Ed. dos Autores, 2021.
PDF

Outros autores: Felipe Orsetti Prado, Pedro Leonardo Tonaco Alexandre, Miguel Frederico Félix Carmona
Bibliografia
ISBN 978-65-00-20957-0

1. Contratos administrativos 2. Contratos administrativos - Brasil 3. Contratos administrativos - Leis e legislação 4. Licitações - Leis e legislação - Brasil I. Freitas, Alexandre Mattos de. II. Prado, Felipe Orsetti. III. Alexandre, Pedro Leonardo Tonaco. IV. Carmona, Miguel Frederico Félix

21-62622 CDU-351.712.2(81)(094)

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Brasil : Leis : Licitações e contratos : Direito administrativo 351.712.2(81)(094)

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964

ISBN: 978-65-00-20957-0
9 786500 209570

## EDIÇÃO GRÁFICA E DIAGRAMAÇÃO DE CONTEÚDO

### MARCO AURÉLIO ROCHA FREIRE

- Servidor Público Federal do Senado Federal, onde atua colaborando na instrução processual, elaboração de manuais, apresentações, criação de relatórios e no desenvolvimento de painéis gerenciais para a Secretaria de Administração de Contratações do Senado Federal (SADCON), unidade responsável pela fase interna e externa de todas as licitações do referido órgão; e pelas contratações diretas, por meio de dispensa e inexigibilidade de licitações;
- Integrante de diversas equipes de trabalho para o desenvolvimento dos sistemas administrados pela SADCON, a exemplo do SENiC – Sistema Integrado de Contratações do Senado Federal;
- Administrador pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub);
- Possui mais de 15 (quinze) anos de experiência na área de contratações públicas e pesquisa de preços.

# OS AUTORES

Os autores da presente obra possuem vasta experiência nas áreas de Licitações e Contratos Administrativos, seja como Advogados ou Servidores Públicos efetivos, chefes de unidades de contratações públicas de Órgãos da União. Além de trabalharem diuturnamente com o tema, têm acompanhado, inclusive academicamente, os debates relacionados à nova Lei de Licitações e Contratos.

## ALEXANDRE MATTOS DE FREITAS

- Advogado – OAB/DF nº 61.922, integrante do escritório Mattos, Orsetti, Alexandre e Casimiro Advogados;
- Servidor Público Federal efetivo do Senado Federal, onde atua como Coordenador de Planejamento e Controle de Contratações, unidade responsável pelos Contratos, Convênios e Acordos de Cooperação do referido órgão, além de instruções de todos os aditivos contratuais, tais como Reajustes, Repactuações, Acréscimos, Supressões, Revisões etc.;
- Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub);
- Pós-Graduado em Gestão Tributária e Aduaneira;
- Pós-Graduado em Gestão Pública;
- Administrador pela Universidade de Brasília (UnB);
- Ex-servidor efetivo do Ministério Público da União, tendo sido lotado como Técnico na Procuradoria-Geral da República (PGR) e como Analista na Procuradoria-Geral do Trabalho (PGT).
- Integrante do Grupo de Pesquisa "Hermenêutica do Direito Administrativo e Políticas Públicas", registrado no CNPq/lattes, http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/459557.

## FELIPE ORSETTI PRADO

- Advogado – OAB/DF nº 62.782, integrante do escritório Mattos, Orsetti, Alexandre e Casimiro Advogados;
- Servidor Público Federal efetivo do Senado Federal, onde atua como Coordenador-Geral da Secretaria de Administração de Contratações do Senado Federal, unidade responsável pela fase interna e externa de todas as licitações do referido órgão; e pelas contratações diretas, por meio de dispensa e inexigibilidade de licitações;
- Mestrando em Direito no Centro Universitário de Brasília (UniCeub);
- Administrador pela Universidade de Brasília (UnB);
- Pós-Graduado em Gestão Pública;
- Ex-Servidor da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), tendo sido atuante na área do Direito Administrativo Sancionador.

## PEDRO LEONARDO TONACO ALEXANDRE

- Advogado – OAB/DF nº 47.423, integrante do escritório Mattos, Orsetti, Alexandre e Casimiro Advogados;
- Servidor Público Federal efetivo do Senado Federal, onde atua como Chefe do Serviço de Instrução de Penalidades, unidade responsável pela instrução de todas as Penalidades havidas no âmbito de Licitações, Contratos e Atas de Registro de Preços, possuindo ampla expertise em direito administrativo sancionador. Já atuou também como gestor de contratos de terceirização de mão de obra;
- Pós-Graduado em Direito Público;
- Aprovado e nomeado em 4 Concursos Públicos, tendo sido 1° colocado no Concurso do Senado Federal de 2012;
- Aprovado no II Concurso de Defensor Público do DF (2019).

## MIGUEL FREDERICO FÉLIX CARMONA

- Servidor Público Federal efetivo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), onde ocupa o cargo de Chefe de Serviço de Gestão de Contratos;
- Atua cotidianamente na fase interna e externa de licitações, além de ser responsável por instruções de Contratações Diretas (dispensas e inexigibilidades). Ademais, também lida com todas as instruções de aditivos contratuais do órgão, tais como Reajustes, Repactuações, Acréscimos, Supressões, Revisões etc.;
- Pregoeiro Oficial do CADE;
- Bacharel em Direito.

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO ..... 7
1 - VIGÊNCIA DA LEI E O REGIME DE TRANSIÇÃO ..... 10
2 - ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LEI ..... 14
3 - PRINCÍPIOS ..... 18
4 - AGENTES PÚBLICOS ..... 23
5 - O PROCESSO LICITATÓRIO ..... 27
6 - CONTRATAÇÕES COMO INSTRUMENTOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS ..... 40
7 - AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO E O DIÁLOGO COMPETITIVO ..... 45
8 - CRITÉRIOS DE JULGAMENTO ..... 57
9 - O REGIME DE EXECUÇÃO ..... 65
10 - O PARECER JURÍDICO ..... 75
11 - DIVULGAÇÃO DO EDITAL DE LICITAÇÃO ..... 78
12 - MODOS DE DISPUTA ..... 80
13 - O JULGAMENTO DAS PROPOSTAS ..... 82
14 - AS CONTRATAÇÕES DIRETAS ..... 86
15 - OS PROCEDIMENTOS AUXILIARES DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES ..... 98
16 - A FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ..... 111
17 - GARANTIA E POSSIBILIDADE DE ALOCAÇÃO DE RISCOS ..... 119
18 - A DURAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ..... 130
19 - A ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS E DE SEUS PREÇOS ..... 134
20 - HIPÓTESES DE EXTINÇÃO DOS CONTRATOS ..... 141
21 - MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS ..... 148
22 - AS IMPUGNAÇÕES, PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS E RECURSOS ..... 151
23 - INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS ..... 153
24 - O PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (PNPC) ..... 161
25 - OS CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ..... 163
ANEXO DE PRAZOS E VALORES ..... 177
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ..... 181

# APRESENTAÇÃO

O Senado Federal aprovou em 10 de dezembro de 2020 o Projeto de Lei nº 4.253/2020, para criar um marco legal que substituirá a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993), a Lei do Pregão (nº 10.520/2002) e parte do Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Lei nº 12.462/2011).

Desse modo, após aprovação da redação final pelo Senado em 10 de março de 2021, os autógrafos do projeto foram recebidos pela Presidência da República em 12 de março de 2021. Finalmente, após mais de sete anos de tramitação, em 1º de abril de 2021, foi sancionado, com 26 vetos, o novo marco legal de contratações públicas de nosso país, a Lei nº 14.133/2021.

Além de consolidar em um só diploma dispositivos que se encontravam esparsos em diversas leis e atos infralegais, a Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC) passa a contemplar expressamente entendimentos consagrados de órgãos de controle.

Parte da doutrina pátria entendeu que se perdeu uma oportunidade para que a nova Lei fosse mais ousada, moderna e dinâmica, no sentido de acompanhar as transformações da sociedade contemporânea, imersa em um contexto de revolução digital e de grande velocidade de transações e circulação de informações.

Ainda que não tenhamos tido uma NLLC disruptiva, é inegável que ela trouxe alterações e avanços importantes. Exemplo disso é a efetiva integração de mecanismos do Regime Diferenciado de Contratação (RDC) no dia a dia da Administração Pública, tais como a remuneração variável e a contratação integrada, que antes estavam adstritas a situações específicas, como a Copa do Mundo e as Olimpíadas, e que foram sendo ampliadas com sucessivas alterações legislativas.

Pode-se destacar ainda a criação de um Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico que conterá a divulgação

centralizada de planos de contratação, catálogos de padronização, editais, avisos de contratações diretas, atas de registro de preços, contratos e termos aditivos. Além disso, oferecerá um sistema de registro cadastral unificado, um painel para consulta de preços, bem como um sistema de planejamento e gerenciamento de contratações.

Outra exigência importante feita pela NLLC é a obrigatoriedade de *Compliance* para contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto. Isso porque será exigido do licitante vencedor que implante programa de integridade no prazo de 6 (seis) meses, contado da assinatura do contrato. Entende-se que a medida constituirá importante medida na prevenção de práticas de corrupção.

Destaca-se também a extinção das modalidades de licitação convite e tomada de preços, e a criação da modalidade Diálogo Competitivo, que permitirá que a Administração alcance soluções técnicas e inovadoras para o atendimento de suas necessidades, mediante uma efetiva interlocução com os licitantes.

Também nessa linha, a NLLC sistematizou o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), procedimento auxiliar que permitirá, em momento anterior à licitação, a propositura e realização de estudos, investigações e levantamento de soluções inovadoras para Administração.

Temos que a nova modalidade Diálogo Competitivo e o PMI representam importante passo no incremento da concepção democrática das contratações públicas, o que sinaliza uma transição lenta, mas contínua, de um modelo de Administração Pública unilateral, para uma estruturação mais paritária e dialógica.

Além disso, a nova Lei trouxe diversas outras alterações que serão abordadas no presente livro, dentre as quais se destacam: novos prazos de divulgação dos editais; novos prazos máximos de duração de contratos; elevação dos patamares para dispensa de licitação em razão do valor; inversão de fases da licitação; novos critérios de julgamento;

mudanças nas regras sobre margem de preferência; a positivação do credenciamento e da pré-qualificação como procedimentos auxiliares; inclusão da faculdade de adoção de meios alternativos de resolução de controvérsias; novos tipos penais e novas penas para crimes relacionados a contratações públicas.

A obra foi sistematizada em 25 assuntos, dispostos na ordem dos principais capítulos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, para uma busca fácil e ágil.

Os autores.

# 1 - VIGÊNCIA DA LEI E O REGIME DE TRANSIÇÃO

O art. 194 da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC) dispõe que a norma entra em vigor na data de sua publicação. Ou seja, uma vez que não houve *vacatio legis*, o diploma legal pode ser aplicado imediatamente pela Administração Pública desde o dia 1° de abril de 2021, data da sanção e publicação da lei.

Além disso, a Administração poderá, pelo prazo de 2 (dois) anos, contados da data publicação da lei, optar por licitar e contratar diretamente nos termos da nova legislação, ou com base: na Lei n° 8.666/1993 (antiga Lei de Licitações e Contratos); na Lei n° 10.520/2002 (norma que instituíra a modalidade Pregão); e nos artigos 1° ao 47-A da Lei n° 12.462/2011 (diploma que criara o Regime Diferenciado de Contratações - RDC).

Essa opção da Administração deve ser indicada expressamente no edital ou no instrumento de contratação direta, sendo vedada a aplicação combinada da nova Lei de Licitações com qualquer das três normas citadas, nos termos do art. 191 da NLLC.

Ademais, caso a Administração opte por licitar nos termos do regime antigo, o respectivo contrato será regido pelas regras nele previstas durante toda a sua vigência, consoante o parágrafo único do art. 191 da nova lei.

Em outras palavras, o contrato administrativo segue o regime definido na licitação. Se nesse prazo inicial de dois anos a Administração lançou edital com base na Lei 8.666/1993, o contrato deve obrigatoriamente ser regido por essa norma durante toda a sua vigência, aí incluídas as eventuais prorrogações.

Tendo em vista que um contrato administrativo pode ser sucessivamente prorrogado, possivelmente conviveremos ainda por alguns anos com contratos administrativos regidos pela legislação anterior.

Isso porque, hipoteticamente, uma licitação pode ser iniciada em janeiro do ano de 2023, dentro, portanto, do período de transição de 2 anos preconizado pela NLLC, e dela resultar a assinatura de um contrato, por exemplo, em março de 2023. Nesse caso, atendidos os requisitos legais, caso o contrato administrativo seja prorrogado por até 60 (sessenta meses), teremos no ano de 2028 um contrato administrativo regido pela legislação anterior [1].

Tendo em vista o regime de transição disposto na novel legislação, temos que a Administração terá três opções à sua disposição nos dois primeiros anos de publicação da NLLC:

1ª **Licitar e contratar com base no estatuto antigo** (Lei nº 8.666/1993; Lei nº 10.520/2002; e arts. 1 ao 47 da Lei nº 12.462/2011);

2ª **Aplicar a Nova Lei de Licitações e Contratos;** ou

3ª **Alternar os estatutos à disposição.** Nesse caso, ora poderá lançar licitações sob o regramento antigo, ora sob a NLLC, desde que a escolha esteja expressa no edital. Além disso, como já mencionado, não poderá, na mesma licitação, fazer a mesclagem de dispositivos do regime novo e do antigo.

Cumpre ressaltar que a NLLC revoga, desde a publicação, os arts. 89 a 108 da Lei 8.666/1993. Ou seja, os crimes e as penas contidos na antiga Lei de Licitações e Contratos ficam imediatamente revogados. Os novos crimes relacionados a licitações e contratos passam a constar do

[1] Indo além nesse exercício, esse mesmo contrato poderia ser prorrogado excepcionalmente e, nesse caso, teríamos, no ano de 2029, um contrato administrativo sob a égide do estatuto antigo.

Código Penal Brasileiro, nos termos do art. 178 da NLLC, como será abordado no capítulo 25 desta obra.

Ademais, após o período de 2 (dois) anos da publicação da NLLC, ficam revogados os demais dispositivos da Lei nº 8.666/1993, bem como a Lei nº 10.520/2002 (integralmente) e os arts. 1 a 47 da Lei nº 12.462/2011.

Informa-se ainda que o contrato administrativo assinado antes da entrada em vigor da nova legislação continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação anterior, consoante dispõe o art. 190 da NLLC. Verifica-se, portanto, que o dispositivo foi atinente ao princípio da segurança jurídica, bem como ao contido no art. 6º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), que preceitua que a nova Lei deve respeitar ato jurídico perfeito.

Dada a complexidade inerente ao assunto, é natural que sejam editados atos infralegais que regulamentarão a Lei em tela. Desse modo, a fim de facilitar a plena execução da NLLC em todos os entes da federação, o art. 187 permitiu que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios apliquem os regulamentos editados pela União.

O art. 181 preceitua ainda que os entes federativos instituirão centrais de compras, com o objetivo de realizar compras em grande escala, para atender a diversos órgãos e entidades sob sua competência e atingir as finalidades da Lei em tela.

Como é sabido, a competência para dispor privativamente sobre **normas gerais** de licitações e contratos incumbe à **União**, consoante dispõe o art. 22, XXVII da Constituição Federal:

> *Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
>
> *XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.*

Desta feita, nada impede que os **Estados**, o **Distrito Federal** e os **Municípios** editem **normas específicas** sobre licitações e contratos administrativos.

## 2 - ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LEI

Com o objetivo de explicitar a sua abrangência e superar eventuais divergências, principalmente em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, que possuem regulamentação própria a partir do advento da Lei n. 13.303/2016, a Lei retirou de seu âmbito de incidência as entidades administrativas de direito privado, salvo no que se refere às infrações penais[2].

Com isso, o legislador seguiu entendimento doutrinariamente sedimentado, como se pode observar pelo Enunciado 17 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal:

> *Os contratos celebrados pelas empresas estatais, regidos pela Lei n. 13.303/16, não possuem aplicação subsidiária da Lei n° 8.666/1993. Em casos de lacuna contratual, aplicam-se as disposições daquela Lei e as regras e os princípios de direito privado.*

Assim, as disposições da nova Lei serão aplicadas às Administrações Públicas diretas (órgãos vinculados aos Poderes dos Entes Federativos), autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e aos fundos especiais por eles administrados.

Nos §§2º, 3º e 5º do art. 1º, possibilitou-se a relativização parcial do rígido procedimento a ser observado nas licitações/contratos administrativos quando se tratar de contratações realizadas no âmbito das repartições públicas sediadas no exterior (exemplo: consulados e embaixadas); quando envolverem recursos provenientes de empréstimos ou doações oriundas de organismos estrangeiros; e quando se relacionarem à gestão, direta ou indireta, das reservas internacionais do País.

[2] Foi criado o Capítulo II-B no Título XI da Parte Especial do Código Penal, com a tipificação dos crimes envolvendo licitações e contratos administrativos.

No art. 4º da NLLC houve a previsão de uma importante inovação. Estendeu-se a todas licitações e contratos alguns benefícios antes restritos apenas às microempresas e as empresas de pequeno porte, tais como:

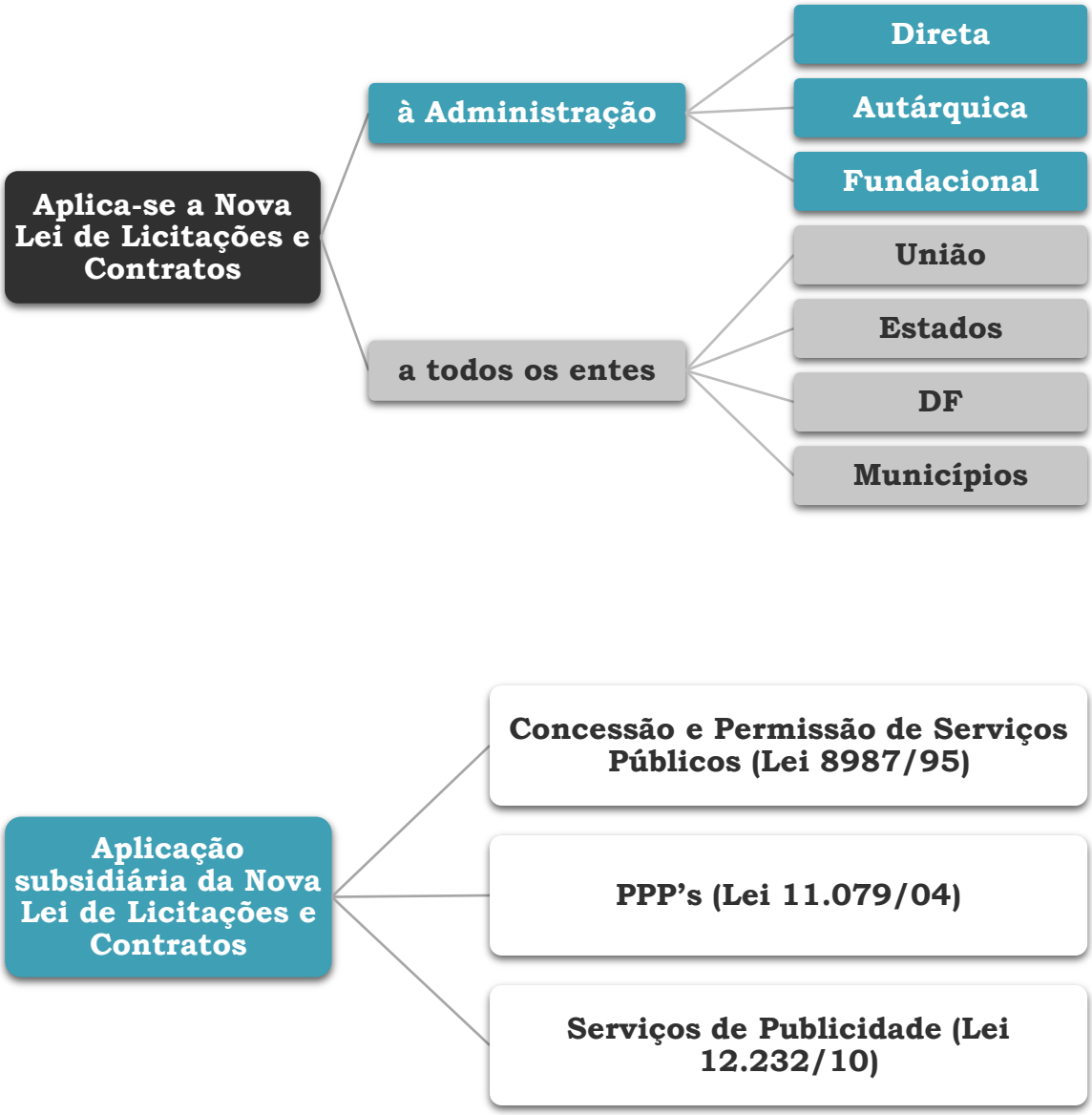
- A necessidade de comprovação da regularidade fiscal e trabalhista apenas para efeito da assinatura do contrato;
- Possibilidade de apresentação da documentação exigida para fins de regularidade fiscal e trabalhista com restrições, hipótese em que, sendo declarado vencedor do certame, será possível a sua regularização;
- Possibilidade de emissão de cédula de crédito microempresarial quando as contratadas forem titulares de direitos creditórios decorrentes de empenhos liquidados não pagos em até 30 (trinta) dias; etc.

No entanto, esses benefícios não serão aplicados quando o valor da licitação para aquisição de bens ou serviços ou contratações de obras e serviços de engenharia forem superiores à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como EPP, atualmente em R$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Por fim, ainda no âmbito de aplicação da lei, consta do art. 186 da NLLC a **aplicação subsidiária**: às licitações envolvendo **concessões** de serviços públicos e de obras públicas e as **permissões de serviços públicos**, reguladas pela Lei nº 8.987/1995; às **parcerias público-privadas** (Lei nº 11.079/2004); e às licitações envolvendo a **prestação de serviço de publicidade** (Lei nº 12.232/2010).

Assim, verifica-se que houve derrogação tácita do art. 3º, §3º, da Lei nº 11.079/2004, que proibia a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993 aos contratos administrativos que caracterizem concessões, seja qual for a sua espécie.

Em resumo, a Lei nº 14.133/2021 terá a seguinte abrangência de aplicação:



Também de forma resumida, a Lei nº 14.133/2021 se aplica aos seguintes objetos a serem contratados, nos termos do art. 2º:

**OBJETOS DE APLICAÇÃO DA LEI**

- **I - alienação e concessão de direito real de uso de bens**;
- **II - compra, inclusive por encomenda;**
- **III - locação**;
- **IV - concessão e permissão de uso de bens públicos;**
- **V - prestação de serviços especializados;**
- **VI - obras e serviços de arquitetura e engenharia**;
- **VII - contratações de tecnologia da informação e de comunicação**.

# 3 - PRINCÍPIOS

## I- OS PRINCÍPIOS EM ESPÉCIE

O reconhecimento da normatividade dos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras são um dos símbolos do Direito Contemporâneo. As regras correspondem a relatos objetivos, que descrevem determinadas condutas e são aplicáveis em um conjunto delimitado de situações. Desempenham, portanto, importante papel de previsibilidade e segurança jurídica.

Os princípios, por sua vez, representam maior grau de abstração, uma vez que não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo de situações. São dotados de maior flexibilidade e permitem a realização da justiça no caso concreto. Os princípios contêm, usualmente, uma maior carga valorativa, e indicam uma determinada direção a seguir[3].

Desde a promulgação da Constituição de 1988, observamos uma crescente influência dos princípios nas decisões exaradas por autoridades administrativas. Isso porque, dado o aumento da complexidade das relações em que a Administração Pública está imersa, os princípios, por vezes, auxiliam na superação de lacunas e omissões no ordenamento jurídico na busca do interesse público.

A NLLC foi pródiga ao elencar os princípios que deverão ser observados nas licitações e contratos por ela regidos, conforme se verifica em seu art. 5°. Além de replicar os princípios da **legalidade**, **impessoalidade**, **moralidade**, **publicidade**, **eficiência** contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal; repetiu os princípios da **igualdade**, **probidade administrativa**, **vinculação ao edital**, **julgamento objetivo** e **desenvolvimento nacional sustentável** da Lei 8.666/1993; e adotou os princípios da **motivação**, **razoabilidade**, **proporcionalidade**,

[3] - BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro** in Interesse Público – IP, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 5, n. 19, maio-junho de 2003.

**segurança jurídica** e **interesse público**, já contidos na Lei 9.784/1999, que disciplina o processo administrativo no âmbito federal.

Além disso, inovou ao exigir expressamente o dever de observância aos princípios do **planejamento**, da **transparência**, da **eficácia**, da **segregação de funções**, da **competitividade**, da **celeridade** e da **economicidade**.

Cumpre destacar a positivação do princípio da segregação das funções, princípio basilar da atividade de controle e que já vinha sendo objeto de inúmeros apontamentos por órgãos de controle interno[4] e externo, em especial o Tribunal de Contas da União[5].

Em linhas gerais, esse princípio norteia a divisão de funções entre diferentes agentes, de modo a evitar a concentração de atribuições por um só responsável, e, assim, mitigar os riscos de adoção de procedimentos incorretos e desvios éticos-comportamentais, por meio de revisões e controles a serem exercido por outros atores.

Ademais, além inibir eventuais conflitos de interesses e condutas tendenciosas, a divisão de tarefas tende a propiciar especialização e ganho de produtividade na execução de atribuições relacionadas à despesa pública.

Outro princípio positivado na NLLC é o da Competitividade, cuja ideia já estava albergada no inciso XXI do art. 37 da Constituição

[4] - Manual do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal (2001, p. 67-68), que aponta que mediante a implantação da segregação de funções:
"a estrutura das unidades/entidades deve prever a separação entre as funções de autorização/aprovação de operações, execução, controle e contabilização, de tal forma que nenhuma pessoa detenha competências e atribuições em desacordo com este princípio.

[5] -Acórdão nº 747/2013-TCU-Plenário:
"9.1.5. promova a segregação de funções, quando da realização dos processos de aquisição de bens e serviços, em observância às boas práticas administrativas e ao fortalecimento de seus controles internos, de forma a evitar que a pessoa responsável pela solicitação participe da condução do processo licitatório, integrando comissões de licitações ou equipes de apoio nos pregões".
Acórdão nº 415/2013-TCU-Plenário:
"9.1.7. discipline a segregação de funções nos setores que desempenham as atribuições inerentes às licitações e contratos, de forma a minimizar a possibilidade de desvios e fraudes."

Federal[6]. Esse princípio orienta que o agente público busque permanentemente a ampliação da competitividade nas licitações, abstendo-se de inserir em editais quaisquer dispositivos que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo dos certames.

## II- O DEVER DE OBSERVÂNCIA ÀS DISPOSIÇÕES DA LINDB

Na aplicação da nova Lei de Licitações, devem ser observadas também as disposições do Decreto-Lei nº 4.657/1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Isso porque a Lei 13.655/2018 inseriu disposições na LINDB com o fito de aumentar a segurança jurídica e a eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Embora tenha sofrido severas críticas por parte de representantes de órgãos de controle, em especial do TCU[7], parcela da doutrina entendeu que a referida Lei foi salutar para fazer face aos fenômenos do "apagão das canetas" e do "Direito Administrativo do medo". Em apertada síntese, referem-se ao receio e aflição sofridos pelo agente público em sua atuação, que o conduzem a um legalismo estéril, a um formalismo imoderado e a disfunções burocráticas, tendo em vista a existência de uma suposta "*cultura do punitivismo*" nos órgãos de controle[8].

Um dos dispositivos da referida Lei que fazem face ao referido fenômeno foi inserto no art. 22 da LINDB, que reza que na interpretação

[6] - Trata-se de dispositivo Constitucional que impõe que as contratações públicas sejam instrumentalizadas, em regra, por meio de procedimento licitatório. Art. 37, inciso XXI, CRFB/1988: "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".** [grifo nosso]

[7] - Vide Parecer da Consultoria Jurídica do TCU de 20.4.2018 – Processo TCU/CONJUR: TC-012.028/2018-5. Parecer acerca do Projeto de Lei nº 7.448/2017, que foi convertido na Lei 13.655/2018.

[8] - A esse respeito, conferir a obra "Direito Administrativo do Medo" de autoria de Rodrigo Valgas dos Santos, fruto de sua Tese de Doutorado em Direito pela UFSC (SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020).

de normas sobre gestão pública serão considerados os obstáculos, as dificuldades reais do gestor e as exigências de políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Dentre os dispositivos que devem ser observados nas contratações públicas, cita-se o art. 24 da LINDB, que dispõe que a revisão da validade de ato, contrato ou ajuste cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Trata-se de evidente exortação em prol da segurança jurídica, evitando que deliberações sejam invalidadas com base apenas em mudança de orientação geral sobre o direito vigente.

Cita-se ainda o art. 26 da LINDB, que consagrou um novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública, uma vez que permitiu que a autoridade administrativa, presentes razões de interesse geral e cumpridos requisitos legais, celebre compromisso com os interessados, a fim de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público[9].

Exemplo de instrumento que pode ser utilizado no bojo do mencionado art. 26 da LINDB são os acordos substitutivos. Esses se prestam a eliminar irregularidade do compromitente, mediante o compromisso de cessação da atividade danosa, oportunidade em que se busca a sua superação. Entende-se que o disposto nesse artigo é plenamente aplicável, por exemplo, ao direito sancionador intrínseco à NLLC.

Por fim, outra importante consequência da aplicação da LINDB no subsistema de contratações públicas está contida em seu art. 28, o qual

[9] - A esse respeito ver o artigo intitulado "As barreiras a disseminação da consensualidade nas Contratações Públicas no Brasil", em que o autor Alexandre Mattos de Freitas tratou de forma mais detida sobre esse novo marco genérico de consensualidade da Administração Pública. O texto foi publicado no livro "**Hermenêutica do Direito Administrativo e Serviços Públicos: Ordem Jurídica e Serviços Públicos**", Editora CRV, Curitiba, 2020, que teve como organizadores os autores Sandro Lúcio Dezan e Paulo Afonso Cavichioli Carmona.

dispõe que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Cumpre ressaltar que o art. 12, §1°, do Decreto n° 9.830/2019, ao regulamentar a matéria, definiu erro grosseiro como aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

## 4 - AGENTES PÚBLICOS

Diferentemente do que ocorria na legislação anterior, que dava o tratamento aos agentes públicos principalmente através de vedações, a nova Lei de Licitações trouxe tratamento detalhado na matéria, em seus arts. 7º a 10.

Caberá à autoridade máxima do órgão ou a quem as normas de organização administrativa indicarem a nomeação de agentes públicos para o desempenho das funções necessárias à execução das disposições da Lei nº 14.133/2021. Essa indicação deve ser pautada pela gestão de competências e o agente a ser indicado deve preencher os seguintes requisitos:

a) ser, **preferencialmente**, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração (não necessariamente do órgão licitante/contratante);

b) tenham atribuições relacionadas aos procedimentos licitatório/contratual ou tenham qualificação técnica atestada por certificado profissional emitido por escola de governo criada e mantida pelo poder público;

c) não possuam vínculo de parentesco com licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira trabalhista e civil.

Ademais, a Lei determina que a autoridade nomeante, ao designar o agente público que exercerá as funções de agente de contratação, observe diretrizes voltadas à segregação de funções, sendo vedada a nomeação do mesmo agente para atuação simultânea nas funções mais suscetíveis a riscos. Com essa previsão, adota-se uma postura voltada à

mitigação de riscos, em atendimento aos mais modernos pressupostos de *compliance*, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e a ocorrência de fraudes nas contratações públicas.

Aliás, tamanha a preocupação com legalidade e regularidade do procedimento licitatório, que houve previsão que essas diretrizes também sejam aplicadas, inclusive, aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração.

Em seu artigo 8º, a NLLC cria a figura do **agente de contratação**, servidor público efetivo ou empregado público designado pela autoridade competente para conduzir o processo licitatório, com as funções de tomar decisões, dar impulso ao procedimento, executando qualquer atividade necessária ao bom andamento do certame. Em suma, compete ao agente de contratação garantir a regularidade no procedimento licitatório até o envio à homologação.

O agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos por ele praticados, salvo quando induzido a erro pela equipe de apoio. Importante destacar que, especificamente no procedimento do pregão, o agente de contratação será designado como pregoeiro.

No caso de licitações que envolvam bens ou serviços especiais, que são aqueles que possuem alta heterogeneidade ou complexidade segundo justificativa prévia do contratante, o agente de contratação **poderá** ser substituído por comissão de contratação formada por, no mínimo, 3 (três) membros, com responsabilidade solidária, ressalvado aquele que expressar posição individual divergente.

Além de explicitar as vedações aos agentes públicos (art. 9º), a NLLC traz uma importante garantia aos mesmos, prevendo expressamente que competirá à advocacia pública promover, a critério do agente, a sua representação judicial/extrajudicial nas esferas administrativas, controladora ou judicial em razão dos atos praticados, desde que, é claro, sua atuação tenha sido pautada em estrita

observância da orientação constante do parecer jurídico elaborado na forma do art. 53, §1º. Esse direito é válido, inclusive, aos agentes que não mais ocupem o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato questionado.

Também será excluído desse patrocínio público os agentes que tiverem seus atos ilícitos dolosos provados em processos administrativos ou judiciais. Assim, verifica-se que, na hipótese de culpa, a contrário senso, o agente público também terá direito a ser defendido, em todas as esferas, pela advocacia pública.

Por fim, no texto aprovado pelo Congresso Nacional e enviado à sanção, constava que os agentes públicos não seriam defendidos pela advocacia pública quando o responsável pelo parecer do art. 53, §1º não pertencesse aos quadros permanentes da Administração. No entanto, esse inciso foi vetado pelo Presidente da República com a seguinte fundamentação[10]:

> *A propositura legislativa dispõe que se as autoridades competentes e os servidores e empregados públicos que tiverem participado dos procedimentos relacionados às licitações e aos contratos de que trata esta Lei precisarem defender-se nas esferas administrativa, controladora ou judicial em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 53 desta lei, a advocacia pública promoverá, a critério do agente público, sua representação judicial ou extrajudicial, o que não se aplica quando o responsável pela elaboração do parecer jurídico não pertencer aos quadros permanentes da Administração.*
> *Entretanto, e em que pese a boa intenção do legislador, o dispositivo contraria interesse público uma vez que faz referência ao art. 53, § 1º o qual trata da elaboração do parecer por 'órgão de assessoramento jurídico da Administração', de modo que independentemente de o parecerista em si ser servidor público permanente ou eventualmente um comissionado (nos casos de Municípios, por exemplo), o parecer é originário do órgão e tem caráter público, inclusive em razão das providências de aprovação a que usualmente tais opinativos se submetem.*

[10] Despacho da Presidência da República – Mensagem nº 118, de 1º de abril de 2021.

*Ademais, a redação é ambígua, permitindo que se leia tanto a inaplicação do caput quando o parecerista originariamente não pertence aos quadros da Administração; quanto no caso de ele não mais pertencer aos quadros da Administração (no caso de exoneração, por exemplo) e a ausência de defesa neste segundo caso nos aparenta ser indesejável.*

# 5 - O PROCESSO LICITATÓRIO

Lembra-se, incialmente, que é a própria Constituição Federal que estabelece em seu artigo 37, inciso XXI, a regra geral de obrigatoriedade da licitação para a Administração Pública:

> *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.** [grifo nosso]*

Na clássica lição de Marçal Justen Filho[11], a licitação é um procedimento administrativo disciplinado por Lei que busca selecionar a proposta mais vantajosa ao interesse público, a partir da prévia definição de critérios objetivos e com especial atenção ao princípio da isonomia.

## I – OBJETIVOS

Estabelece a NLLC, em seu art. 11, os seguintes objetivos do processo licitatório:

**I** Assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

[11] JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos**. 18. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

II — Assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III — Evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV — Incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

As novidades mais aparentes estão previstas nos incisos III e IV, nos quais há a expressa menção aos objetivos de evitar contratações com sobrepreço ou preços manifestamente inexequíveis, bem como incentivar a inovação.

Além disso, há a bem-vinda presença, no parágrafo único, da definição de reponsabilidade da alta administração pela governança da contratação, bem como determinação de implementação processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos. O intuito, segundo o dispositivo, é promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações (art. 11, parágrafo único).

Determina, ainda, a NLLC, que, no processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

I — Os documentos serão produzidos por escrito, com data e local de sua realização e assinatura dos responsáveis;

**II**

Os valores, os preços e os custos utilizados terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 51 desta Lei;

**III**

O desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo;

**IV**

A prova de autenticidade de cópia de documento público ou particular poderá ser feita perante agente da Administração, mediante apresentação de original ou de declaração de autenticidade por advogado, sob sua responsabilidade pessoal;

**V**

O reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade, salvo imposição legal;

**VI**

Os atos serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico;

**VII**

A partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

**§1º** O plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput deste artigo deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e na execução dos contratos.

**§2º** É permitida a identificação e assinatura digital por pessoa física ou jurídica em meio eletrônico, mediante certificado digital emitido em âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP–Brasil).

Quanto ao art. 12, importante salientar o inciso III, no qual o legislador, em atenção aos princípios da eficiência, efetividade e eficácia, previstos no parágrafo único do art. 11, assevera que o desatendimento de exigências meramente formais não importará seu afastamento da licitação ou invalidação do processo, desde que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo da proposta. Visa o legislador, com isso, afastar o excesso de formalismo, tornando-o, além de moderado, um meio para um fim.

Nessa mesma perspectiva, a fim de afastar entraves à realização dos objetivos do processo licitatório, positiva a NLLC a desnecessidade da exigência do reconhecimento de firma, salvo quando houver dúvida de autenticidade ou imposição legal.

O art. 13 da NLLC positiva a regra geral de publicidade no âmbito das contratações, estabelecendo sua exceção: quando há sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. O parágrafo único do mesmo artigo autoriza a denominada publicidade diferida: quanto ao conteúdo das propostas, **até a respectiva abertura**; ou quanto ao orçamento da Administração, nos termos do art. 24, que autoriza, desde que justificado, a sua divulgação posterior. Persiste, portanto, o sigilo

quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura, conforme já constava no art. 3º, parágrafo terceiro da Lei nº 8.666/1993.

Além disso, insere-se a hipótese de contratações que utilizem o chamado **orçamento sigiloso** (art. 24. da NLLC), já previsto anteriormente no Decreto 10.024/2019 e no Regime Diferenciado de Contrações Públicas — RDC, Lei nº 12.462 de 2011:

> *Art. 24. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, e, nesse caso:*
> *I – o sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo;*
> *II – o orçamento será tornado público apenas e imediatamente após a fase de julgamento de propostas.*
> *Parágrafo único. Na hipótese de licitação em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável constará do edital da licitação.*

Deve a Administração deliberar acerca do momento oportuno para divulgação do orçamento, ou seja, antes ou depois da fase de lances, ponderando as eventuais vantagens de cada opção. Conforme lembra o Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 2080/2012-Plenário, embora a ampla publicidade seja imperativa na Administração Pública, há situações em que o acesso ao referido orçamento colidiria com outros princípios não menos importantes, como o da busca da proposta mais vantajosa.

## II - DAS FASES DA LICITAÇÃO

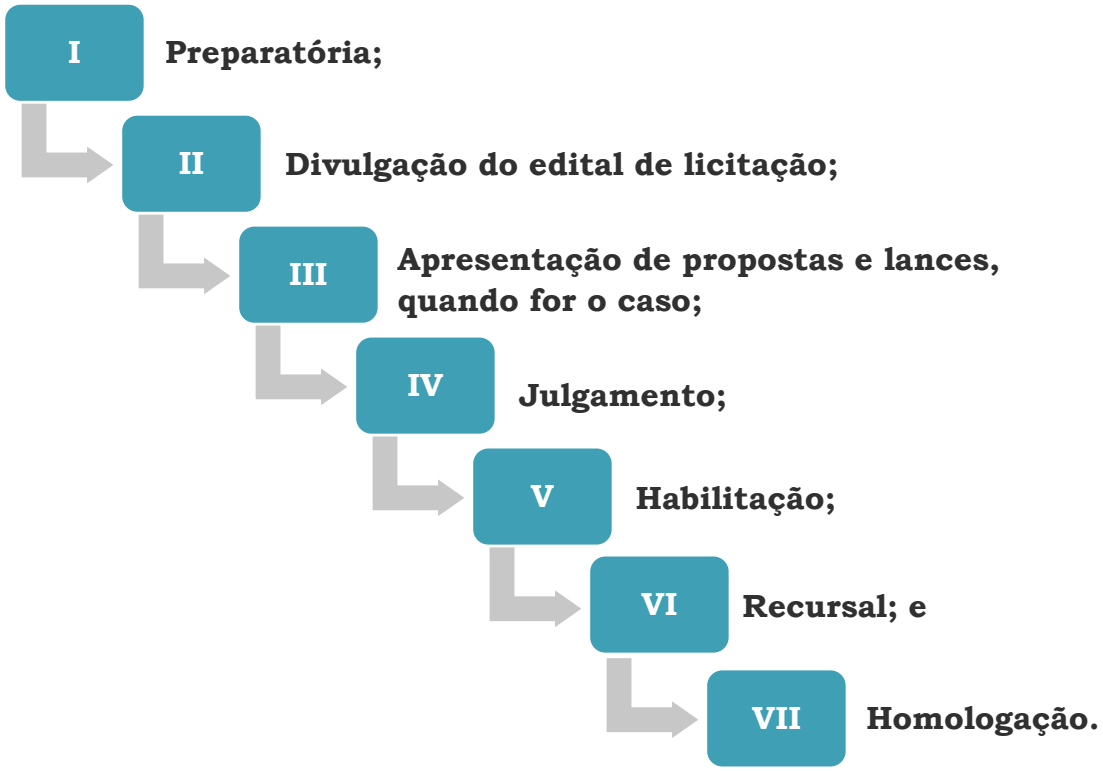
A NLLC inova ao trazer a inversão de fases como regra geral para as licitações, ou seja: a precedência do julgamento das propostas em relação à fase de habilitação.

Hely Lopes Meirelles, com a costumeira clareza, explica:

> *Inverte-se a ordem procedimental: procura-se verificar primeiro quem venceu a etapa comercial, para depois conferir os documentos de habilitação do vencedor. Suprime-se, assim, tempo precioso despendido no exame da documentação de concorrentes que foram eliminados no julgamento das propostas.*

Lembra-se, entretanto, que a inversão já estava prevista no Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462/11) e na Lei do Pregão (Lei nº 10.520/02).

O art. 17 da Lei nº 14.133/2021 estabelece as seguintes fases, em sequência:




A fim de possibilitar à Administração Pública a melhor escolha da sua estratégia de seleção, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos faculta, por meio do § 1º do art. 17, desde que prevista no edital e devidamente motivada, que a habilitação seja anterior à fase de apresentação de propostas e julgamento.

A NLLC, em seu § 2º do art. 17, ainda prevê a realização preferencial das licitações sob a forma eletrônica. A exceção, na forma presencial, deve ser motivada.

O § 3º do art. 17 possibilita a realização de análise e avaliação da conformidade da proposta, mediante homologação de amostras, entre outros testes, ao licitante provisoriamente vencedor, na fase de julgamento, desde que prevista no edital.

Por fim, lembramos que, embora não prevista expressamente como uma fase independente na NLLC, a homologação pode trazer ainda como consequência jurídica, conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho[12], a adjudicação: a atribuição do objeto ao vencedor.

## III - A INSTRUÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO

Os arts. 18 a 27 da NLLC tratam acerca da instrução do processo licitatório, especificamente quanto a sua fase preparatória.

O *caput* do art. 18 destaca o papel fundamental do **planejamento** e a necessidade de compatibilização com o plano anual de contratações, favorecendo uma gestão eficiente das compras públicas.

Aliás, lembra-se que o planejamento é princípio fundamental da Administração, inclusive positivado desde o Decreto-Lei n. 200 de 1967[13], que dispôs sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa.

[12] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 319.

[13] Estabelece o art. 6º do Decreto-Lei n. 200/1967:
As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:
I - Planejamento.
II - Coordenação.
III - Descentralização.
IV - Delegação de Competência.
V - Controle.

Os incisos I a XI do art. 18 da Lei n. 14.133/2021 trazem elementos que devem estar presentes na fase preparatória, quais sejam:

**I** A descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;

**II** A definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;

**III** A definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;

**IV** O orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação;

**V** A elaboração do edital de licitação;

**VI** A elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação.

**VII** O regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala;

**VIII** A modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto;

**IX** A motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;

**X** A análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;

**XI** A motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 24 da Lei nº 14.133/2021.

Cabe destacar que a NLLC positiva antiga e importante recomendação do Tribunal de Contas e também já prevista no Decreto n. 10.024/2019, que regulamenta o pregão eletrônico, quanto a obrigatoriedade de elaboração de **Estudo Técnico Preliminar - ETP** para as contratações.

O ETP constitui o primeiro documento da etapa do planejamento de uma contratação e objetiva demonstrar a viabilidade técnica e econômica da contratação, ponderando as soluções disponíveis para atendimento da necessidade e identificando a opção que melhor atenda ao interesse público.

O parágrafo primeiro do art. 18 traz os elementos norteadores do estudo técnico preliminar, nos incisos I a XIII. Nele, há, necessariamente, a presença dos seguintes elementos, devendo haver motivação sobre a omissão dos demais (§ 2º):

**I** Descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

**IV** Estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

**VI** Estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

**VIII** Justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

**XIII** Posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

O parágrafo terceiro do art. 18 traz exceção à necessidade de estudo técnico preliminar para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, desde que inexista prejuízo para aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados.

O art. 20 da nova Lei veda a aquisição de artigos de luxo, determinando que os itens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da Administração Pública deverão ser de qualidade comum, não superior à necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam. Trata-se de outra importante inovação legislativa, atinente ao princípio da moralidade administrativa e à economicidade,

uma vez que, não raro, nos deparávamos com notícias sobre contratações dessa natureza.

Ainda a esse respeito, cumpre ressaltar que cada Poder deve definir, mediante regulamento, limites para enquadramento nas categorias comum e luxo. Cabe observar que, após 180 (cento e oitenta) dias da promulgação da Lei nº 14.133/2021, novas compras de consumo só poderão ser realizadas com a edição desse regulamento.

O art. 21 do novel diploma faculta à Administração a realização de audiência pública, respeitado o prazo de antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis, conforme a seguir:

> *A Administração poderá convocar, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis, audiência pública, presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados.*

A regra prevista no art. 39 da Lei nº 8.666/1993[14], continha previsão distinta, com utilização obrigatória a depender do valor estimado da contratação.

A possibilidade de realização de consulta pública encontra-se presente no parágrafo único do art. 21, da NLLC:

> *A Administração também poderá submeter a licitação a prévia consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado.*

[14] Art. 39 Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Outra novidade da nova Lei se refere à matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação. Dispõe o art. 22 que o edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado.

Nos termos do parágrafo único do art. 22, a matriz de riscos deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso este ocorra durante a execução contratual.

O art. 23 da Lei nº 14.133/2021 traz as regras atinentes à **pesquisa de preços** e procedimentos relativos ao estabelecimento do valor estimado para as contratações. Observa-se a positivação na NLLC de elementos já presentes na Instrução Normativa nº 73/2020, utilizada no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Dispõe a Lei que o valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto (art. 23).

Ademais, no processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

**I** Composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);

**II** Contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

**III** Utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;

**IV** Pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;

**V** Pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

# 6 - CONTRATAÇÕES COMO INSTRUMENTOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

As contratações públicas destinam-se, como visto, à seleção da proposta que gere o resultado mais vantajoso para a Administração (art. 11, I). Ocorre que, além de proporcionar à Administração o recebimento de utilidades fornecidas por particulares que servirão de diversas formas ao seu próprio funcionamento, acabam, em última análise, por buscar ao atendimento dos anseios da sociedade.

Com o passar do tempo, o legislador foi adicionando às contratações públicas diversas prescrições que não estavam ligadas aos objetivos iniciais da lei. Marco importante disso foi a alteração do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, que incluiu como finalidade das licitações a promoção do desenvolvimento nacional sustentável[15].

Desta feita, diversos são os tipos de políticas públicas que podem ser instrumentalizadas no bojo da Lei nº 14.133/2021, quais sejam:

1. O fomento econômico a micro e pequenas empresas (art. 4, §2º);
2. A proteção ao meio-ambiente e à sustentabilidade (art. 5º; art. 11, IV; e art. 26, II);
3. O estabelecimento de margem de preferência para aquisição de produtos e serviços nacionais (art. 26);

[15] Essa alteração foi promovida pela Lei nº 12.349/2010, norma que também instituiu a margem de preferência para produtos e serviços resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.

4. A proteção a crianças e adolescentes contra a exploração de trabalho infantil (art. 14, VI);

5. Benefícios a cooperativas de catadores de materiais recicláveis (art. 75, IV, "j");

6. Auxílio na empregabilidade de pessoas com deficiência (art. 75, XIV); e

7. O desenvolvimento de instituições de ensino nacionais (art. 75, XV).

A despeito de ser uma prática consagrada, conforme se observa por esses inúmeros exemplos, doutrinadores discutem se as políticas públicas instrumentalizadas por meio de contratações públicas efetivamente alcançam o seu mister.

Isso porque parte da doutrina entende que essas políticas públicas eventualmente são decorrentes de casuísmo político, além de serem editadas sem o respectivo estudo de seu impacto quanto a sua efetividade. Ademais, outros críticos aventam aumento de onerosidade das contratações nessas medidas.

Por outro lado, há doutrinadores que entendem que as contratações públicas não podem ser vistas como um fim em si mesmas, e devem contribuir com os objetivos do Estado e os anseios da sociedade, previstos em nossa Constituição.

A temática das contratações públicas como instrumento de políticas públicas não é exatamente uma novidade. Ao contrário, revela-se uma estratégia comumente utilizada em vários países do globo[16].

No Brasil, a Constituição Federal impôs ao Estado o dever de buscar o desenvolvimento nacional[17], além de criar e implementar políticas públicas[18] com vistas a fomentar o bem-estar da população e a autonomia do país, consoante se depreende de seu art. 219[19].

Desse modo, a Constituição Federal de 1988 contribuiu sobremaneira para alteração da concepção das contratações públicas, uma vez que passou a impor uma ideia de função social a um procedimento que era visto como atividade-meio do Estado[20].

Nessa linha, Marçal Justen Filho[21] afirma que as contratações públicas, além de buscarem a proposta mais vantajosa do mercado, também se revelam importantes incentivadores das atividades tidas como desejáveis pela sociedade. Por essa razão, os gastos públicos são um fator essencial para a promoção do desenvolvimento econômico e social, não podendo a licitação ser vista como um fim em si mesma.

[16] PÉRCIO, Gabriela Verona. **A Lei 12.349/2010 e a preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais em licitações**: uma análise crítica à luz do princípio do desenvolvimento nacional sustentável. Revista de Informação Legislativa, v. 49, n. 196, p. 233-248, out./dez. 2012.

[17] Constituição Federal de 1988: Art. 3° - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) II - **garantir o desenvolvimento nacional.** [grifo nosso]

[18] PÉRCIO, Gabriela Verona. **A Lei 12.349/2010 e a preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais em licitações**: uma análise crítica à luz do princípio do desenvolvimento nacional sustentável. Revista de Informação Legislativa, v. 49, n. 196, p. 233-248, out./dez. 2012.

[19] Constituição Federal de 1988: Art. 219 - O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a **viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia do país**, nos termos da lei federal. [grifo nosso]

[20] SOUZA, Delfino Natal de; MAGALHÃES, Fabrício Arthur Galupo. **O uso do poder de compra e as políticas de compras**. In: VILLAC, Teresa; BLIACHERIS, Marcos Weiss; SOUZA, Lilian Castro de. (Coord.). Panorama das licitações sustentáveis: direito e gestão pública. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 285-298.

[21] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos Administrativos**. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

## I – A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA MULHER

Além dos inúmeros instrumentos de políticas públicas contidos na Lei n° 14.133/2021, merecem destaque as novidades que buscam a proteção da mulher, uma vez que no estatuto anterior não contávamos com qualquer medida dessa natureza.

Nos termos do § 9º do art. 25 da nova Lei, o edital poderá, na forma disposta em regulamento, exigir que **percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por mulheres vítimas de violência doméstica** e por oriundos ou egressos do sistema prisional.

Trata-se de dispositivo que fora inspirado em prática adotada pelo Senado Federal[22] de inclusão de mulheres vítimas de violência doméstica no mercado de trabalho. Por meio de normativos internos[23] foi instituído o "Programa de Assistência a Mulheres em Situação de Vulnerabilidade Econômica em Decorrência de Violência Doméstica e Familiar" [24].

Os mencionados normativos determinam que os contratos de prestação de serviços continuados e terceirizados do Senado Federal reservem o mínimo de 2% das vagas para mulheres atendidas nas condições do programa, desde que elas tenham a qualificação necessária e o contrato envolva cinquenta ou mais trabalhadores. Cumpre ressaltar

[22] Ato da Comissão Diretora n° 4/2016 e Ato da Diretoria-Geral n° 22/2016, respectivamente:
- https://www12.senado.leg.br/institucional/responsabilidade-social/equidade/pages/pdfs/ato-da-comissao-diretora-no4-de-2016
- https://www12.senado.leg.br/institucional/responsabilidade-social/equidade/pages/pdfs/ato-da-diretoria-geral-no22-de-2016

[23] Programa de Assistência a Mulheres em Situação de Vulnerabilidade. Fonte: Agência Senado. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/responsabilidade-social/equidade/pages/pdfs/programa-de-assistencia-a-mulheres-em-situacao-de-vulnerabilidade-economica-em-decorrencia-da-violencia-domestica-e-familiar

[24] Programa de Assistência a Mulheres em Situação de Vulnerabilidade. Fonte: Agência Senado. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/responsabilidade-social/equidade/pages/pdfs/programa-de-assistencia-a-mulheres-em-situacao-de-vulnerabilidade-economica-em-decorrencia-da-violencia-domestica-e-familiar

que as empresas devem manter em sigilo a identidade das trabalhadoras assim contratadas.

Antes mesmo de ser positivada na nova Lei de Licitações, o mencionado Programa já havia sido adotado por órgãos públicos de diversas unidades da federação, tais como a Câmara Legislativa do DF, o Ministério Público do Distrito Federal, e os Governos do Estado do Goiás, Santa Catarina e Rio Grande do Norte.

Por fim, cumpre ressaltar que outra medida de proteção da mulher está contida no inciso III do art. 60 da nova Lei, que dispõe que **um dos critérios de desempate no julgamento das propostas será o desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento.**

# 7 - AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO E O DIÁLOGO COMPETITIVO

São modalidades de licitação, conforme o art. 28 da NLLC:

Percebe-se, portanto, que foram extintas as modalidades convite e tomada de preços e foi adicionada a modalidade diálogo competitivo. Ademais, a modalidade pregão, instituída pela Lei nº 10.520/2002, passa a ser disciplinada pela NLLC, observado o regime de transição tratado no capítulo 1 desta obra.

Além das cinco modalidades elencadas pela lei, a Administração pode se servir dos procedimentos auxiliares previstos no art. 78, a serem estudados no capítulo 15 desta obra.

Verifica-se ainda o abandono do critério de valor para fixação das modalidades, como anteriormente preconizado na Lei 8.666/1993. Isso porque, no âmbito do estatuto antigo, a escolha das modalidades convite, tomada de preços e concorrência deveria levar em consideração os

patamares previstos em lei, os quais foram atualizados[25] pelo Decreto Federal n° 9.412/2018.

Permanece, contudo, a vedação de criação de outras modalidades de licitação, além da proibição de aplicação combinada entre as modalidades disponíveis (§2° do art. 28).

## I) PREGÃO

Trata-se de modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto (art. 6°, XLI, NLLC). A Lei definiu bens e serviços comuns como aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado (art. 6°, XIII, NLLC).

Cumpre rememorar que a norma que instituiu o pregão, Lei n° 10.520/2002, será revogada após dois anos de publicação da NLLC, consoante seu inciso II ao artigo 193. Nesse ínterim, como visto, será possível que a administração opte entre as normas, por meio de previsão expressa no edital.

O pregão não será utilizado em contratações de serviços técnicos e especializados de natureza predominantemente intelectual; obras; e serviços especiais de engenharia, nos termos do parágrafo único do art. 29 da NLLC.

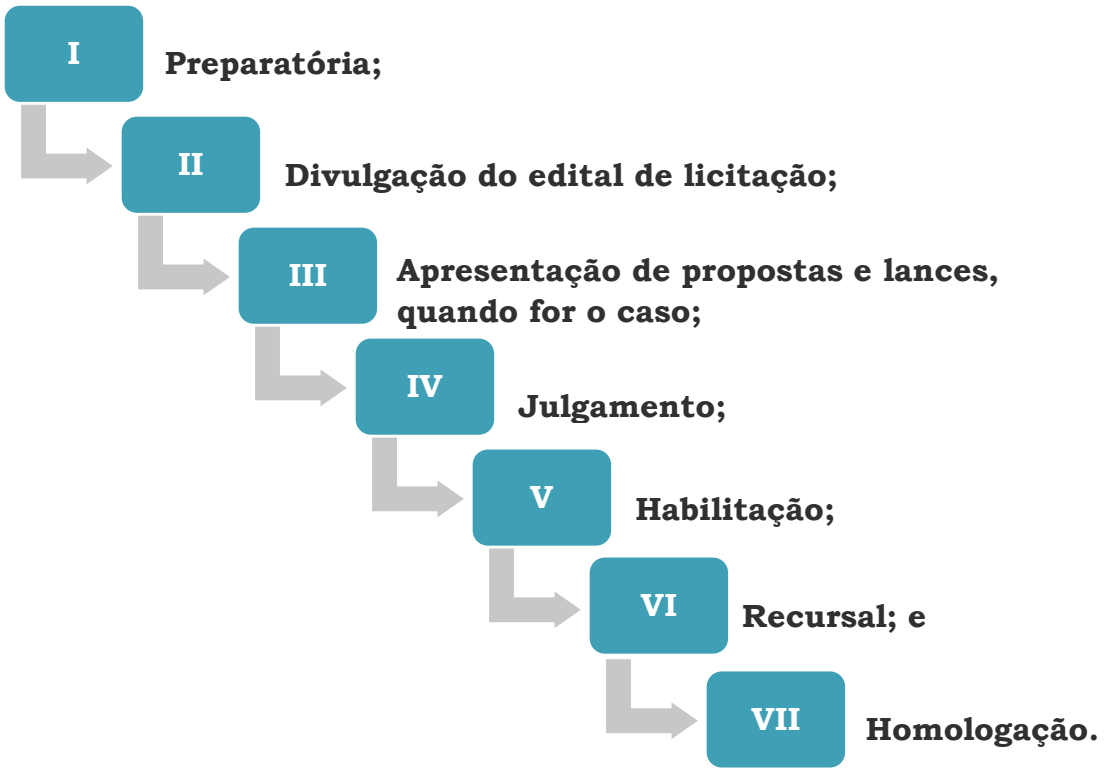
[25] Art. 1º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ficam atualizados nos seguintes termos:

I - Para obras e serviços de engenharia:
a) na modalidade convite - até R$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais);
b) na modalidade tomada de preços - até R$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e
c) na modalidade concorrência - acima de R$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais).

II - Para compras e serviços não incluídos no inciso I:
a) na modalidade convite - até R$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais);
b) na modalidade tomada de preços - até R$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais); e
c) na modalidade concorrência - acima de R$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).

O pregão poderá ser utilizado, entretanto, em contratações de serviço comum de engenharia, que a própria Lei definiu como aquele serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens (art. 6°, XXI, "a", NLLC)

O pregão observará as seguintes fases, em sequência, nos termos do art. 17 da NLLC:




A única ressalva feita à sequência dessas fases é a possibilidade de que a etapa de habilitação (V) venha a anteceder as etapas de apresentação de propostas e lances (III) e de julgamento (IV), desde que devidamente motivado os benefícios dessa inversão, além de previsão expressa no edital de licitação (art. 17, §1°, NLLC).

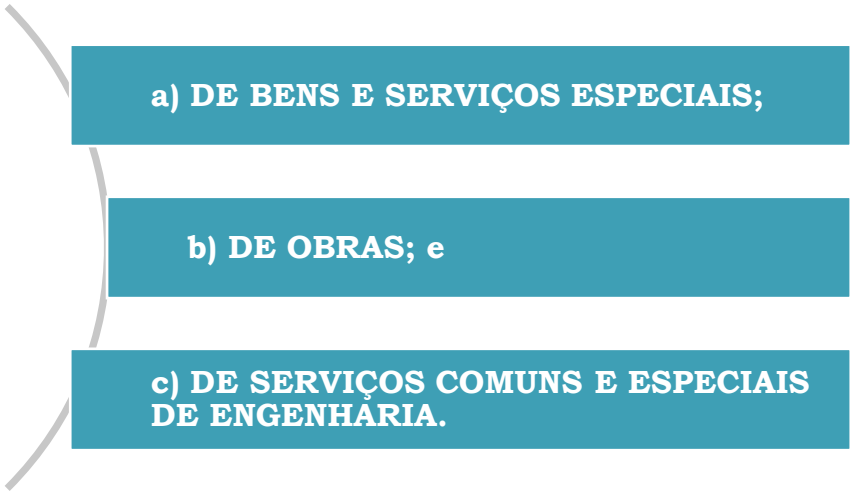
Além disso, as licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização de forma presencial desde que motivada, oportunidade em que a sessão pública deve ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo (art. 17, §2°, NLLC).

Desde que previsto em edital, a Administração poderá, na fase de julgamento, em relação ao licitante provisoriamente vencedor, realizar análise e avaliação da conformidade da proposta, por meio de homologação de amostras, exame de conformidade e prova de conceito, entre outros testes, a fim de comprovar se o que está sendo proposto pelo licitante está efetivamente de acordo com as especificações do termo de referência ou do projeto básico (art. 17, §3°, NLLC).

Ademais, a Lei conferiu à Administração a possibilidade de que ela, em procedimentos realizados por meio eletrônico, determine, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico (art. 17, §4°, NLLC). Tem-se que essa possibilidade conferida pela norma é bem-vinda, uma vez que vai permitir que a Administração possa dispensar o envio de documentos pela via física, em consonância com os princípios da celeridade e do desenvolvimento nacional sustentável.

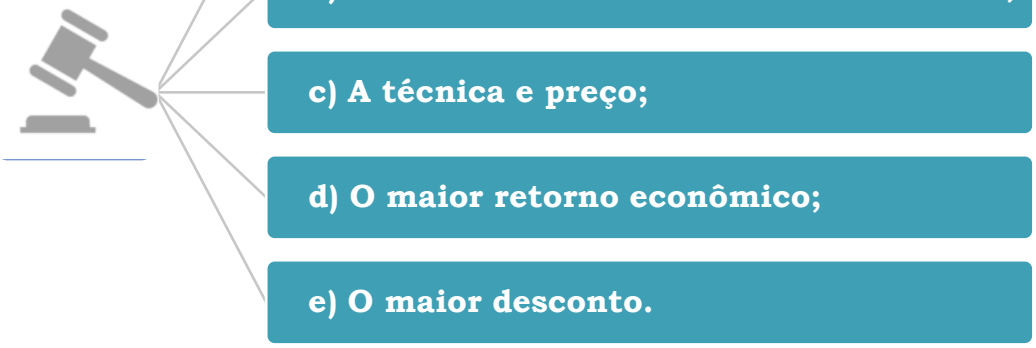
## II) CONCORRÊNCIA

A modalidade concorrência é voltada para a contratação:



Ou seja, observa-se que a contratação de serviços comuns de engenharia poderá ser feita tanto por meio da modalidade pregão, quanto da concorrência, incumbindo ao agente público a escolha mais adequada, justificada por meio de critérios técnicos.

A modalidade concorrência, nos termos do art. 6°, inciso XXXVIII, poderá ter como critério de julgamento:




A concorrência, assim como o pregão, deve seguir o rito preconizado no art. 17 da NLLC, conforme detalhado no tópico anterior. Desse modo, se comparada o texto da NLLC com o da Lei n° 8.666/1993, fica evidenciada uma inversão de fases nessa modalidade. A novidade é que a NLLC prevê a fase de julgamento das propostas (art. 17, IV) em momento anterior à análise da documentação do licitante vencedor, que ocorre na fase de habilitação (art. 17, V).

### III) CONCURSO

O concurso é a modalidade de licitação destinada à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor (art. 6°, XXXIX).

Nos termos do art. 30 da NLLC, o concurso deve observar as condições estabelecidas no edital, que necessariamente indicará:

I – A qualificação exigida dos participantes;

II – As diretrizes e formas de apresentação do trabalho;

III – As condições de realização e o prêmio ou remuneração a ser concedida ao vencedor.

Ademais, nos concursos destinados à elaboração de projeto, o vencedor deve ceder à Administração todos os direitos patrimoniais relativos ao projeto e autorizar sua execução conforme juízo de conveniência e oportunidade das autoridades competentes (art. 30, parágrafo único).

## IV) LEILÃO

É a modalidade de licitação a ser utilizada na alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer maior lance (art. 6°, XL).

O leilão poderá ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente da Administração (art. 31). Caso opte pelo leiloeiro oficial, o órgão ou entidade deve selecioná-lo por meio de credenciamento ou por meio de licitação na modalidade pregão.

Além disso, no caso de opção por leiloeiro oficial, deve adotar o critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, utilizando como parâmetro máximo os percentuais definidos na Lei que regula a referida profissão[26]. Deve observar ainda os valores dos bens a serem leiloados (art. 31, §1°).

[26] - A norma que regulamenta a profissão de leiloeiro é o Decreto n° 21.981/1932.

A NLLC exige ainda que o leilão seja precedido de divulgação do edital em sítio eletrônico oficial. Além disso, poderá ser divulgado por outros meios necessários para ampliar a publicidade e a competitividade da licitação. O referido edital deve conter, conforme art. 31, §2°:

**I** A descrição do bem, com suas características, e, no caso de imóvel, sua situação e suas divisas, com remissão à matrícula e aos registros;

**II** O valor pelo qual o bem foi avaliado, o preço mínimo pelo qual poderá ser alienado, as condições de pagamento e, se for o caso, a comissão do leiloeiro designado;

**III** A indicação do lugar onde estiverem os móveis, os veículos e os semoventes;

**IV** O sítio da internet e o período em que ocorrerá o leilão, salvo se excepcionalmente for realizado sob a forma presencial por comprovada inviabilidade técnica ou desvantagem para a Administração, hipótese em que serão indicados o local, o dia e a hora de sua realização;

**V** A especificação de eventuais ônus, gravames ou pendências existências sobre os bens a serem leiloados.

Por fim, o leilão não exigirá do licitante registro cadastral prévio, não terá fase de habilitação e deverá ser homologado assim que concluída a fase de lances, superada a fase recursal e efetivado o pagamento pelo licitante vencedor, na forma definida no edital (art. 31, §4°).

## V) DIÁLOGO COMPETITIVO

Conforme ensina Irene Patrícia Nohara[27], o instituto do diálogo competitivo teve sua origem no Direito Europeu, mais precisamente com a Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho. Sofreu influência também das práticas de diálogo e aberturas procedimentais existentes na FAR (*Federal Acquisition Regulation*) dos Estados Unidos.

A ideia dessa modalidade é permitir que a Administração Pública conte com a colaboração dos operadores econômicos para que delimite de forma precisa qual objeto necessita, o qual, em razão de sua grande complexidade, não consegue sozinha definir.

É utilizada para que a Administração saiba das inovações metodológicas e técnicas e das soluções disponíveis no mercado, possibilitando, por exemplo, que tenha contato com tecnologias de domínio restrito, próprios de contratação customizadas.

Esse instituto permite a abertura da interlocução, isto é, do debate com os licitantes, acerca das possibilidades técnicas e de inovação, e, por essa razão, poderá ser tida como mais flexível, inclusive por abrir margem para que a Administração estabeleça, no decorrer do certame, a solução que melhor atenda a sua demanda.

É uma alternativa para que a Administração Pública se aproxime das soluções inovadoras e das possibilidades mais atualizadas que o mercado dispõe para gerar uma contratação técnica, ou com distinta metodologia, uma vez que os próprios licitantes são integrantes do mercado[28].

A modalidade se divide em duas fases. A primeira, a do diálogo, ocorre após a publicação de edital e seleção dos interessados, por meio de critérios objetivos. Essa fase pode ser mantida até que a

[27] - NOHARA, Irene Patrícia. **Diálogo Competitivo**. Direito Administrativo, Jul. 2018. Disponível em: https://direitoadm.com.br/dialogo-competitivo/. Acesso em 24 Mar. 2021.
[28] - NOHARA, Irene Patrícia. **Diálogo Competitivo**. Direito Administrativo, Jul. 2018. Disponível em: https://direitoadm.com.br/dialogo-competitivo/. Acesso em 24 Mar. 2021.

Administração, em decisão fundamentada, identifique, dentre as soluções discutidas, aquelas que atendam às suas necessidades.

Nesse momento, pode-se declarar que o diálogo foi concluído, mediante a juntada aos autos de todos os registros e gravações produzidos, e ser iniciada a segunda fase, a competitiva, mediante novo edital, para a busca da proposta mais vantajosa, que contenha todos os elementos necessários para a realização do projeto. Cumpre ressaltar que a nova Lei exige que a condução da seleção se dê por meio de três agentes públicos com vínculo permanente com o Estado. Além disso, a Lei autoriza o controle *pari passu* por órgãos de controle[29].

Irene Patrícia Nohara[30] alerta que essa modalidade exige cuidado por parte da Administração tanto para evitar a presença de conflitos de interesses, quanto para respeitar a confidencialidade dos termos que toma conhecimento, uma vez que nessa sistemática um participante do certame vai apresentar sua *expertise* e espera que suas soluções não acabem sendo reveladas a outros licitantes sem que haja o consentimento prévio.

A NLLC definiu o diálogo competitivo como sendo a modalidade de licitação a ser utilizada na contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos (art. 6, XLII).

[29] - FREITAS, Alexandre Mattos de. **Ampliação da concepção democrática nos processos administrativos de licitação: a modalidade diálogo competitivo e a sistematização do procedimento de manifestação de interesse.** In DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; e GUEDES, Jefferson Carlos Carús (Org.). **Hermenêutica do Direito e Processo Administrativo**: Fundamentos do Processo Administrativo Contemporâneo. Curitiba: CRV, 2021, p. 295-319.

[30] - NOHARA, Irene Patrícia. **Diálogo Competitivo**. Direito Administrativo, Jul. 2018. Disponível em: https://direitoadm.com.br/dialogo-competitivo/. Acesso em 24 Mar. 2021.

Não se trata de modalidade que terá uso corriqueiro pela Administração, nem para contratações de bens e serviços comuns ou padronizáveis. De acordo com o art. 32 da NLLC, essa modalidade é restrita a contratações em que a Administração:

**I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:**

a) inovação tecnológica ou técnica;

b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e

c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração.

**II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:**

a) a solução técnica mais adequada;

b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; e

c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato.

Além disso, o legislador disciplinou que a modalidade diálogo competitivo deve observar o seguinte procedimento (art. 32, §1°, NLLC):

1. A Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá **prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis** para manifestação de interesse na participação da licitação;

2. Os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos;

3. A divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada;

4. A Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento;

5. A fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades;

6. As reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo;

7. O edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas;

**8**

A Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a **fase competitiva** com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa. Deve ainda **abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis**, para todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto;

**9**

A Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas;

**10**

A Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado;

**11**

O diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão. Cumpre ressaltar que esses profissionais contratados assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses.

# 8 - CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

Previstos nos artigos 33 a 39 do novo diploma, os critérios de julgamento referem-se aos denominados "tipos de licitação" do antigo art. 45 da Lei nº 8.666/1993. A nova denominação, além da maior precisão técnica, conforme se verá, é também mais intuitiva[31].

Estabelece o art. 11 da Lei n. 14.133/2021, espelhando o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, que o processo licitatório objetiva assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública.

Os critérios de julgamento, basicamente, referem-se às opções dadas pela legislação, para definição do que será considerado como proposta mais vantajosa. Apesar de tímidas, algumas importantes inovações foram feitas pela nova Lei no tema.

Aos quatro critérios previstos anteriormente (I - Menor preço; II - Melhor técnica; III - Técnica e preço; IV - Maior lance ou oferta), além de sutis alterações, foram somados outros dois incisos. Vejamos como ficou o novo dispositivo:

**Art. 33. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios:**

- I – menor preço;
- II – maior desconto;
- III – melhor técnica ou conteúdo artístico;
- IV – técnica e preço;
- V – maior lance, no caso de leilão; e
- VI – maior retorno econômico.

[31] Registra-se que o termo "critério de julgamento" já era utilizado amplamente pela jurisprudência e doutrina, que, inclusive criticava em diversas obras a opção legislativa anterior (tipos de licitação).

Cabe lembrar, inicialmente, que continua, por óbvio, obrigatória a expressa previsão em edital do critério de julgamento que será adotado no procedimento licitatório, sob pena nulidade.

## I – MENOR PREÇO

Conforme já estabelecia a legislação anterior, por esse critério o vencedor do certame será o licitante que, atendidos a todos os demais requisitos e especificações previstos em edital, apresentar a proposta de menor preço.

Trata-se do critério usualmente adotado para aquisição de bens e serviços comuns, consagrado pela Lei 10.520/2002, que instituíra a modalidade de licitação denominada "Pregão". Lembra-se, a propósito, que continua sendo, ao lado do critério de "maior desconto", obrigatório para a modalidade, conforme anteriormente já previa a referida norma.

Mas há algumas novidades. Vejamos o que estabelece o artigo 34 da Nova Lei de Licitação e Contratos Administrativos:

> *Art. 34. O julgamento por menor preço ou maior desconto e, quando couber, por técnica e preço considerará o menor dispêndio para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação.*

Com clara inspiração no RDC, nota-se que o novel diploma busca positivar uma antiga preocupação do bom administrador: a necessidade de uma análise de vantajosidade que vá além do custo imediato associado ao preço pago.

Assim, além do criterioso cotejo entre os requisitos técnicos estabelecidos em edital e o objeto ofertado (análise de qualidade), deve ser considerado o menor dispêndio. Ou seja, conforme estabelece na

sequência o § 1º do artigo em discussão[32], no critério preço, devem ser considerados todos os custos da decisão de aquisição de determinado objeto, por exemplo: manutenção e ciclo de vida do produto.

Registra-se, ainda, que o art. 54 da nova Lei inovou estabelecendo prazos diferenciados para apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação a depender do critério de julgamento, vide capítulo 11 da presente obra.

Além disso, alerta-se que, nos termos do § 1º do artigo 56, a utilização isolada do modo de disputa fechado é vedada quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto.

## II – MAIOR DESCONTO

Embora tenha sido previsto na Lei nº 12.462/2011, que instituiu o regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, bem como, posteriormente, no Decreto nº 10.024/2019, que regulou o Pregão Eletrônico, o critério jamais fora positivado expressamente na Lei Geral de Licitações anterior.

O "maior desconto", em verdade, decorria intuitivamente do critério "menor preço". Assim, não se trata de maneira alguma de nova regra de julgamento. Isso porque, aqui, será considerada como mais vantajosa, aquela proposta que oferecer o maior desconto sobre o preço global fixado no edital, ou seja, também o menor preço.

Cabe lembrar apenas que é o critério obrigatório no caso de seleção de leiloeiros oficiais por meio de processo licitatório, conforme § 1º do artigo 31, e que o sigilo do valor de referência, autorizado agora expressamente na própria Lei nº 14.133/2021, está vedado ao critério

[32] § 1º, art. 34 Lei nº 14.133/2021 – "Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento".

em epígrafe, uma vez que, evidentemente, as licitantes precisam da informação para oferecimento do desconto.

## III – MELHOR TÉCNICA OU CONTEÚDO ARTÍSTICO

A melhor técnica ou conteúdo artístico é o critério utilizado quando o julgamento da proposta mais vantajosa é baseado exclusivamente na proposta técnica apresentada pelos licitantes. Conforme apregoa o parágrafo único do artigo 35, trata-se do critério utilizado para contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística.

Como as novidades aqui se aplicam também ao critério seguinte, passemos a ele.

## IV - TÉCNICA E PREÇO

Na técnica e preço, embora os aspectos qualitativos do objeto e a proposta técnica sejam de grande relevância, o preço também é levado em consideração para definição do vencedor e da proposta que melhor atenda ao interesse público.

Aqui, o edital, a partir da definição de regras objetivas, deve atribuir pontos para cada um dos dois fatores. O julgamento considerará a maior pontuação obtida através da ponderação entre o preço e a técnica.

Segundo o § 1º do artigo 36 da Lei nº 14.133/2021, para escolha do critério em comento, o estudo técnico preliminar deve demonstrar que a qualidade técnica das propostas que superarem as especificações mínimas do edital são relevantes para o melhor interesse público. O mesmo parágrafo exemplifica algumas contratações em que seria indicada a utilização da técnica e preço:

I

Serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado;

II

Serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;

III

Bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação;

IV

Obras e serviços especiais de engenharia;

V

Objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.

O § 2º do artigo 37, **vetado** pelo Presidente da República, chegava a determinar a obrigatoriamente da utilização do critério de melhor técnica ou técnica e preço em alguns casos.

Seguindo o que já previa o Regime Diferenciado de Contratações Públicas e alinhado à jurisprudência do Tribunal de Contas da União

sobre o tema[33], estabelece a nova Lei Geral de Licitações que a proposta técnica deverá ter um peso máximo 70% (setenta por cento) do total de pontos.

Além disso, como incentivo à boa performance, inova a Lei nº 14.133/2021 ao prever expressamente que o desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração Pública deverá ser considerado na pontuação técnica e que a verificação da capacitação e da experiência do licitante (na melhor técnica também) dar-se-á por meio da apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados.

Por fim, o art. 38 positiva similares exigências antigas do TCU de que, caso haja obtenção de pontos no fator técnica em razão da indicação de determinado profissional, a execução do respectivo contrato tenha sua participação direta e pessoal.

## V – MAIOR LANCE, NO CASO DE LEILÃO

Não há novidade substancial. Trata-se do critério de julgamento utilizado para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior preço.

[33] TCU Acordão 532/16 – 2. Nas licitações do tipo técnica e preço, ainda que não submetidas ao RDC, é possível adotar como referência o disposto no art. 20, § 2º, da Lei 12.462/2011, que permite a atribuição de fatores de ponderação distintos para valorar as respectivas propostas, com percentual de ponderação mais relevante limitado a 70%, devendo-se demonstrar no processo licitatório, se for o caso, a pertinência da primazia da técnica em relação ao preço, considerando-se a natureza dos serviços a serem executados.

TCU Acórdão 2909/12 - Plenário: Abstenha-se de prever excessiva valoração atribuída à proposta técnica, em detrimento da proposta de preços, sem amparo em justificativas técnicas suficientes que demonstrem a sua necessidade, uma vez que a adoção de critério desproporcional pode acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração, observado o art. 3º da Lei 8.666/1993 e a jurisprudência deste Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 1782/2007, 1100/2007, 828/2007 e 2017/2009, todos do Plenário.

Em que pese supressão da menção à concessão de direito real de uso no dispositivo, contida originalmente na Lei n. 8.666/1993[34], uma interpretação sistemática da nova legislação nos permite inferir que não se trata de silêncio eloquente[35], sendo o leilão e o critério de julgamento por maior lance também aplicáveis.

## VI – MAIOR RETORNO ECONÔMICO

A maior novidade acerca dos critérios de julgamento da Lei nº 14.133/2021 está aqui[36]. Trata-se, nos termos do art. 39, do critério de julgamento utilizado exclusivamente em licitações que tenham por objetivo a celebração do chamado contrato de eficiência.

Aqui, o vencedor do certame e, consequentemente, signatário do contrato de eficiência será aquele que se comprometer em proporcionar a maior economia para a Administração, sendo sua remuneração, necessariamente, fixada em percentual proporcional à economia efetivamente obtida durante a execução da avença.

Assim, o critério de maior retorno econômico, cujo fundamento maior está no próprio princípio constitucional da eficiência, funciona como importante instrumento de redução de despesas para a Administração. Em termos práticos, conforme § 3º do art. 39: "*o retorno econômico será o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço.* "

[34] Art. 45. (...) § 1° Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:
(...)
IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

[35] *"Opção do legislador em excluir, intencionalmente, certo fato do comando legal*". (Zeno Veloso; Larenz) (apud DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico).

[36] Em verdade, trata-se de mais uma solução já prevista no Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei 12.462/2011) e na Lei das Estatais (Lei n. 13.303/2016).

Para viabilizar a contratação, determina ainda a legislação em seu § 1º do art. 39 que os licitantes deverão discriminar em proposta de trabalho todas as intervenções necessárias, bem como as unidades de medida e monetária associadas.

Quando, na execução do contrato, não for gerada a economia prevista, reza o § 4º que a diferença será abatida da remuneração do particular e, ainda, aplicada a penalidade respectiva, extrapolados certos limites estabelecidos. Por essa razão, reitera-se que todos os parâmetros devem também estar objetivamente previstos em edital de licitação.

Por fim, destaca-se que a Lei também inova prevendo prazos de vigência diferenciados para os contratos de eficiência. O art. 110 estabelece: até **10 (dez) anos, nos contratos sem investimento**; e até **35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento**.

# 9 - O REGIME DE EXECUÇÃO

Denomina-se regime de execução os modos pelos quais um objeto contratado poderá será executado. A Lei nº 8.666/1993, que aqui se aproveita para fins didáticos, em seu art. 6º, dividia e conceituava do seguinte modo os dois tipos gerais:

> **VII** Execução direta - a que é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios;
>
> **VIII** Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros (...)

Na Execução Indireta, que nos interessa precipuamente, os regimes previstos no antigo diploma eram: empreitada por preço global; empreitada por preço unitário; tarefa; e empreitada integral.

A Lei nº 14.133/2021 acrescenta às possibilidades acima a **contratação integrada**, a **contratação semi-integrada** e o **fornecimento/prestação de serviço associado**. Registra-se que o primeiro já estava previsto no Regime Diferenciado de Contratações Públicas e o segundo, na Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais).

Em que pese a nova legislação, diferentemente da anterior[37], enumere os regimes de execução em seção e artigo[38] dedicados apenas a "Obras e Serviços de Engenharia", não nos parece fazer sentido a

[37] Lei 8.666/1993 - Art. 10. As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas
I - execução direta;
II - execução indireta, nos seguintes regimes:
(...)

[38] Lei 14.133/2020 - Art. 46 - Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:
I – empreitada por preço unitário;
(...)

interpretação que se tem dado de que apenas a eles se aplicariam. Ainda que alguns sejam exclusivos de contratações de obras e serviços de engenharia (contratação integrada e semi-integrada), conforme se verá, todo serviço possui, necessariamente, um regime de execução.

Além disso, o art. Art. 6º, dedicado às definições gerais da Lei, ao conceituar e desenvolver cada um dos regimes, trata de diferenciar quando são aplicáveis a serviços em geral ou apenas a serviços de engenharia e obras.

## I - EMPREITADA POR PREÇO UNITÁRIO

Esclarece o XXVIII do Art. 6º da Lei n. 14.133/2021, sem qualquer distinção para a Lei n° 8.666/1993, que, na empreitada por preço unitário, a execução da obra ou do serviço[39] é feita por preço certo de unidades determinadas. Do mesmo modo, o pagamento deve ser realizado por unidades feitas, após a devida medição e verificação da conformidade da prestação com o que fora ajustado contratualmente.

Nos termos do Manual de Boas Práticas do TCU[40], é o regime que deve ser prioritariamente estabelecido quando o quantitativo de cada item da obra ou do serviço contratado não puder, em função da sua natureza, ser apurado com precisão no Estudo Técnico Preliminar ou no Projeto Básico.

Ao lado da empreitada por preço global é o regime de execução mais utilizado para contratações de serviços em geral, por exemplo: execução e pagamento por metragem de pintura, por Unidades de Serviços Técnicos de uma solução em tecnologia da informação.

[39] Conforme exposto anteriormente, nota-se que aqui a Lei trata de serviços em geral, sem delimitar a aplicação aos de engenharia.

[40] Brasil. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União**. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência.

## II- EMPREITADA POR PREÇO GLOBAL

Também sem novidade alguma, na empreitada por preço global, a execução da obra ou do serviço se dá por preço certo e total. *A contrário sensu,* é o regime adotado quando a Administração é capaz de definir com precisão os quantitativos para a plena execução do objeto.

Registra-se que, embora o preço seja certo e refira-se ao objeto completo, é possível que o pagamento seja efetuado após a conclusão de parcelas, etapas ou serviços definidos no respectivo cronograma físico-financeiro, constante do edital e do contrato.

Podemos citar como exemplo a contratação de empresa por preço certo e total para a construção de um prédio. Seria inclusive recomendável que o cronograma físico-financeiro estabelecesse pagamentos parciais por cada parcela cumprida: terraplenagem, fundação, estrutura.

A diferença para a empreitada por preço unitário é que, aqui, o particular assume certo risco de variações quantitativas e qualitativas do objeto licitado, comprometendo-se a entregar pelo preço inicialmente ajustado todo o serviço/obra.

Por óbvio, não se veda eventual necessidade de termo aditivo para recomposição da equação econômico-financeira com base na Teoria da Imprevisão, em razão de álea contratual extraordinária (caso fortuito ou de força maior, fato do príncipe), ou ainda por necessidade de modificação do projeto no interesse da Administração.

**III- EMPREITADA INTEGRAL**

Na empreitada integral, também já prevista na Lei n. 8.666/93, nos termos do Inciso XXX do art. 6º da nova Lei Geral de Licitações e Contratos, ocorre a:

> *Contratação de empreendimento em sua integralidade, compreendida a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade do contratado até sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, com características adequadas às finalidades para as quais foi contratado e atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização com segurança estrutural e operacional.*

A principal diferença nesse modelo, também conhecido como *turn-key*, é que, a despeito da responsabilidade pelo projeto básico[41] e definições do serviço serem ainda da Administração, o particular compromete-se a entregar o objeto em pleno funcionamento, pronto para a sua utilização, podendo contemplar, inclusive, equipamentos e mobiliários, por exemplo.

Lembra-se, entretanto, que nos termos inclusive do inciso V, alínea b, do art. 40 da nova Lei, as compras devem atender, entre outros, ao princípio do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso.

Assim, alerta sempre o Tribunal de Contas da União que o regime de empreitada integral, anteriormente previsto no art. 6º, inciso VIII, alínea e, da Lei 8.666/1993, deve ser utilizado prioritariamente em serviços ou obras de grande complexidade e alto custo, onde a perfeita integração entre todas as etapas e especificações do objeto seja fundamental para o funcionamento do empreendimento e atingimento do

[41] Aqui reside a principal diferença do regime de empreitada integral para a contratação integrada.

interesse público. Cita-se, como exemplo clássico, a construção de hidrelétricas[42].

A vantagem do regime, embora também sujeito à Teoria da Imprevisão, é que, como na empreitada global, eventual necessidade de complementação de quantitativos, decorrente de imprecisões no projeto, são inteira responsabilidade do particular, inserindo-se na sua álea contratual ordinária[43].

## IV - CONTRATAÇÃO POR TAREFA

Conforme leciona Marçal Justen Filho[44], a tarefa é um regime caracterizado pela dimensão reduzida do objeto e sua baixa complexidade.

Usualmente, contrata-se apenas a mão de obra do particular, dispensando-se a utilização de equipamentos sofisticados. No entanto, conforme esclarece o inciso XXXI[45] do art. 6º da nova lei, o particular responsável pela tarefa também poderá fornecer o material, desde que, evidentemente, esteja previsto em edital.



[42] No Acórdão 711/2016 Plenário, o TCU ainda assevera: "*A adoção desse regime em obra pública fora dessas circunstâncias pode ferir o princípio do parcelamento, ao incluir no escopo a ser executado por empresa de construção civil itens que poderiam ser objeto de contratação à parte, como equipamentos e mobiliário.*"

[43] TCU. Acórdão 1194/2018, Órgão Julgador: Plenário, Relator: Ministro Augusto Sherman Calvacanti, Julgado em 23/05/2018.

[44] JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos**. 18. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 208.

[45] XXXI - contratação por tarefa: regime de contratação de mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais.

## V - CONTRATAÇÃO INTEGRADA

Conforme já mencionado, conquanto já estivesse previsto no RDC e na Lei das Estatais[46], a contratação integrada não constava da antiga Lei Geral de Licitações. De acordo com o art. 6º, inciso XXXII da Lei n. 14.133/2021, define-se como:

> *(...) regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.*

Embora semelhante à empreitada integral, diferencia-se principalmente por estabelecer que a responsabilidade pela elaboração do Projeto Básico será do contratado. Assim, ao particular, cabe: a plena definição da solução, com a elaboração dos projetos básico e executivo, além de, posteriormente, a execução total do objeto.

Conforme esclarece Marçal Justen Filho na mesma obra[47], trata-se de um regime de execução destinado a serviços e obras de extrema complexidade técnica, em que a Administração encontra grande dificuldade em definir a solução mais adequada ao resultado que se almeja. Nesse caso, além do Estudo Técnico Preliminar, cabe ao órgão licitante apenas elaborar um anteprojeto de engenharia, que subsidiará a elaboração do Projeto Básico.

[46] Em verdade, o modelo parece surgir já no Regulamento Simplificado de Licitações da Petrobras, instituído pelo Decreto nº 2.745, de 1998.

[47] JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos**. 18. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 208.

Nos termos do inciso XXIV do art. 6º, o anteprojeto deve conter, no mínimo, os seguintes elementos:

**a)** Demonstração e justificativa do programa de necessidades, avaliação de demanda do público-alvo, motivação técnico-econômico-social do empreendimento, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado;

**b)** Condições de solidez, de segurança e de durabilidade;

**c)** Prazo de entrega;

**d)** Estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico e/ou projeto da área de influência, quando cabível;

**e)** Parâmetros de adequação ao interesse público, de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade;

**f)** Proposta de concepção da obra ou do serviço de engenharia;

**g)** Projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção proposta;

**h)** Levantamento topográfico e cadastral;

**i)** Pareceres de sondagem;

**j)** Memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação.

Registra-se que, nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução pela contratada no projeto básico são de sua responsabilidade[48].

Assim, o Tribunal de Contas da União, à luz ainda do RDC, em acórdão[49] paradigma sobre o regime de contratação integrada, já alertava que a sua utilização para serviços ou obras comuns implica grave risco de se contratar com sobrepreço, em razão justamente dos riscos embutidos associados ao desconhecimento de detalhes do objeto.

O Congresso Nacional no Projeto de Lei inclusive tentou limitar a utilização das contratações integrada e semi-integrada, quando não destinada a viabilizar projetos de ciência, tecnologia e inovação e de ensino técnico ou superior, a licitações cujos valores superassem aquele previsto para os contratos de parceria público-privada (R$ 10.000.000,00, atualmente). **Mas, a Presidência da República vetou o dispositivo (art. 46 , § 7º).**

Por fim, considerando o princípio básico de hermenêutica jurídica, segundo o qual a Lei não contém palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*), cabe destacar que o novo diploma parece limitar a contratação integrada e a semi-integrada a obras e serviços de engenharia.

[48] O art. 22, inciso III, § 3º ainda determina que: *"Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado."*

[49] Acórdão TCU n. 1510/2013 – Plenário.

## VI - CONTRATAÇÃO SEMI-INTEGRADA

Nos termos do Inciso XXXIII do art. 6º:

> *Contratação semi-integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações contratação necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.*

Nota-se já da leitura dos conceitos que a principal diferença para a contratação integrada é que, no presente regime, ao particular cabe a elaboração do Projeto Executivo, mas não o Projeto Básico.

Entretanto, considerando também a adoção apenas em objetos de extrema complexidade, prevê o regime que, mediante prévia autorização da Administração, o projeto básico poderá ser alterado, a partir de sugestões do contratado que impliquem em redução de custos, superioridade técnica e redução de prazos. Nesses casos, nos termos do § 5º do art. 46: assume *"o contratado a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico"*.

## VII - FORNECIMENTO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ASSOCIADO

Trata-se de um regime de execução em que o contratado, além do fornecimento do objeto, responsabiliza-se pela operação e/ou manutenção, pelo prazo máximo de 5 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto, autorizada a prorrogação na forma do art. 107 da lei, que estabelece agora um prazo máximo de 10 (dez) anos para contratos contínuos.

O modelo deve ser festejado ao positivar mais uma possibilidade para a Administração na busca por maior economicidade, solidez e integração nas suas contratações, proporcionando maior segurança

jurídica na escolha pela eventual aglutinação de itens como fornecimento e serviços.

No entanto, cabe ao Administrador ponderar a decisão à luz do princípio do parcelamento, conforme já exposto. O § 3º do art. 40. c/c § 1º do Art. 47, estabelecem alguns parâmetros básicos para a decisão: a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos, responsabilidade técnica e o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

Lembra-se, por fim, ainda que exarada no contexto da antiga norma, o teor da Súmula n. 247 do Tribunal de Contas da União com implicações importantes para o regime de execução:

> *É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.*

# 10 - O PARECER JURÍDICO

Ao final da fase preparatória, descrita no art. 18 da nova lei, o processo licitatório deverá ser encaminhado ao órgão de assessoramento jurídico do órgão ou entidade, a fim de que seja realizado controle prévio da legalidade, por meio de análise jurídica da contratação, nos termos do art. 53.

A Lei nº 14.133/2021 determina ao órgão de assessoramento jurídico que, na análise do procedimento licitatório, a elaboração do parecer se dê conforme critérios objetivos de atribuição de prioridade. Além disso, essa manifestação deve conter linguagem simples, clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica (art. 53, §1°, I e II).

Merece destaque a previsão normativa, em rol exemplificativo, da necessidade de controle prévio de legalidade do órgão de assessoramento jurídico para contratações diretas (inexigibilidade e dispensa de licitação), acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, bem como os termos aditivos desses (art. 53, §4°).

Todavia, o § 5º do art. 53 prevê a possibilidade de dispensa da análise jurídica, consoante ato exarado pela autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o seguinte:

1. O baixo valor da contratação;

2. A baixa complexidade da contratação;

3 A entrega imediata do bem; ou

4 A utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico (a exemplo das minutas-modelos disponibilizadas pela AGU, no âmbito do Poder Executivo Federal).

Cumpre agora fazer uma breve análise dos vetos da Presidência da República acerca da temática. O legislador buscou traçar parâmetros gerais para o parecer jurídico, de modo a facilitar a compreensão e o atendimento das diligências pela autoridade consulente.

Entretanto, o Poder Executivo, embora tenha reconhecido o mérito da intenção, vetou o dispositivo por entender que esse avançava sobre a organização administrativa dos demais poderes da República e dos entes federativos, violando o princípio da separação dos poderes[50].

Outro veto recaiu sobre o dispositivo que permitia a rejeição do parecer jurídico que desaprovasse a continuidade da contratação, mediante motivação pela autoridade máxima do órgão ou entidade, hipótese em que essa passaria a responder pessoal e exclusivamente

[50] Inciso III do § 1º do art. 53 - "dar especial atenção à conclusão, que deverá ser apartada da fundamentação, ter uniformidade com os seus entendimentos prévios, ser apresentada em tópicos, com orientações específicas para cada recomendação, a fim de permitir à autoridade consulente sua fácil compreensão e atendimento, e, se constatada ilegalidade, apresentar posicionamento conclusivo quanto à impossibilidade de continuidade da contratação nos termos analisados, com sugestão de medidas que possam ser adotadas para adequá-la à legislação aplicável."

Razões do veto - "A propositura legislativa estabelece regras e parâmetros para a elaboração dos pareceres jurídicos, além de tratar sobre o fluxo processual interno na Administração. Todavia, e embora se reconheça o mérito da propositura, a medida, ao dispor sobre organização administrativa e procedimento interno na Administração dos demais poderes da República e dos entes federativos, viola o princípio da separação dos poderes, nos termos do art. 2º da Constituição Federal, e do pacto federativo, inscrito no art. 18 da Carta Magna."

pelas irregularidades que, em razão desse fato, lhe fosse eventualmente imputada.

O Poder Executivo justificou o veto aduzindo que o dispositivo parecia atribuir corresponsabilidade ao parecerista, com o que não concordamos. Além disso, pontuou que o dispositivo desestimularia o gestor a tomar medidas não chanceladas pela assessoria jurídica, mesmo que convicto da correção e melhor eficiência dessas medidas, argumentos com os quais no filiamos[51].

Por fim, outro ponto que a ser tratado, e que, em conjunto com os demais vetos nessa temática, demonstram a força da advocacia pública, é o veto de dispositivo que imputava responsabilidade civil e regressiva ao membro da advocacia pública em caso de dolo ou fraude na elaboração do parecer jurídico. O Poder Executivo justificou o veto aduzido que o advogado, público ou privado, já conta com diversas outras disposições sobre a sua responsabilização profissional, na forma de leis específicas[52].

[51] § 2º do art. 53 - "O parecer jurídico que desaprovar a continuidade da contratação, no todo ou em parte, poderá ser motivadamente rejeitado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, hipótese em que esta passará a responder pessoal e exclusivamente pelas irregularidades que, em razão desse fato, lhe forem eventualmente imputadas."

Razões do veto - "(...) No entanto, a interpretação do dispositivo pode levar a crer que o parecerista é corresponsável pelo ato de gestação, contrariando a posição tradicional da jurisprudência pátria e trazendo insegurança a atividade de assessoramento jurídico. Ademais, o dispositivo desestimula o gestor a tomar medidas não chanceladas pela assessoria jurídica, mesmo que convicto da correção e melhor eficiência dessas medidas, o que pode coibir avanços e inovações."

[52] "§ 6º do art. 53 – "O membro da advocacia pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude na elaboração do parecer jurídico de que trata este artigo."

Razões do veto – "(...) todavia, em que pese a boa intenção do legislador, no objeto específico deste artigo, o advogado, público ou privado, já conta com diversas outras disposições sobre a sua responsabilização profissional (Lei nº 8.906, de 1994; art. 184 do CPC; e, para os profissionais da Advocacia Geral da União, também na Lei nº 13.327, de 2016), as quais não estão sendo revogadas e nem harmonizadas com essa propositura. Ademais, o artigo não faz referência a eventual responsabilização administrativa ou mesmo penal daquele advogado, o que pode causar incerteza jurídica quanto à eventual instituição de responsabilidade "cível" (excludente das possíveis responsabilidades administrativa e/ou penal, em indevido recrudescimento do sistema atualmente vigente). Por fim, o dispositivo parece potencializar a geração de celeuma acerca do nível de responsabilização dos pareceristas jurídicos junto aos procedimentos licitatórios, razões todas essas que justificariam o seu veto por contrariedade ao interesse público."

## 11 - DIVULGAÇÃO DO EDITAL DE LICITAÇÃO

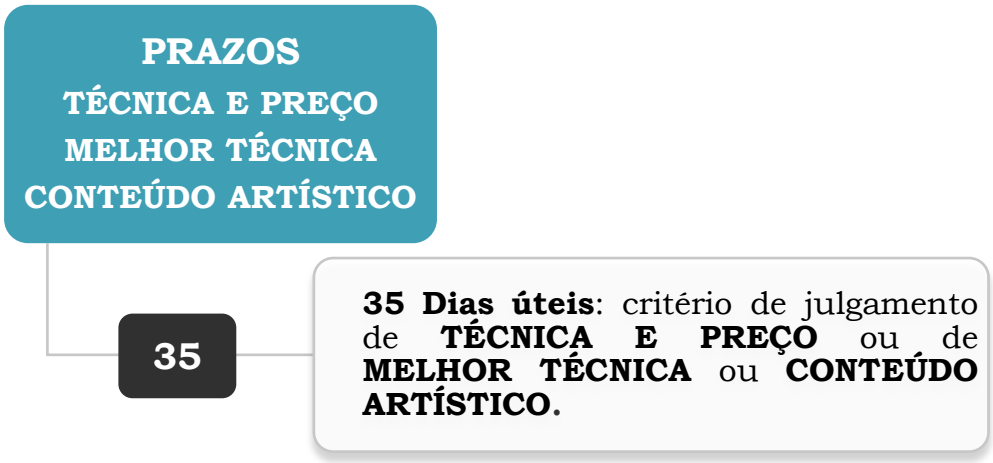
A Lei nº 14.133/2021 estabeleceu **prazos mínimos** para a apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação, que são:

**PRAZOS**
**PARA AQUISIÇÃO DE BENS**

- **8** — **a) 8 Dias úteis**: critérios de julgamento de **menor preço** ou **maior desconto.**
- **15** — **b) 15 Dias úteis**: nas demais hipóteses.

**PRAZOS**
**NA HIPÓTESE DE SERVIÇOS E OBRAS**

- **10** — **a) 10 Dias úteis**: critérios de julgamento de **menor preço** ou de **maior desconto** para serviços **COMUNS** e de obras e serviços comuns de engenharia**.**
- **25** — **b) 25 Dias úteis**: critérios de julgamento de **menor preço** ou de **maior desconto** para serviços **ESPECIAIS** e de obras e serviços especiais de engenharia.
- **60** — **c) 60 Dias úteis**: regime de execução for de contratação **INTEGRADA**.
- **35** — **d) 35 dias úteis**: regime de execução for de contratação **SEMI-INTEGRADA**, ou nas hipóteses **não abrangidas pelas alíneas a, b e c**.

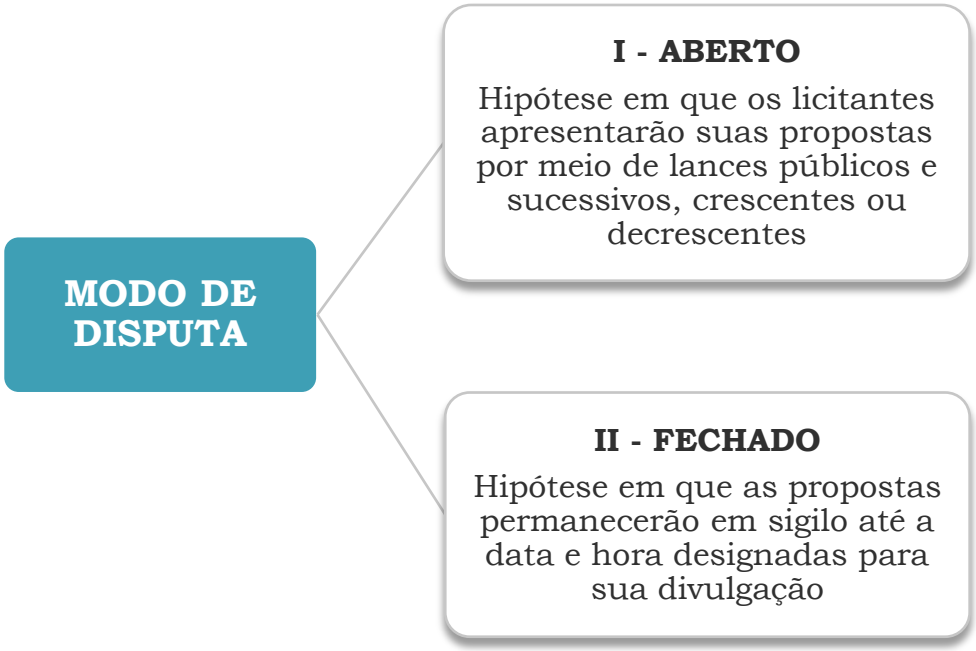



Destaque-se que, nas licitações realizadas pelo Ministério da Saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), mediante decisão fundamentada, os prazos poderão ser reduzidos pela metade.

## 12 - MODOS DE DISPUTA

A nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos consolida a pluralidade de modos de disputa trazida inicialmente pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas e, posteriormente, pelo Decreto nº 10.024/2019, que regulamentou o pregão, na forma eletrônica.

O art. 56 da Lei n. 14.133/2021 estabelece que o modo de disputa poderá ser isolada ou conjuntamente:




No modo de disputa "aberto e fechado", conforme esclarece o Art. 31 do Decreto Federal nº 10.024, os licitantes apresentam lances públicos e sucessivos, com lance final e fechado para um número pré-definido de licitantes com menores preços. *A contrário sensu*, no modo de disputa "fechado e aberto", todos os licitantes apresentam seus preços em propostas fechadas, convocando-se, após, os classificados para realizar uma disputa de lances.

Assevera, entretanto, os § 1º e 2º do art. 56 da Lei nº 14.133/2021 que a utilização do **modo de disputa fechado de maneira isolada (não combinado com o modo aberto) será vedada quando adotados os**

**critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto** e que o **modo de disputa aberto isolado não será permitido quando adotado o critério de julgamento de técnica e preço**.

Organizando, de maneira didática, as possibilidades e vedações instituídas pelo novo diploma, temos:

| Critérios de Julgamento ↓ / Modos de Disputa → | ABERTO | FECHADO | ABERTO + FECHADO | FECHADO + ABERTO |
|---|---|---|---|---|
| MAIOR RETORNO ECONÔMICO | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |
| MENOR PREÇO | ✓ | ✗ | ✓ | ✓ |
| MAIOR DESCONTO | ✓ | ✗ | ✓ | ✓ |
| MAIOR LANCE | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |
| TÉCNICA E PREÇO | ✗ | ✓ | ✓ | ✓ |
| MELHOR TÉCNICA OU CONTEÚDO ARTÍSTICO | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |

Por fim, esclarece-se que a escolha do modo de disputa é ato discricionário da Administração, que, atenta ao interesse público, deverá ponderar, frente às especificidades de cada objeto e mercado, as vantagens e desvantagens de cada opção dada pela Lei.

# 13 - O JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

Após tratar dos critérios de julgamento nos artigos 33 a 39, a Lei nº 14.133/2021 dedica o capítulo V (Do julgamento) às hipóteses de desclassificação e aos critérios de desempate.

## I - DESCLASSIFICAÇÃO

Estabelece o art. 59 que serão desclassificadas as propostas que:

**I** Contiverem vícios insanáveis;

**II** Não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital;

**III** Apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;

**IV** Não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigida pela Administração;

**V** Apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanáveis;

As novidades em relação à legislação anterior se dão nos elementos e critérios de análise de exequibilidade/inexequibilidade das propostas. O § 4º do art. 59 estabelece que: "*no caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores*

*forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração*[53]*."*

Além disso, a nova Lei passa a exigir garantia adicional do licitante quando a sua proposta for inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do estimado para a contratação, em valor equivalente à diferença entre o orçado pela Administração e a proposta formulada.

Alerta-se, entretanto, que o novo diploma positivou entendimento há muito consolidado no Tribunal de Contas da União de que os percentuais acima mencionados implicam presunção apenas relativa de inexequibilidade. Assim, estabelece § 2º do art. 59 um poder/dever da Administração de diligenciar e/ou solicitar à licitante a demonstração de exequibilidade da proposta em desacordo com os valores orçados. O Acórdão TCU nº 1488/2009 – Plenário esclarece as razões da antiga orientação:

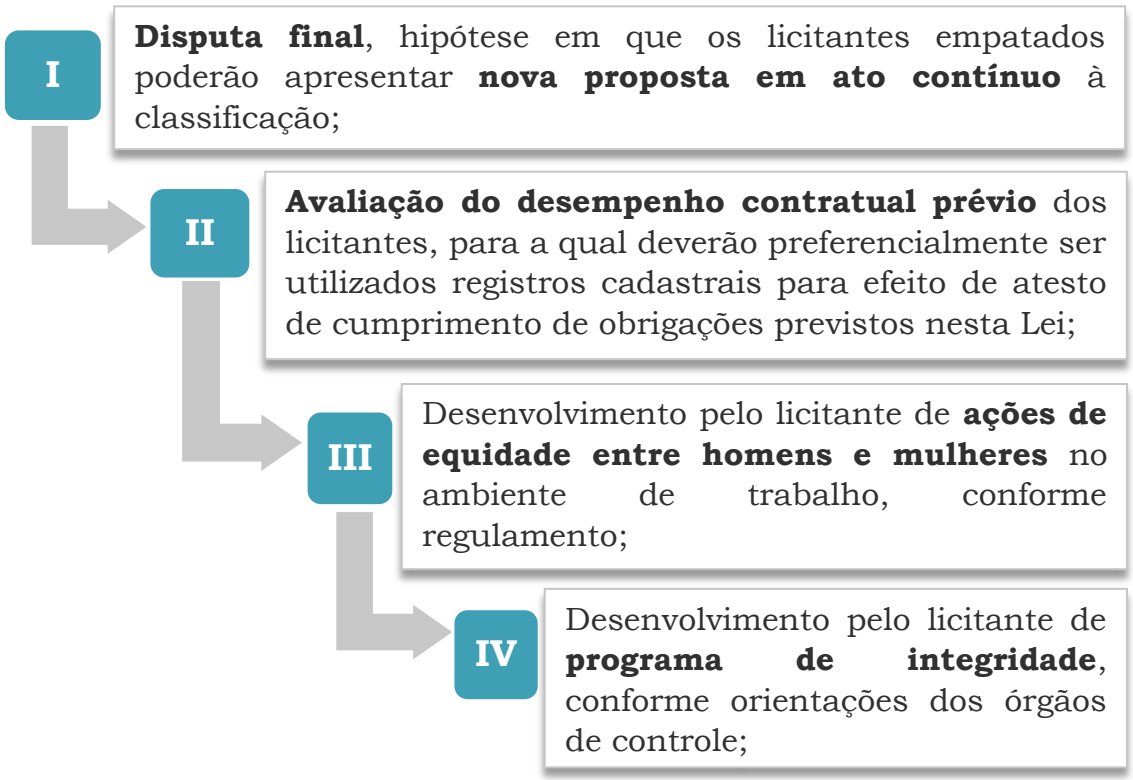
> *Não bastasse essa grave falha, verificou-se que não foi dada ao licitante desclassificado por inexequibilidade a oportunidade de demonstrar a viabilidade de sua oferta. Essa impropriedade também se afigura grave porque, como firmado na doutrina afeta à matéria e na jurisprudência desta Corte (vide relatório supra), o juízo de inexequibilidade de uma proposta não é absoluto, mas admite demonstração em contrário. Isso, porque não se pode descartar a possibilidade de que o licitante seja detentor de uma situação peculiar que lhe permita ofertar preço inferior ao limite de exequibilidade estimado pelo contratante. (...) Também não se pode descartar que, muitas vezes, a estimação da exequibilidade pelo contratante possa apresentar deficiências, visto que sua visão de mercado não tem abrangência e precisão comparáveis às da empresa que atua no ramo.*

[53] A antiga Lei Geral de Licitações estabelecia no § 1º do art. 48 que os preços seriam considerados inexequíveis quando as propostas fossem inferiores a 70% do menor dos seguintes valores: média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela administração, ou o valor orçado pela administração.

## II – DESEMPATE

Em caso de empate entre propostas, a nova Lei continua a assegurar a preferência para as microempresas e empresas de pequeno porte estabelecida pela Lei Complementar nº 123, de 2006. Lembra-se ainda que, pela legislação mencionada, será considerado empate, nesse caso, quando as propostas apresentadas por essas empresas forem iguais ou até 10% (dez por cento)[54] superiores à proposta mais bem classificada[55].

A Lei nº 14.133/2021 inova ao prever, após atendido o disposto no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a seguinte ordem de critérios para o desempate:




[54] Para a modalidade de pregão, o percentual será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

[55] O art. 45 da Lei Complementar nº 123, de 2006, nos incisos I, II e III, orienta o licitante a como proceder após o empate nesses casos.

Não havendo desempate, após exauridos todos os critérios acima, em atenção ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável[56] previsto no art. 5º do novel diploma, cujo fundamento maior está na própria Constituição Federal[57], assegura o art. 60, § 1º da nova Lei de Licitações, a preferência aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

I. **Empresas estabelecidas no território** do órgão ou entidade da Administração Pública estadual licitante ou **no Estado** em que se localiza o órgão ou entidade da Administração Pública municipal licitante;

II. **Empresas brasileiras**;

III. **Empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia** no País;

IV. **Empresas que comprovem a prática de mitigação**, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009;

*A Lei nº 12.187/2009 conceitua no inciso VII do art. 2° a **mitigação** como: "mudanças e substituições tecnológicas que reduzam o uso de recursos e as emissões por unidade de produção, bem como a implementação de medidas que reduzam as emissões de gases de efeito estufa e aumentem os sumidouros."*

Por fim, após definição do resultado do julgamento, inspirado na Lei 10.520/2003, nos princípios e melhores práticas, estabelece para a Administração o novo diploma um poder/dever de negociar condições mais vantajosas com primeiro colocado, em todas as modalidades de licitação.

[56] O princípio também estava expressamente previsto no Art. 3º da Lei n. 8666/1993.

[57] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)
II - garantir o desenvolvimento nacional.

# 14 - AS CONTRATAÇÕES DIRETAS

Lembramos, inicialmente, que a regra para obras, serviços, compras e alienações é a contratação através de licitação pública.

Entretanto, a contratação direta (dispensa e inexigibilidade) encontra respaldo constitucional no capítulo VII, art. 37, inciso XXI da Constituição Federal:

> ***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. [grifo nosso]*

A Lei nº 8.666/1993 prevê, ainda, a seguinte redação, em seu art. 2º:

> *As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, **ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.** [grifo nosso]*

A NLLC dedica capítulo específico (VIII) para as contratações diretas (arts. 72 a 75). O art. 72 explica que a contratação direta é gênero, da qual são espécies: a inexigibilidade e a dispensa de licitação. O mesmo artigo organiza nos seguintes incisos as exigências documentais para instrução de qualquer contratação direta:

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 da escolha do contratado;

VII — Justificativa de preço;

VIII — Autorização da autoridade competente;

O inciso I do art. 72 da NLLC informa a necessidade do documento de formalização de demanda e Estudo Técnico Preliminar, que, conforme já mencionado, é procedimento inicial do planejamento de toda contratação.

A Instrução Normativa nº 05/2017 estabelece, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, em seu art. 21, inciso II, que o Documento de Oficialização de Demanda deve conter:

**a)** A justificativa da necessidade da contratação explicitando a opção pela terceirização dos serviços e considerando o Planejamento Estratégico, se for o caso;

**b)** A quantidade de serviço a ser contratada;

**c)** A previsão de data em que deve ser iniciada a prestação dos serviços; e

**d)** A indicação do servidor ou servidores para compor a equipe que irá elaborar os Estudos Preliminares e o Gerenciamento de Risco e, se necessário, daquele a quem será confiada a fiscalização os serviços, o qual poderá participar de todas as etapas do planejamento da contratação, observado o disposto no § 1º do art. 22.

Com relação ao estudo técnico preliminar, etapa fundamental do planejamento de toda contratação, lembramos, mais uma vez, entendimento pacífico do Tribunal de Contas da União[58]:

> *No âmbito do Tribunal de Contas da União é possível vislumbrar jurisprudência pacífica no sentido da*

[58] Revista do TCU nº 139/2017: **Estudos técnicos preliminares: o calcanhar de Aquiles das aquisições públicas**; e

http://www.tcu.gov.br/arquivosrca/001.003.009.htm#:~:text=A%20elabora%C3%A7%C3%A3o%20dos%20estudos%20t%C3%A9cnicos%20preliminares%20%C3%A9%20obrigat%C3%B3ria%20para%20toda,de%20pre%C3%A7os(4)%20e%20a

*obrigatoriedade dos estudos técnicos preliminares, seja para contratação de obras, serviços ou compras (Acórdão 3.215/2016 – Plenário; Acórdão 212/2017 – Plenário; Acórdão 681/2017 – Primeira Câmara; Acórdão 1.134/2017 – Segunda Câmara.*

*A elaboração dos estudos técnicos preliminares é obrigatória para toda contratação, pois a elaboração do termo de referência (TR) ou projeto básico (PB) é obrigatória independentemente da forma de seleção do fornecedor se dar por licitação, por contratação direta ou por adesão à ata de registro de preços (4) e a elaboração do TR ou PB ocorre a partir dos estudos técnicos preliminares (5).*

O inciso II traz a necessidade de estimativa de despesa, conforme o art. 23 da nova lei, que estabelece os parâmetros para definição do valor estimado em qualquer contratação.

O inciso III impõe a necessidade de parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos. Com relação aos pareceres jurídicos lembramos da Orientação Normativa nº 46/2014 da Advocacia-Geral da União, ainda no escopo da Lei nº 8.666/1993:

*SOMENTE É OBRIGATÓRIA A MANIFESTAÇÃO JURÍDICA NAS CONTRATAÇÕES DE PEQUENO VALOR COM FUNDAMENTO NO ART. 24, I OU II, DA LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, QUANDO HOUVER MINUTA DE CONTRATO NÃO PADRONIZADA OU HAJA, O ADMINISTRADOR, SUSCITADO DÚVIDA JURÍDICA SOBRE TAL CONTRATAÇÃO. APLICA-SE O MESMO ENTENDIMENTO ÀS CONTRATAÇÕES FUNDADAS NO ART. 25 DA LEI Nº 8.666, DE 1993, DESDE QUE SEUS VALORES SUBSUMAM-SE AOS LIMITES PREVISTOS NOS INCISOS I E II DO ART. 24 DA LEI Nº 8.666, DE 1993.*

O parágrafo único do art. 72 determina, em respeito ao princípio da publicidade, que: *"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."*

O art. 73 traz a reponsabilidade solidária do agente público e do contratado por danos causados ao erário, desde que, na contratação direta, tenha havido **dolo, fraude ou erro grosseiro**, sem prejuízo de outras sanções legais.

## I - DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A seção II do Capítulo VIII traz informações quanto à inexigibilidade de licitação. O *caput* do art. 74, nos mesmos termos da Lei nº 8.666/1993, estabelece que **é inexigível a licitação quando inviável a competição**.

Diferentemente da dispensa, que é uma discricionariedade administrativa, na inexigibilidade, a licitação é uma impossibilidade fática.

O art. 74 da nova Lei estabelece um rol exemplificativo de cinco incisos:

**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**;

**II** Contratação de **PROFISSIONAL DO SETOR ARTÍSTICO**, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

**III** Contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com **PROFISSIONAIS OU EMPRESAS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO**, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

**IV** Objetos que devam ou possam ser contratados por meio de **CREDENCIAMENTO**; e

**V** **AQUISIÇÃO OU LOCAÇÃO DE IMÓVEL** cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

Com uma redação mais adequada, o inciso I acresceu a hipótese de contratação de **serviços** que só possam ser prestados por empresa ou representante comercial exclusivos. Embora não constasse do inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, considerando, como dito, que são hipóteses apenas exemplificativas, não se trata de uma nova permissão.

A fundamentação do inciso I deveria ser utilizada, entretanto, exclusivamente para aquisições, e não para contratação de serviços, conforme orientação da Corte Federal de Contas:

> *Abstenha-se de realizar a contratação de serviços com fundamento no inciso I do art. 25 da Lei no 8.666/1993, já que este dispositivo e específico para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. Contrate serviços diretamente, por inexigibilidade de licitação, somente quando restar comprovada a inviabilidade de competição, em consonância com o disposto nos arts. 25 e 26 da Lei no 8.666/1993". (Ac. 1096/2007 Plenário).*

Dessa forma, valendo-se da Lei nº 8.666/1993, caso necessária a contratação de serviço com empresa exclusiva, orientava-se a utilização do *caput* do art. 25 como fundamento.

Em relação ao inciso III, quanto às características do serviço técnico especializado, a natureza singular do serviço deu espaço à natureza predominantemente intelectual, conforme comparação do art. 25, I, da Lei nº 8.666/93 com o art. 74, III, da NLLC, respectivamente:

> *Para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, **de natureza singular**, com profissionais ou empresas de **notória especialização**, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; [grifo nosso]*
> *Contratação dos seguintes serviços técnicos especializados **de natureza predominantemente intelectua**l com profissionais ou empresas de **notória especialização**, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação: [grifo nosso]*

Ademais, a NLLC trouxe para o bojo do art. 74, inciso III, a discriminação dos serviços técnicos especializados, que na Lei anterior era remetida a artigo distinto, conforme se observa abaixo:

> *Para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.*

Ao rol de serviços técnicos especializados previstos na Lei nº 8666/1993, acrescentou-se alínea quanto a controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia:

> *a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;*
> *b) pareceres, perícias e avaliações em geral;*
> *c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;*
> *d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;*
> *e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;*
> *f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;*
> *g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;*
> ***h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros***

> ***específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso.*** *[grifo nosso]*

Acrescentou-se, também — em comparação à Lei nº 8.666/1993 — ao rol de inexigibilidade previstas no art. 74, o credenciamento e a aquisição ou locação de imóvel, conforme se segue:

> *IV - Objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;*
> *V - Aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.*

Registra-se que, novamente, não se trata de uma nova hipótese. O credenciamento embora não estivesse expressamente na Lei nº 8.666/1993, enquadrava-se na hipótese residual do *caput*. Em verdade, a legislação anterior não dedicou qualquer artigo ao tema, sendo todo o instituto desenvolvido pela doutrina e Tribunais de Contas.

Em tempo, a NLLC dedica o artigo 79 ao credenciamento[59] e o art.6º, inciso XLIII assim o define:

> *Processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados.*

## II - DA DISPENSA DE LICITAÇÃO

O art. 75 traz as hipóteses de dispensa de licitação nos incisos I a XVI. Alerta-se que o rol aqui é taxativo. Entre as alterações mais significativas, destaca-se o aumento dos limites previstos para a dispensa de licitação.

[59] Remetemos o leitor interessado ao capítulo 15, que trata dos procedimentos auxiliares, onde discorremos mais sobre o credenciamento.

Preliminarmente, cumpre observar que os limites previstos para dispensa não se vinculam mais aos valores previstos para a modalidade convite, extinta pela nova legislação.

Lei 8.666/1993
R$ 33.000,00 ➡ **Lei 14.133/2021**
**R$ 100.000,00**

Para **OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA**, o limite passa de R$ 33.000,00 (trinte e três mil reais) para R$ 100.000,00 (cem mil reais). Incluiu-se, ao inciso I do art. 75, os serviços de **MANUTENÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES** no mesmo limite financeiro previsto para obras e serviços de engenharia.

Lei 8.666/1993
R$ 17.600,00 ➡ **Lei 14.133/2021**
**R$ 50.000,00**

No que tange aos **OUTROS SERVIÇOS E COMPRAS**, o limite passa R$ 17.600,00 (dezessete mil e seiscentos reais) para a R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

De acordo com o parágrafo primeiro, para aferição dos valores que atendam aos limites das dispensas em razão dos valores presentes nos incisos I e II, deve-se observar:

> *I - O somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora;*
>
> *II - O somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.*

A Lei positiva pacífico entendimento do TCU a respeito do fracionamento de despesas para a não realização de licitação. A inclusão dos parâmetros na própria LLC para identificação de objetos de mesma

natureza é bem-vinda porquanto traz maior segurança jurídica para o gestor público.

A exceção ao disposto acima encontra-se, prevista, no § 7º, nos casos de contratações de até R$ 8.000,00 (oito mil reais) de serviços de manutenção de veículos automotores de propriedade do órgão ou entidade contratante, incluindo o fornecimento de peças.

O parágrafo segundo do art. 75 traz a possibilidade de duplicação dos limites previstos nos incisos I e II para compras, obras e serviços contratados por **consórcio público** ou por **autarquia ou fundação qualificadas como agências executivas**, na forma da lei.

Ou seja, para essas hipóteses, será possível utilizar a dispensa de licitação para obras e serviços de engenharia ou serviços de manutenção de veículos automotores em contratações de até R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), e para outros serviços ou compras, em contratações de até R$ 100.000,00 (cem mil reais).

A NLLC dá um novo arranjo às hipóteses de contratação direta em virtude de licitação deserta e fracassada (em virtude do valor e de propostas inválidas), estabelecendo, inclusive, que a licitação deve ter sido realizada há menos de 1 (um) ano e desde que ocorra a manutenção de todas as condições definidas em edital:

> *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.*

Em busca da proposta mais vantajosa à Administração e, valendo-se dos princípios da publicidade e transparência, o § 3º prevê, para as dispensas em razão do valor previstas no inciso I e II, que essas contratações diretas sejam, **preferencialmente,** precedidas de

divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial**, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis.** Há, também preferencialmente, o pagamento por meio de cartão, com extrato divulgado e mantido à disposição do público no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), conforme § 4º.

Outra alteração que merece destaque é o aumento do prazo máximo de duração das contratações emergenciais ou de calamidade pública, que passa a ser de 1 (um) ano, ante a previsão de 180 (cento e oitenta) dias da Lei nº 8.666/1993:

> *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. [grifo nosso]*

O § 6º conceitua a contratação emergencial, traz as observâncias necessárias à sua aplicação e a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos, conforme se segue:

> *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. [grifo nosso]*

Por fim, registra-se que a contratação do licitante remanescente, hipótese que antes estava prevista expressamente no rol de dispensas da Lei n° 8.666/1993 tem seu regramento na NLLC em outro título, no art. 90, que trata especificamente da formalização de acordos. Parte da

doutrina defendia que, a rigor, não se tratava de fato de uma hipótese de dispensa, uma vez que o contratado para executar o objeto remanescente fora escolhido em um processo licitatório.

Estabelece o § 7º do art. 90 que 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.

Conforme também explicamos no Capítulo 16 da presente obra, importante alteração foi feita na temática pelo §4º. Caso nenhum dos remanescentes aceite a contratação nas condições do vencedor, a Administração poderá, observado o valor estimado e sua eventual atualização nos termos do edital, convocar os licitantes remanescentes para negociação, na ordem de classificação, com vistas à obtenção do preço melhor, **mesmo que acima do preço do adjudicatário** (art. 90, §4°, I).

# 15 - OS PROCEDIMENTOS AUXILIARES DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES

As licitações e contratações regidas pela NLLC terão os seguintes procedimentos auxiliares, nos termos do art. 78:

Importante salientar que esses procedimentos não podem ser confundidos com modalidades de licitação, uma vez que apenas são sistemáticas que visam auxiliar e racionalizar o procedimento de contratação, cada qual com sua especificidade.

Esses procedimentos, que terão critérios e objetivos definidos em regulamento, serão abordados individualmente a seguir.

## I – CREDENCIAMENTO

O credenciamento é um procedimento auxiliar de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar

serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados (art. 6°, XLIII).

Em outras palavras, a partir de condições previamente estipuladas pela Administração, todos os interessados que preencherem os requisitos mínimos serão credenciados e poderão prestar os serviços ou fornecer os bens. Não há que se falar, portanto, em competição entre os interessados, mas, sim, em disponibilização universal a todos que preencherem as exigências do órgão ou entidade[60].

Antes da NLLC, o credenciamento não estava disciplinado em lei. A doutrina especializada e o próprio TCU[61] o enquadravam como uma espécie de inexigibilidade, conforme ensinamento de Joel de Menezes Niebuhr[62] a seguir:

> *"Outra hipótese de inexigibilidade de licitação pública, que é cada vez mais frequente, relaciona-se ao denominado credenciamento, porquanto todos os Interessados em contratar com a Administração Pública são efetivamente contratados, sem que haja relação de exclusão. Como todos os interessados são contratados, não há que se competir por nada, forçando-se reconhecer, por dedução, a inviabilidade de competição e a inexigibilidade de licitação pública.*
> *(...)*
> *Seguindo essa linha de raciocínio, nas hipóteses em que o interesse público demanda contratar todos os possíveis interessados, todos em igualdade de condições, não há que*

[60] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos** - Teoria e Prática. Grupo GEN, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991333/. Acesso em: 25 Mar 2021.

[61] "O credenciamento é hipótese de inviabilidade de competição não expressamente mencionada no art. 25 da Lei 8.666/1993 (cujos incisos são meramente exemplificativos). Adota-se o credenciamento quando a Administração tem por objetivo dispor da maior rede possível de prestadores de serviços. Nessa situação, a inviabilidade de competição não decorre da ausência de possibilidade de competição, mas sim da ausência de interesse da Administração em restringir o número de contratados". Acórdão 3.567/14, Plenário, Rev. Min. Benjamin Zymler, 09.12.2014, Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n. 227.

[62] NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 119.

*se cogitar de licitação pública, porque não há competição, não há disputa.*
*Em apertadíssima síntese: a licitação pública serve para regrar a disputa de um contrato; se todos são contratados, não há o que se disputar, inviável é a competição e, por corolário, está-se diante de mais um caso de inexigibilidade, quer queira ou não queira o legislador."*

Em importante e recente julgado, o STJ reforçou que o credenciamento é hipótese de inexigibilidade, razão pela qual considera ilegal a fixação de critérios de pontuação no edital para desclassificar a contratação de credenciado já habilitado[63].

Em outras palavras, a previsão de critério de pontuação entre interessados contraria a natureza do processo de credenciamento. Se o interessado preencher os requisitos mínimos, poderá ser credenciado; se não atender, deve ser eliminado. Desta feita, tem-se que os critérios são apenas eliminatórios e não classificatórios.

Feito o cadastro dos interessados que cumpriram os requisitos, a escolha daquele que irá prestar serviço ou fornecer o bem deve estar conforme critério objetivo previsto em Edital de Credenciamento. Esse critério pode se dar pela escolha do terceiro interessado (usuário do serviço), por rodízio ou até mesmo por sorteio.

Uma forma muito usual e chancelada pelo TCU[64] de utilização de credenciamento é a seleção de médicos, clínicas e hospitais para prestação de serviços de saúde aos servidores públicos de órgãos e entidades. Nesse modelo, a Administração busca propiciar uma ampla rede credenciada para que os servidores contactem os profissionais e instituições de sua preferência.

[63] STJ, REsp 1.747.636/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 09.12.2019, Informativo de Jurisprudência do STJ n. 662.

[64] TCU, Plenário, Decisão 656/95, Rel. Min. Homero Santos, DOU 28.12.1995; e Acórdão 784/2018 Plenário, Representação, Rel. Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, 11.04.2018, Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n. 343.

Nos termos do art. 79 da NLLC, o credenciamento poderá ser utilizado nas seguintes hipóteses de contratação:

**I - PARALELA E NÃO EXCLUDENTE**

Caso em que é viável e vantajosa para a Administração e realização de contratações simultâneas em condições padronizadas.

**II - COM SELEÇÃO A CRITÉRIO DE TERCEIROS**

Caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação.

**III - EM MERCADOS FLUIDOS**

Caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo licitatório.

Cumpre ressaltar que o edital de chamamento de interessados deve ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial, a fim de permitir um cadastramento permanente de novos interessados (art. 79, parágrafo único, I).

Por fim, a Lei dispõe que não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração (art. 79, parágrafo único, V).

## II – PRÉ-QUALIFICAÇÃO

A pré-qualificação é um procedimento auxiliar e seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, que se destina à análise das condições de habilitação, total ou parcial, dos interessados ou do objeto, nos termos do art. 6°, XLIV da Lei 14.133/2021.

Trata-se de um procedimento técnico-administrativo para selecionar previamente tanto licitantes quanto bens desejados pela Administração. Nos termos do art. 80 da NLLC, somente poderão ser selecionados:

**I** Os **LICITANTES** que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos;

**II** Os **BENS** que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração.

A nova Lei dispõe que o procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição dos interessados (art. 80 § 2°).

Além disso, a pré-qualificação terá validade de até 1 (um) ano e poderá ser atualizada a qualquer tempo. Ademais, o prazo de validade da pré-qualificação não poderá ser superior ao prazo validade dos documentos apresentados pelos interessados (art. 80, §8°).

Em homenagem ao princípio da publicidade, os licitantes e os bens pré-qualificados serão obrigatoriamente divulgados e mantidos à disposição do público (art. 80, §9°).

Por fim, cumpre ressaltar que a licitação que se seguir ao procedimento da pré-qualificação poderá ser restrita a licitantes ou bens pré-qualificados, consoante dispõe §10° do art. 80 da NLLC.

## III – PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PMI)

Trata-se de outra novidade da Lei de Licitações em tela.

Há normas que, expressamente, ainda que de forma muito tímida, preveem dispositivos relacionados ao Procedimento de Manifestação de Interesse da NLLC, como se verifica, por exemplo, no art. 21 da Lei nº 8.987/1995[65], que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos; no art. 31 da Lei nº 9.074/1995[66], que estabelece normas para outorga e prorrogações das referidas concessões e permissões de serviços públicos; e no art. 31, § 4º da Lei nº 13.303/2016, Lei das Estatais[67].

A Lei nº 8.666/1993 não contemplava o PMI. Ao contrário, o seu art. 9º vedava a participação direta ou indireta na licitação ou execução da obra ou serviço por aquele que tivesse sido autor do projeto básico ou executivo. A nova Lei não traz essa vedação. Desse modo, temos que ao menos essa restrição ao diálogo entre poder público e empresa interessada foi suprimida com a Lei nº 14.133/2021.

O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) se dá, em apertada síntese, mediante a publicação de edital de chamamento para a propositura e realização de estudos, investigações, levantamento de

[65] - Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

[66] - Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.

[67] - Art. 31. (...) § 4º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas, cabendo a regulamento a definição de suas regras específicas.

soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública[68].

Nessa sistemática, não será conferida ao participante do PMI qualquer preferência no processo licitatório. Além disso, ficará consignado no instrumento convocatório que somente o vencedor da futura licitação poderá ser ressarcido dos dispêndios correspondentes. Como visto, o PMI também difere do diálogo competitivo pelo fato de ocorrer antes da licitação.

Na visão de Maís Moreno[69], o fato de uma empresa ter participado de etapa preliminar, tal como o procedimento de manifestação de interesse, não importa em favorecimento posterior no processo licitatório. Ela refuta as críticas de parte da doutrina nesse sentido aduzindo que a publicação do edital de chamamento público faculta a participação de todos os interessados.

Além disso, pontua que, ainda que a licitante já tenha conhecimento acerca de um projeto, isso não quer dizer que seja algo indevido ou mesmo definidor de eventual vitória no certame. Inclusive, nos demais subsistemas que já lidam com o Procedimento de Manifestação de Interesse, é comum que uma empresa apresente seus estudos em etapa preliminar, participe da licitação, mas acabe não sendo a adjudicatária.

A fim de evitar que o desvirtuamento dessa proximidade da Administração Pública com as empresas interessadas possa implicar conflito de interesses ou fraudes, a NLLC incluiu um dispositivo no Código Penal Brasileiro que tipifica como crime em licitações e contratos

[68] - FREITAS, Alexandre Mattos de. Ampliação da concepção democrática nos processos administrativos de licitação: a modalidade diálogo competitivo e a sistematização do procedimento de manifestação de interesse. In DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; e GUEDES, Jefferson Carlos Carús (Org.). **Hermenêutica do Direito e Processo Administrativo**: Fundamentos do Processo Administrativo Contemporâneo. Curitiba: CRV, 2021, p. 295-319.

[69] - MORENO, Maís. **O novo PMI, Procedimento de Manifestação de Interesse**. Consultor Jurídico, Dez 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-dez-09/pmi-procedimento-manifestacao-interesse#author.

administrativos o que chamou de "Omissão grave de dado ou de informação por projetista". Verifica-se, portanto, especial relevo para descumprimentos relacionados ao diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse[70].

O procedimento de manifestação de interesse, assim como a nova modalidade diálogo competitivo, será importante passo no incremento da concepção democrática, o que contribuirá para o aumento de espaços de diálogo, reduzindo sensivelmente o déficit democrático nas contratações públicas. Ademais propiciará que a Administração se aproxime de projetos, inovações e tecnologias da iniciativa privada, reduzindo o problema da assimetria de informações.

## IV – SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

O sistema de registro de preços (SRP) corresponde ao conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos à prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras (art. 6, XLV).

O SRP visa, portanto, que os itens registrados possam ser contratados pela Administração à medida que se fizerem necessários. Por essa razão, não há necessidade de reserva orçamentária no momento da efetivação do SRP. Somente será necessária a reserva orçamentária quando do acionamento desse SRP, que pode se dar por meio de nota de empenho ou de assinatura de termo de contrato.

[70] - Art. 178 (...) CAPÍTULO II-B - DOS CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Omissão grave de dado ou de informação por projetista

Art. 337-O. Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse. Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Como consequência de um processo de Sistema de Registro de Preços teremos a assinatura de uma Ata de Registro de Preços, que a NLLC conceituou como sendo um documento vinculativo e obrigacional, com características de compromisso para futura contratação, no qual são registrados o objeto, os preços, os fornecedores, os órgãos participantes e as condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no edital de licitação, no avisou ou instrumento de contratada direta e nas propostas apresentadas (art. 6° XLVI).

Consoante o ensinamento de Rafael Carvalho Rezende Oliveira[71], o SRP tem os seguintes objetivos e vantagens, *in verbis*:

> *O **objetivo do registro de preços** é racionalizar as contratações e efetivar o princípio da economicidade. Em vez de promover nova licitação a cada aquisição de produtos e serviços, necessários para o dia a dia da máquina administrativa, a Administração realiza uma única licitação para registrar os preços e realizar, futura e discricionariamente, as contratações.*
>
> *As principais **vantagens do registro de preços** são:*
> *a) redução do número de licitações, pois o procedimento evita a necessidade de realização de licitações sucessivas para contratação dos mesmos bens e serviços;*
> *b) economia de escala, uma vez que vários órgãos e entidades podem participar da formatação da ata de registro de preços;*
> *c) solução para necessidades variáveis;*
> *d) contratação somente no surgimento da necessidade, sem a obrigatoriedade de contratação do montante registrado;*
> *e) redução do volume de estoque, o que diminui os custos de armazenamento dos bens e os riscos de perecimento;*
> *f) eliminação ou diminuição do fracionamento de despesas;*
> *g) necessidade de disponibilidade orçamentária apenas no momento da contratação etc. [grifo nosso]*

[71] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos** - Teoria e Prática. Grupo GEN, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991333/. Acesso em: 25 Mar 2021.

A Lei em tela preceitua que o edital de licitação deve dispor sobre regras a serem cumpridas pelos participantes do certame, dentre as quais se destacam:

**a)** As **ESPECIFICIDADES** da licitação e de seu objeto, inclusive a **QUANTIDADE** mínima e máxima de cada item que poderá ser contratada (art. 82, I e II);

**b)** A possibilidade de **PREVER PREÇOS DIFERENTES** (art. 82, III);

- Quando o objeto for realizado ou entregue em **LOCAIS DIFERENTES**;
- Em razão da forma e do local de **ACONDICIONAMENTO**;
- Em razão do **TAMANHO DO LOTE**; ou
- Por outros motivos justificados.

**c)** A possibilidade de o licitante oferecer ou não proposta em **QUANTITATIVO INFERIOR AO MÁXIMO** previsto no edital, obrigando-se nos limites dela (art. 82, IV);

**d)** O **CRITÉRIO DE JULGAMENTO** da licitação, que será o de **MENOR PREÇO** ou o de **MAIOR DESCONTO** sobre a tabela praticada no mercado (art. 82, V);

**e)** As condições para **ALTERAÇÃO DE PREÇOS REGISTRADOS** (art. 82, VI);

**f)** O registro de **MAIS DE UM FORNECEDOR OU PRESTADOR DE SERVIÇO**, desde que aceitem cotar o objeto em preço igual ao do **licitante vencedor**, assegurada a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação (art. 82, VII);

**g)** A **VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DO ÓRGÃO OU ENTIDADE EM MAIS DE UMA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS** com o mesmo objeto no prazo de validade daquela de que já tiver participado, salvo na ocorrência de ata que tenha registrado quantitativo inferior ao máximo previsto no edital (art. 82, VIII);

**h)** As **HIPÓTESES DE CANCELAMENTO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS** e suas consequências (art. 82, IX);

A NLLC dispõe ainda que a regra será a adjudicação da licitação por item. Isso porque só será admitido a adjudicação por grupo de itens quando for demonstrada a inviabilidade de se promover a adjudicação por item e for evidenciada a vantagem técnica e econômica da adjudicação por grupo. Além disso, o critério de aceitabilidade de preços unitários máximos deverá vir expresso no edital (art. 82, §1°). Ressalte-se que a excepcionalidade da adjudicação por grupo de itens já era um entendimento consolidado do TCU[72].

Além disso, a novel legislação autorizou a utilização do SRP, na forma do regulamento a ser editado, nas hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação, para aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade (art. 82, §6°).

[72] - TCU, Acórdão 757/15, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, 08.04.2015, Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n. 237.

A Lei dispõe ainda que a existência de preços registrados implicará compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas, mas não obrigará a Administração a contratar. Desse modo, desde que devidamente motivado, pode o órgão ou entidade realizar licitação específica para a aquisição pretendida (art. 83).

O prazo de vigência da Ata de Registro de Preços será de 1 (um) ano e poderá ser prorrogado, por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso. Cumpre ressaltar que o contrato assinado em decorrência de Ata de Registro de Preços terá sua vigência autônoma. Ou seja, o contrato terá vigência de acordo com as disposições contidas em cláusula própria. (art. 84)

A nova Lei permitiu também que se utilize o SRP para contratação de obras e serviços de engenharia, desde que haja projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional; e desde que haja necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado (art. 85).

## V – REGISTRO CADASTRAL

Os órgãos e entidades da Administração Pública deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNPC), para efeito de cadastro unificado de licitantes, consoante será disposto em regulamento próprio (art. 87).

Esse sistema de registro cadastral unificado será público; amplamente divulgado; e permanentemente aberto aos interessados. Ademais, será obrigatória a realização de chamamento público pela internet, no mínimo anualmente, para atualização dos registros existentes e para ingresso de novos interessados (§1°, art. 87).

A nova Lei facultou à Administração a realização de licitação restrita a fornecedores cadastrados, desde que atendidos os critérios, condições, os limites estabelecidos em regulamento, além da já mencionada ampla publicidade dos procedimentos para o cadastramento (§3°, art. 87).

A qualquer tempo o interessado poderá requerer sua inscrição ou atualização no cadastro, mediante o fornecimento dos elementos necessários para habilitação (art. 88). O inscrito receberá um certificado, o qual será renovável sempre que atualizar o registro (§2°, art. 88).

Impende mencionar que a atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas será avaliada pelo contratante, que emitirá documento comprobatório da avaliação realizada, com menção ao seu desempenho na execução contratual, baseado em indicadores objetivamente definidos e aferidos, e a eventuais penalidades aplicadas, o que constará do registro cadastral em que a inscrição for realizada (§3°, art. 88).

Trata-se, inegavelmente, de medida que, após implantada, auxiliará na eficiência e transparência das contratações públicas, uma vez que possibilitará a adoção de medidas de incentivo aos licitantes que possuírem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral.

# 16 - A FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A nova Lei de Licitações não trouxe o conceito de contrato administrativo, como havia feito a Lei 8.666/1993 em parágrafo único do art. 2°:

> *Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.*

Para Rafael Carvalho Rezende Oliveira contratos administrativos são "ajustes celebrados entre a Administração Pública e o particular, regidos predominantemente pelo direito público, para execução de atividades de interesse público."[73]

De acordo com Victor Aguiar Jardim de Amorim[74], os contratos administrativos possuem cláusulas exorbitantes, inerentes ao regime jurídico-administrativo, que conferem prerrogativas à Administração e a coloca, por vezes, em situação de superioridade em relação ao particular contratado.

Dentre as cláusulas exorbitantes do contrato administrativo, prevista no art. 104 da nova lei, destacam-se as prerrogativas de:

**a)** **MODIFICAÇÃO UNILATERAL** do contrato;

[73] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos** - Teoria e Prática. Grupo GEN, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991333/. Acesso em: 25 Mar 2021.

[74] AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos**: teoria e jurisprudência. 3. ed. – Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020.

b) **EXTINÇÃO UNILATERAL** do contrato;

c) **FISCALIZAÇÃO** da execução da avença;

d) **APLICAÇÃO DE SANÇÕES** de advertência, multa, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade, em caso de inexecução parcial ou total do ajuste; e

e) **OCUPAÇÃO PROVISÓRIA DE BENS** móveis e imóveis e **UTILIZAÇÃO DE PESSOAL E SERVIÇOS**, nos casos expressos na lei.

Cumpre ressaltar, todavia, que as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. Ademais, essas cláusulas econômico-financeiras deverão passar por instrução de revisão para que se mantenha o devido equilíbrio contratual (art. 104, §§ 1° e 2°).

Os contratos administrativos serão regulados por preceitos de direito públicos, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (art. 89).

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, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas na nova Lei (art. 90).

O referido prazo de convocação poderá ser prorrogado 1 (uma) vez, por igual período, mediante solicitação da parte durante o seu transcurso, devidamente justificada, e desde que o motivo apresentado seja aceito pela Administração (art. 90, §1°).

Por outro lado, os licitantes ficam liberados dos compromissos assumidos se não convocados para a contratação no prazo de validade da proposta (art. 90, §3°).

Fica facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato no prazo, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições propostas pelo vencedor (art. 90, §2°).

Caso nenhum dos remanescentes aceite a contratação nas condições do vencedor, a Administração poderá, observado o valor estimado e sua eventual atualização nos termos do edital, convocar os licitantes remanescentes para negociação, na ordem de classificação, com vistas à obtenção do preço melhor, mesmo que acima do preço do adjudicatário (art. 90, §4°, I). Poderá ainda adjudicar e celebrar o contrato nas condições ofertadas pelos licitantes remanescentes, atendida a ordem classificatória, quando frustrada a negociação de melhor condição (art. 90, §4°, II).

Temos que isso é uma novidade de relevo. Isso porque, por vezes, o primeiro colocado não assinava ou não executava o contrato justamente pelo fato de os preços estarem próximos da inexequibilidade. Exigir que os remanescentes cumpram o preço do primeiro colocado sem qualquer alternativa representa, em certos casos, insistir no problema.

Importante salientar que a recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato ou em aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo estabelecido pela Administração caracterizará o descumprimento total da obrigação assumida e o sujeitará às penalidades legalmente estabelecidas e à imediata perda da garantia de proposta em favor do órgão ou entidade licitante (art. 90, §5°). Por óbvio, esse dispositivo não se aplica aos licitantes remanescentes que não queiram assumir a contratação.

Em homenagem ao princípio da publicidade, os contratos administrativos e seus aditamentos serão divulgados e mantidos à disposição do público em sítio eletrônico oficial, somente sendo admitida a manutenção em sigilo de contratos e aditivos quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos da legislação que regula o acesso à informação. (art. 91, §1°).

Ademais, a nova Lei admite a forma eletrônica na celebração de contratos e de termos aditivos, o que certamente se traduz em maior celeridade e economicidade para Administração (art. 91, §3°).

Importante salientar que a Administração fica obrigada a juntar ao processo, antes da formalização do contrato ou da prorrogação de prazo de vigência, a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista da contratada, além das certidões negativas junto ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), consoante dispõe o art. 91, §4° da nova lei.

O art. 92 dispõe que são necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

**I** O objeto e seus elementos característicos;

**II** A vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta;

**III** A legislação aplicável à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos;

**IV** O regime de execução ou a forma de fornecimento;

**V** O preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

**VI** Os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento;

**VII** Os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, quando for o caso;

**VIII** O crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

**IX** A matriz de risco, quando for o caso;

**X** O prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;

**XI** O prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;

**XII** As garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;

**XIII** O prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos, estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;

**XIV** Os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo;

**XV** As condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

**XVI** A obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;

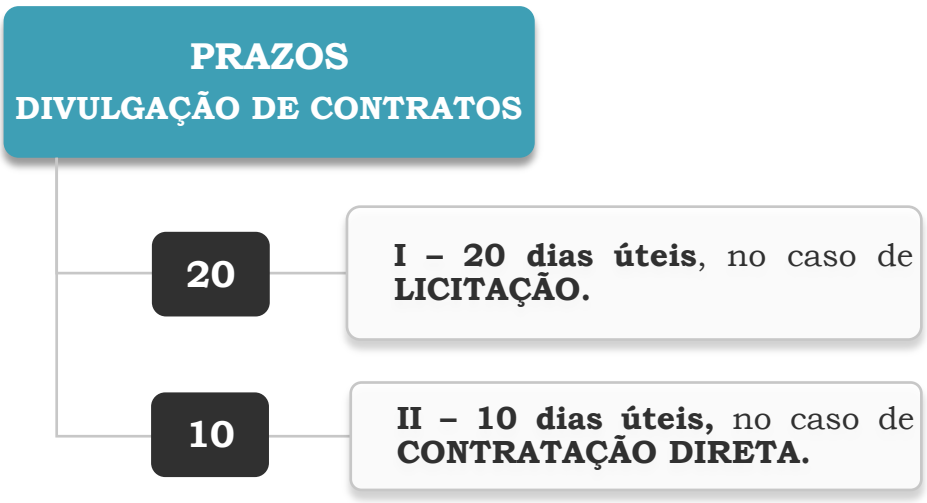
**XVII** A obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;

**XVIII** O modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento;

**XIX** Os casos de extinção;

A nova Lei reforça que, independentemente do prazo de duração, o contrato deverá conter cláusula que estabeleça o índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado, e poderá ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos (art. 92, §3°).

Ressalta-se que a divulgação dos contratos e seus aditamentos no Portal Nacional de Contratações Públicas é condição indispensável para que tenham eficácia (art. 94). Essa divulgação no Portal deve ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura:




Cabe esclarecer que os contratos celebrados em caso de urgência terão eficácia a partir de sua assinatura e deverão ser publicados nos prazos previstos acima, sob pena de nulidade (art. 94, §1°).

A nova Lei estipula como regra a obrigatoriedade de formalização de instrumento de contrato. Entretanto, esse poderá ser substituído por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho, autorização de compra ou ordem de execução de serviço, nos seguintes casos (art. 95):

Por fim, cumpre ressaltar que é nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do art. 95, § 2°.

# 17 - GARANTIA E POSSIBILIDADE DE ALOCAÇÃO DE RISCOS

## I – DA GARANTIA CONTRATUAL

A garantia contratual tem por finalidade proteger a Administração Pública de prejuízos advindos da relação com o contratado, mitigando esses prejuízos parcial ou totalmente.

Na visão de Diógenes Gasparini[75], a garantia é:

> *Toda reserva de bem ou de responsabilidade pessoal com vistas a assegurar a execução do contrato e, conforme o caso, utilizável pelo Poder Público contratante para ressarcir-se de prejuízos causados pelo contratado ou pagar-se de multa que lhe fora aplicada e não satisfeita.*

Dessa forma, existindo alguma forma de inexecução, por exemplo, pode a Administração Pública executar a garantia, a fim de ser compensada pelo dano.

A garantia é uma faculdade do contratante, dentro de seu poder discricionário, em avaliação de conveniência e oportunidade, valendo-se de seu gerenciamento de riscos. Entretanto, essa garantia não é ilimitada, deve obedecer a balizas previstas na Lei de Contratações.

Destarte, a Lei n° 8.666/1993 fixa que a Administração Pública pode, em regra, exigir garantias que não excedam a 5% do valor do contrato. A exceção recai sobre obras, serviços e fornecimento de grande vulto, envolvendo complexidade técnica e riscos financeiros

[75] - GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 711.

consideráveis. Para esses casos, o limite é de até 10% do valor contratual[76].

Já a nova Lei trouxe novidades à temática e prevê a garantia contratual nos termos dos arts. 96 a 102. Da mesma forma que no estatuto anterior, a garantia contratual é uma faculdade para Administração, que poderá ser exigida, mediante previsão no edital, nas contratações de obras, serviços e fornecimentos.

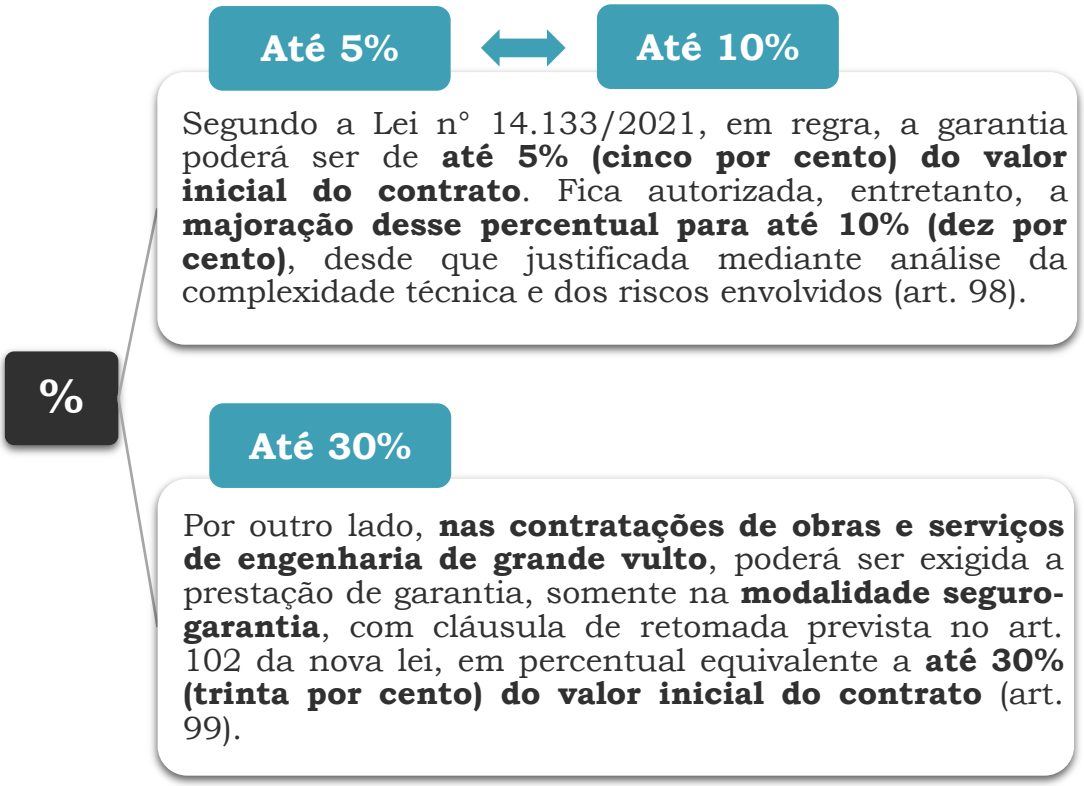
A escolha da modalidade pelo contratado, por sua vez, continua, no novo diploma, adstrita a três opções, nos termos do §1° do art. 96:

**MODALIDADE DE GARANTIAS CONTRATUAIS**

- **I** — **Caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública** emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia;
- **II** — **Seguro-garantia;** e
- **III** — **Fiança bancária** emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.

[76] - Art. 56, § 2o e § 3º da lei nº 8.666/1993: "A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a **cinco por cento** do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3° deste artigo." "Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para **até dez por cento** do valor do contrato. [grifo nosso]

Percebe-se, portanto, que quanto às modalidades de garantia, a NLLC não trouxe maiores novidades, uma vez que acabou por repetir as já existentes na Lei nº 8.666/1993. Os percentuais máximos, todavia, apresentam novas disposições.




Cumpre agora explicitar melhor as alterações nos percentuais de garantia entre o estatuto antigo e o atual.

Com relação ao percentual de garantia da qual a Administração poderá se valer, o art. 97, inicialmente, repete a regra prevista na Lei 8.666/1993, fixando o percentual de 5% (cinco por cento) do valor inicial do contrato.

Ocorre que, de forma diversa do estatuto anterior, a nova Lei permite que haja a majoração desse percentual para 10% (dez por cento) desde que, como visto, seja justificada mediante análise de complexidade técnica e riscos envolvidos.

Já com relação às obras e serviços de engenharia de grande vulto, o art. 99 da NLLC vai além do limite de 10% (dez por cento) anteriormente

previsto na Lei nº 8666/1993. Isso porque possibilita a exigência de garantia — na modalidade seguro-garantia — em até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato.

Cumpre esclarecer ainda que a nova Lei define obras, serviços e fornecimentos de grande vulto como aqueles cujo valor estimado supera R$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais), consoante se observa do art. 6º XXII.

Nota-se, portanto, que o patamar do que seja grande vulto foi majorado com a nova lei. Na Lei anterior, grande vulto correspondia a 25 vezes o valor da modalidade concorrência, ou seja, R$ 82.500.000,00 (oitenta e dois milhões e quinhentos mil reais), após a atualização realizada pelo Decreto nº 9.412/2018.

Cumpre tratar agora da **cláusula de retomada**, prevista no art. 102 da nova lei. Esse instituto representa a possibilidade de que a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assuma a execução e conclusão do objeto do contrato. Para tanto, deve a Administração exigir em edital a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia, nos casos de contratação de obras e serviços de engenharia.

O art. 102 disciplina que a cláusula de retomada deve obedecer aos seguintes preceitos:

**I**

A seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente e poderá:

a) **Ter livre acesso** às instalações em que for executado o contrato principal;

b) **Acompanhar a execução** do contrato principal;

c) Ter acesso a **auditoria técnica e contábil**;

d) **Requerer esclarecimentos** ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento.

**II** A emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua **regularidade fiscal**;

**III** A seguradora poderá **subcontratar** a conclusão do contrato, total ou parcialmente;

O parágrafo único do art. 102 disciplina as hipóteses de inadimplemento do contratado. Caso a seguradora execute e conclua o objeto da avença, essa estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada disposta na apólice. Por outro lado, caso a seguradora não assuma a execução do contrato, deverá pagar a integralidade da importância segurada indicada na apólice. Trata-se do instituto do *performance bond*, ou seguro de performance.

Voltando às modalidades de garantia, cumpre tecer algumas considerações.

A caução formaliza-se por reserva em dinheiro (depósito-caução) ou título da dívida pública. Esses títulos devem ser emitidos sob a forma escritural e avaliados pelos seus valores econômicos. Somente com o preenchimento desses requisitos podem os títulos da dívida pública servir como garantia contratual.

Já o seguro-garantia, nos termos do art. 97, tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante à Administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento, observadas as seguintes regras:

**REGRAS DO SEGURO-GARANTIA**

**I** – **O prazo de vigência da apólice será igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato principal** e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência deste mediante a emissão do respectivo endosso pela seguradora;

**II** – **O seguro-garantia continuará em vigor** mesmo se o contratado não tiver pago o prêmio nas datas convencionadas

▷ **Parágrafo único** - Nos contratos de execução continuada ou de fornecimento contínuo de bens e serviços, **será permitida a substituição da apólice de seguro-garantia na data de renovação ou de aniversário**, desde que mantidas as condições e coberturas da apólice vigente e desde que nenhum período fique descoberto, ressalvado a hipótese de suspensão do contrato por ordem ou inadimplemento da Administração.

Já a fiança bancária é o instrumento por meio do qual um banco assume a obrigação de honrar compromissos do afiançado perante terceiros na hipótese de inadimplemento. Dito de outra forma, carta-fiança ou fiança bancária é uma modalidade de garantia fidejussória, prestada por meio de instituições financeiras em favor de contratantes com o poder público. A nova Lei acrescentou ao texto a exigência de que essa instituição esteja devidamente autorizada a operar pelo Banco Central do Brasil.

Importante salientar que nas contratações de serviços e fornecimentos contínuos com vigência superior a 1 (um) ano, assim como nas subsequentes prorrogações, será **utilizado o valor anual do contrato para definição e aplicação dos percentuais** previstos, nos termos do parágrafo único do art. 98.

Cumpre ressaltar ainda que o legislador trouxe no §2º do art. 96 a seguinte novidade acerca da temática:

> *Na hipótese de suspensão do contrato por ordem ou inadimplemento da Administração, o contratado ficará desobrigado de renovar a garantia ou de endossar a apólice de seguro até a ordem de reinício da execução ou o adimplemento pela Administração.*

Dessa forma, a fim de não prejudicar o contratado em situações causadas pela própria Administração, a NLLC cria uma exceção à renovação de garantia ou endosso de seguro até que cessem os efeitos causados pela contratante.

Cria-se, também, no §3° do art. 96, prazo legal mínimo de 1 (um) mês para apresentação da garantia, que será contado da homologação da licitação e será anterior à assinatura do contrato:

> *O edital fixará prazo mínimo de 1 (um) mês, contado da data de homologação da licitação e anterior à assinatura do contrato, para a prestação da garantia pelo contratado quando optar pela modalidade prevista no inciso II do § 1º deste artigo.*

Temos que se trata de dispositivo que trouxe maior segurança aos contratados, uma vez que antes da nova Lei não havia tempo mínimo fixado em diploma legal. Dessa forma, por vezes, a Administração fixava prazo exíguo para que as empresas providenciassem o instrumento de garantia o que, não raro, ensejava em descumprimento de prazo e abertura de processo de penalidade.

No que tange à devolução da garantia, adicionou-se na nova Lei ao que já estava previsto no art. 56, §4° da Lei 8.666/1993, a hipótese de liberação ou restituição após a extinção por culpa exclusiva da Administração. Assim ficou entabulado o dispositivo:

> *Art. 100. A garantia prestada pelo contratado será* ***liberada*** *ou restituída após a fiel execução do contrato ou* ***após a sua extinção por culpa exclusiva da Administração*** *e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente. [grifo nosso]*

## II – GARANTIA DE PROPOSTA

Cumpre ressaltar que a garantia tratada no tópico anterior não se confunde com a intitulada **garantia de proposta**, disciplinada pelo art. 58 da nova lei, no capítulo próprio que versa sobre a apresentação de propostas e lances do processo licitatório.

A Lei n° 14.133/2021 apregoa que, no momento da apresentação da proposta, poderá ser exigida a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta, sendo essa um requisito de pré-habilitação (art. 58). Ressalta-se que pode ser oferecido a título de garantia de proposta qualquer das modalidades de garantia previstas no §1° do art. 96: caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública; seguro-garantia; e fiança bancária.

Essa garantia **não excederá a 1% (um por cento) do valor estimado** para a contratação e será devolvida aos licitantes no prazo de até 10 (dez) dias úteis, contado da assinatura do contrato ou da data em que for declarado fracassado o certame (art. 58, §§ 1° e 2°).

Cumpre esclarecer, por fim, que a garantia de proposta será integralmente executada caso haja recusa na assinatura do contrato ou a não apresentação dos documentos para a contratação (art. 58, § 3°).

## III - DA ALOCAÇÃO DE RISCOS

A alocação de riscos está prevista no art. 103 da NLLC.

Primeiramente, importante conceituar o que seria risco. Conforme art. 2º, inciso XIII, da Instrução Normativa Conjunta CGU/MP nº 01/2016, **risco** é a:

> *Possibilidade de ocorrência de um evento que venha a ter impacto no cumprimento dos objetivos. O risco é medido conforme o impacto e a probabilidade.*

Consoante art. 2º, inciso VII, da mesma Instrução Normativa, conceitua-se **gerenciamento de riscos** como:

> *Processo para identificar, avaliar, administrar e controlar potenciais eventos ou situações, para fornecer razoável certeza quanto ao alcance dos objetivos da organização.*

Por sua vez, a matriz de riscos é uma ferramenta gerencial, que busca prever determinados riscos, com implemento de soluções para esses, a fim de mitigá-los ou eliminá-los.

Conforme art. 6º, inciso XXVII da NLLC, a **matriz de riscos** é:

> *Cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:*
> *a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;*
> *b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;*
> *c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de*

> *aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia.*

A matriz de riscos já estava prevista na Lei nº 12.426/2011 (RDC), nos casos de contratação integrada. Já havia também previsão da matriz de riscos na Lei das Estatais, Lei nº 13.303/2016, nas normas específicas para obras e serviços, em seu art. 42, inciso X.

A NLLC, no caput do art. 103, prevê que:

> *O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.*

Destarte, figura a matriz de riscos como instrumento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, visando estabelecer uma condição inicial de igualdade entre contratante e contratado.

A matriz de riscos busca trazer para a execução contratual certa previsibilidade, no intuito de mitigar eventuais desequilíbrios contratuais, garantindo maior segurança jurídica ao contrato e protegendo a Administração e o contratado de fatos incertos, porém previsíveis.

Logo, valendo-se da matriz de riscos, verifica-se a possibilidade, por exemplo, em contratações firmadas em dólar, de estimar um limite máximo de cotação a ser arcado pela Administração, evitando-se, assim, uma brusca variação da moeda.

Busca-se, dessa forma, retirar do campo da álea extraordinária — renunciando ao direito de suscitar-se o desequilíbrio econômico-financeiro — determinados riscos previstos na matriz para ambas as partes. A exceção a essa renúncia, encontra-se no parágrafo quinto, incisos I e II do art. 103:

**I**

Às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 123 desta Lei;

**II**

Ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

O §1° do art. 103 apregoa que a alocação de riscos considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.

Cumpre ressalvar, também, que a alocação de riscos é uma faculdade para a Administração, sendo obrigatória na hipótese do art. 22, §3°:

> *Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.*

Salienta-se, por fim, que a alocação de riscos poderá trazer reflexos no custo estimado da contratação, conforme estipula art. 102, § 3º.

# 18 - A DURAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A duração dos contratos administrativos regidos pela nova Lei será prevista em edital. Deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro (art. 105).

A nova Lei de Licitações trouxe novos prazos de duração dos contratos administrativos. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, inclusive para aluguel de equipamentos e para utilização de programas de informática.

Esse prazo de contrato de **ATÉ 5 (CINCO) ANOS** pode ser adotado desde que a Administração observe as seguintes diretrizes, nos termos do art. 106:

**I** A autoridade competente do órgão ou entidade contratante deverá atestar a maior vantagem econômica vislumbrada em razão da contratação plurianual;

**II** A Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção;

**III** A Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem. Nesse caso, a extinção ocorrerá apenas na próxima data de aniversário do contrato e não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 (dois) meses, contado da referida data.

Cumpre ressaltar que os contratos de serviços e fornecimentos contínuos poderão ser prorrogados sucessivamente, respeitada a **vigência máxima decenal**, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes (art. 107).

Nos casos abaixo, a Administração poderá celebrar contratos com prazo inicial de **ATÉ 10 (DEZ) ANOS**:

1. Bens e serviços produzidos ou prestados no país que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional (art. 75, IV, "f" da NLLC);

2. Materiais de uso das Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manutenção de padronização, na forma do art. 75, IV, "g";

3. Para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3°, 3°-A, 4°, 5° e 20 da Lei 10.973/2004, diploma que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo (art. 75, V, NLLC);

4. Para contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios;

5. Para contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), na forma do inciso XII, art. 75, NLLC;

**6** Para aquisição de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação tenha por finalidade apoiar órgão da Administração Pública direta, observados os requisitos do inciso XVI, art. 75, NLLC.

A Administração poderá estabelecer a vigência por **PRAZO INDETERMINADO** nos contratos em que seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio, desde que comprovada, a cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação (art. 109). Essa inovação legislativa permitirá que os órgãos e entidades da Administração não precisem renovar sucessivamente, por exemplo, contratos de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Na **contratação que gere receita** e no **contrato de eficiência** que gere economia para Administração, os prazos serão de:

**- PRAZOS -**
**CONTRATO GERADOR DE RECEITA**
**CONTRATO DE EFICIÊNCIA**

- **10** — **Até 10 (dez) anos**, nos contratos sem investimento;
- **35** — **Até 35 (trinta e cinco) anos**, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública, ao término do contrato.

Outra importante inovação da Lei nº 14.133/2021 se refere ao contrato por escopo e está contida no art. 111. Dispõe a Lei que, quando a contratação previr a conclusão de escopo predefinido, o prazo de vigência será **automaticamente prorrogado** caso seu objeto não seja concluído no período firmado no contrato.

Temos que se trata de outra inovação bem-vinda, uma vez que, em certos casos, a Administração poderia não conseguir finalizar a instrução do termo aditivo de prorrogação em tempo hábil e, assim, não concluir o escopo daquela contratação.

Quando a não conclusão do escopo decorrer de culpa do contratado, esse será constituído em mora, e se sujeitará às respectivas sanções administrativas. Além disso, poderá a Administração optar pela extinção do contrato e, nesse caso, adotará as medidas admitidas em Lei para a continuidade da execução contratual.

**5 ANOS**
**FORNECIMENTO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ASSOCIADO**

O contrato firmado sob o regime de **fornecimento e prestação de serviço associado** terá sua vigência máxima definida pela soma do prazo relativo ao fornecimento inicial ou à entrega da obra com o prazo relativo ao serviço de operação e manutenção, esse **limitado a 5 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto inicial**, autorizada a prorrogação na forma do art. 107 da NLLC.

**15 ANOS**
**SISTEMAS ESTRUTURANTES DE TI**

Por fim, nos termos do art 114 da nova lei, o contrato que previr a **operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia de informação** poderá ter **vigência máxima de 15 (quinze) anos**.

# 19 - A ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS E DE SEUS PREÇOS

Os contratos administrativos podem ser alterados unilateralmente, no exercício de uma prerrogativa da Administração, ou por acordo entre as partes, desde que devidamente justificado nos autos do processo.

O art. 124 da Lei 14.133/2021 preceitua que a alteração **UNILATERAL** pela administração pode se dar nos seguintes casos:

**ALTERAÇÃO UNILATERAL**

a) quando houver **modificação do projeto ou das especificações**, para melhor adequação técnica a seus objetivos;

b) quando for necessária a **modificação do valor contratual** em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei.

Essas alterações unilaterais não poderão transfigurar o objeto da contratação, nos termos do art. 126 da nova lei.

Já as alterações contratuais decorrentes de **ACORDO ENTRE AS PARTES** podem se dar nas seguintes situações:

**a)** Quando conveniente à **substituição da garantia** de execução;

**b)** Quando necessária a **modificação do regime de execução** da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

**c)** Quando necessária a **modificação da forma de pagamento** por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado e vedada a antecipação do pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

**d)** Para **restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro** inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

Os limites para acréscimos e supressões são os mesmos da Lei nº 8.666/1993. Ou seja, o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, **acréscimos ou supressões** de **até 25%** (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de **reforma** de **edifício ou** de **equipamento**, o limite para os **acréscimos será de 50%** (cinquenta por cento).

Cumpre ressaltar, todavia, que, no caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e os colocado no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente reajustados, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados (art. 129).

Ademais, caso haja alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, no **mesmo** termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial (art. 130). Ou seja, muito embora a Administração tenha a

prerrogativa de acrescer ou suprimir o objeto até o limite mencionado, não pode desequilibrar a equação econômico-financeira da avença em prejuízo do contratado. Caso o faça, deve revisar o contrato no mesmo termo aditivo, mantendo o equilíbrio contratual.

A nova Lei dispõe ainda que a extinção do contrato não configurará óbice para o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, hipótese em que será concedida indenização por meio de termo indenizatório (art. 131). Em outras palavras, o encerramento da vigência do contrato não importa em desoneração do dever de a Administração elaborar um termo final que contemple o reequilíbrio da equação e promover o pagamento ou a compensação dos valores devidos.

De toda sorte, o pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser formulado durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação (art. 131, parágrafo único).

As alterações contratuais devem ser instrumentalizadas por meio do respectivo termo aditivo. Ocorre que a nova Lei reconheceu a possibilidade de que em casos de justificada necessidade haja antecipação dos efeitos da alteração, que posteriormente deverá ser formalizada no prazo máximo de (1) um mês (art. 132). A antecipação dos efeitos do termo aditivo é outra novidade da Lei nº 14.133/2021.

A nova Lei trouxe dispositivo que conduz à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato após o advento de fato do príncipe[77]. Dispõe a Lei que os preços contratados serão alterados, para mais ou para menos, conforme o caso, se houver, após a data da apresentação da proposta, criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais, com comprovada repercussão sobre os preços contratados (art. 134).

[77] - Para Celso Antônio Bandeira de Melo "fato do príncipe" é um ato lícito e legítimo que importa em "agravo econômico resultante de medida tomada sob titulação diversa da contratual, isto é, no exercício de outra competência, cujo desempenho vem a ter repercussão direta na econômica contratual estabelecida na avença" (MELLO, Celso A. Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010).

De forma diversa da Lei 8.666/1993, a nova Lei de Licitações aborda de forma detalhada a sistemática de reajustamento de preços dos contratos administrativos.

Dispõe a nova lei, ainda no art. 92, §4°, que nos contratos de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento de preços será o seguinte:

**REAJUSTE DE PREÇOS**

| | |
|---|---|
| I | **Reajustamento em sentido estrito**, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais; e |
| II | **Repactuação**, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos. |

A nova Lei conceitua **reajustamento em sentido estrito** como sendo a forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais (art. 6°, LVIII).

Cita-se aqui o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), calculado pelo IBGE, e o Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M), calculado pela FGV, como exemplos de índices gerais de preços. Como exemplo de índices setorial temos o Índice Nacional de Custo da Construção (INCC) e o Índice de Serviços de Telecomunicações (IST).

Incumbe ao agente público, portanto, quando da elaboração do termo de referência, justificar o índice mais adequado à atualização dos preços do objeto a ser contratado.

Conceitua também o instituto da **repactuação**, forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra (art. 6° LIX).

Nos termos do art. 135, os **preços dos contratos a que se refere o último parágrafo serão repactuados mediante solicitação do contratado**, em que haja a apresentação de demonstração analítica da variação dos custos contratuais, com **DATA VINCULADA**:

**I** À da **apresentação da proposta**, para custos decorrentes do mercado;

**II** Ao **acordo**, à **convenção coletiva** ou ao **dissídio coletivo** ao qual a proposta esteja vinculada, para os custos de mão de obra.

Ademais, a nova Lei dispôs que a Administração não se vinculará às disposições contidas em acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de matéria não trabalhista, de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados do contratado, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade (art. 135, §1°).

É vedado a órgão ou entidade contratante vincular-se às disposições previstas nos acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública (art. 135, §2°).

A repactuação deverá observar o interregno mínimo de 1 (um) ano, contado da data da apresentação da proposta ou da data da última repactuação. (art. 135, §3°).

Além disso, a repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quantas forem necessárias, observado o princípio da anualidade do reajuste de preços da contratação, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, como os decorrentes de mão de obra e os decorrentes dos insumos necessários à execução dos serviços. (art. 135 §4°).

Ademais, quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, a repactuação dos custos de mão de obra poderá ser dividida em tantos quantos forem os acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho das categorias envolvidas na contratação. (art. 135 §5°).

Cumpre ressaltar que esses dispositivos insertos na nova Lei acerca do instituto da repactuação representam a positivação de comandos que já estavam contemplados na Instrução Normativa n° 5/2017, ato do Poder Executivo Federal que também disciplina o assunto, e já refletia o entendimento do TCU.

Há certos registros em que Lei dispensa a celebração de termo aditivo, bastando o simples apostilamento do contrato, a exemplo das seguintes situações mencionadas no art. 136:

**I** Variação do valor contratual para fazer face ao reajuste ou à repactuação de preços previstos no próprio contrato;

**II** Atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento previstas no contrato;

III

Alterações na razão ou na denominação social do contratado;

IV

Empenho de dotações orçamentárias.

Nota-se que não se trata de um rol exaustivo, mas meramente exemplificativo. Além disso, o fato desses casos dispensarem a assinatura da contratada, ou seja, a celebração de um termo aditivo, não exonera a Administração do dever de dar ciência a outra parte do teor da apostila, inclusive em homenagem ao princípio da transparência.

# 20 - HIPÓTESES DE EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

Os contratos em geral, como qualquer negócio jurídico, extinguem-se, normalmente, pelo cumprimento das prestações pactuadas ou pelo decurso do prazo previsto. No entanto, conforme lembra Flávio Tartuce[78], um contrato também pode ser extinto antes ou durante a sua execução, por causas anteriores e contemporâneas a sua celebração ou, ainda, por causas supervenientes.

## I – DA NULIDADES DOS CONTRATOS

As hipóteses de invalidade contratual decorrem, em regra, de fatos anteriores a sua celebração. Além dos aspectos gerais aplicáveis da Teoria das Nulidades do negócio jurídico, lembra a nova Lei de Licitações e Contratos que o contrato poderá ser declarado nulo em virtude de irregularidade insanável verificada no procedimento licitatório.

No tema, o novo diploma buscou maior alinhamento à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que, agora, conta com disposições[79] sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Assim, prevê o art. 147 da Lei n° 14.133/2021, em respeito também ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, que a decisão que declarar a nulidade de contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, devendo a Administração ponderar:

[78] TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

[79] As alterações no Decreto-Lei nº 4.657 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), de 4 de setembro de 1942, foram feitas pela Lei nº 13.655/2018.

I – Impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

II – Riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

III – Motivação social e ambiental do contrato;

IV – Custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;

V – Despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;

VI – Despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;

VII – Medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;

VIII – Custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;

IX – Fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;

**X** Custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;

**XI** Custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

O § 2º do mesmo artigo ainda permite a modulação de efeitos da decisão, com o objetivo de evitar a solução de continuidade da atividade administrativa. Autoriza o dispositivo que a declaração de nulidade do contrato tenha eficácia apenas em momento futuro, por tempo suficiente para a conclusão de uma nova contratação (até seis meses, prorrogável uma única vez).

## II – DAS DEMAIS HIPÓTESES DE EXTINÇÃO

A Lei nº 14.133/2021 dedica capítulo próprio às hipóteses de rescisão contratual, por fatos posteriores ou supervenientes a sua celebração. Na clássica divisão doutrinária[80], temos aqui as seguintes espécies: resolução (extinção do contrato por descumprimento) e resilição (dissolução por vontade bilateral ou unilateral).

Os contratos administrativos regidos pela Lei nº 14.133/2021, de acordo com art. 138, poderão ser extintos: unilateralmente pela Administração; consensualmente, por acordo entre as partes; ou por decisão arbitral/judicial.

[80] TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Independentemente da hipótese, alerta o art. 137 que todas deverão ser formalmente motivadas nos autos do processo, assegurando-se, sempre, o contraditório e a ampla defesa. São elas:

**I** Não cumprimento ou cumprimento irregular de normas editalícias ou de cláusulas contratuais, de especificações, de projetos ou de prazos;

**II** Desatendimento das determinações regulares emitidas pela autoridade designada para acompanhar e fiscalizar sua execução ou por autoridade superior;

**III** Alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que restrinja sua capacidade de concluir o contrato;

**IV** Decretação de falência ou de insolvência civil, dissolução da sociedade ou falecimento do contratado;

**V** Caso fortuito ou força maior, regularmente comprovados, impeditivos da execução do contrato;

**VI** Atraso na obtenção da licença ambiental, ou impossibilidade de obtê-la, ou alteração substancial do anteprojeto que dela resultar, ainda que obtida no prazo previsto;

**VII** Atraso na liberação das áreas sujeitas a desapropriação, a desocupação ou a servidão administrativa, ou impossibilidade de liberação dessas áreas;

**VIII** Razões de interesse público, justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante;

**IX** Não cumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz.

Registra-se que apenas três incisos são novos: (VI) atraso na obtenção da licença ambiental, impossibilidade de obtê-la ou alteração substancial do anteprojeto que dela resultar, ainda que obtida no prazo previsto; (VII) atraso na liberação das áreas sujeitas à desapropriação, à desocupação ou à servidão administrativa ou impossibilidade de liberação dessas áreas; e (IX) não cumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz.

Com ligeiras alterações em relação à Lei n. 8.666/1993, o § 2º do art. 137 da Lei n. 14.133/21 acrescenta as hipóteses em que **o contratado** terá direito à extinção do contrato:

**I** Supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras que acarrete modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no art. 125 desta Lei;

**II**

Suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, **por prazo superior a 3 (três) meses**;

*O art. 79 do inciso XIV da Lei nº 8.666/93 previa que a rescisão seria possível em caso de suspensão por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias.*

**III**

Repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas;

*O prazo, na legislação anterior, para suspensões sucessivas também era de 120 (cento e vinte) dias*

**IV**

Atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos;

*O inciso XV do mesmo artigo da Lei nº 8.666/93 estabelecia que o atraso no pagamento deveria ser superior a 90 (noventa) dias*

**V**

Não liberação pela Administração, nos prazos contratuais, de área, local ou objeto, para execução de obra, serviço ou fornecimento, e de fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas pelo contrato à Administração relacionadas a desapropriação, a desocupação de áreas públicas ou a licenciamento ambiental.

Registra-se, por fim, notadamente em razão da relevância para o momento de pandemia, que a nova LLC, como a norma anterior, determina que a rescisão prevista nos incisos II, III, IV não será possível em caso de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra.

# 21 - MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

A nova Lei de Licitações, de forma louvável, permite utilização de meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

A Lei dispõe que essa sistemática é aplicável às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações (art. 151, parágrafo único).

Impende ressaltar que a arbitragem será sempre de direito e, por óbvio, deve estar atinente ao princípio da publicidade (art. 152).

Além disso, o processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes (art. 154).

Cumpre salientar que o Administrador não precisa aguardar a celebração de um novo contrato para que possa fazer uso dos meios alternativos de resolução de controvérsia. Isso porque os contratos podem ser aditados de modo a permitir a adoção dessa sistemática, conferindo desde logo efetividade a esse comando legal (art. 153).

Ressalta-se que essa inovação da nova Lei de Licitações veio no mesmo sentido das recentes disposições da I Jornada de Direito Administrativo, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF) no ano de 2020, conforme enunciados a seguir:

- **Enunciado 10 (ID 2614)** – "Em contratos administrativos decorrentes de licitações regidas pela Lei n. 8.666/1993, é

facultado à Administração Pública propor aditivo para alterar a cláusula de resolução de conflitos entre as partes, incluindo métodos alternativos ao Poder Judiciário como Mediação, Arbitragem e Dispute Board."

- **Enunciado 15 (IDS 2430 e 2962 aglutinados)** – "A administração pública promoverá a publicidade das arbitragens da qual seja parte, nos termos da Lei de Acesso à Informação".

- **Enunciado 19 (ID 2507)** – "As controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem".

A esse respeito, a autora Vivian Cristina Lima Lopez Valle[81] pontua que a adoção de soluções dialógicas no plano contratual pela Administração Pública não implica o desaparecimento das prerrogativas contratuais ou a substituição completa pelo modelo de negociação. Entende, todavia, que a exacerbada verticalização *a priori* entre Administração Pública e particular deve ser atenuada e, em algumas situações, afastada.

Aduz a autora que a administração dialógica fora do eixo supremacia-indisponibilidade do interesse público possibilita inclusive a eleição entre o direito público e o direito privado no curso das relações contratuais, e que esse caminho somente é possível de ser imaginado fora dos limites do Direito Administrativo tradicional.

[81] - VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Contratos Administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública Contemporânea**: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017.

Inegavelmente trata-se de sistemática bem-vinda às contratações públicas brasileiras, da mesma forma que a nova modalidade diálogo competitivo e o procedimento de manifestação de interesse, uma vez que representam avanços em busca de uma Administração Pública consensual e dialógica. Trata-se de um longo caminho a percorrer, mas os primeiros passos foram dados.

# 22 - AS IMPUGNAÇÕES, PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS E RECURSOS

A Lei 14.133/2021 dispõe que qualquer pessoa é parte legitima para **impugnar** edital de licitação por irregularidade na aplicação da Lei em tela ou para **solicitar esclarecimento** sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame (art. 164).

A **resposta à impugnação ou ao pedido de esclarecimento** deverá ser divulgada pela Administração em sítio eletrônico oficial no prazo de **até 3 (três) dias úteis**, limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame (parágrafo único ao art. 164).

Dos atos da Administração decorrentes da aplicação da Lei nº 14.133/2021 cabem recurso ou pedido de reconsideração, conforme art. 165 e imagem a seguir:

Cabe **RECURSO**, no prazo de **3 (TRÊS) DIAS ÚTEIS**, contado da data de intimação ou de lavratura de ata, em face de:

- **a)** ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessado ou de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
- **b)** julgamento das propostas;
- **c)** ato de habilitação ou inabilitação de licitante;
- **d)** anulação ou revogação da licitação;
- **e)** extinção do contrato, quando determinada por ato unilateral e escrito da Administração.

Caberá **PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO**, no prazo de **3 (TRÊS) DIAS ÚTEIS**, contado da data de intimação, relativamente a ato do qual não caiba recurso hierárquico.

Cumpre ressaltar que o prazo para apresentação de **contrarrazões** será o mesmo do recurso e terá início na data de intimação pessoal ou de divulgação da interposição do recurso (art. 165, §4°).

Será assegurado ao licitante vista dos elementos indispensáveis à defesa de seus interesses (art. 165, §5°), em homenagem aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Por fim, cabe esclarecer que o **recurso** e o **pedido de reconsideração terão efeito suspensivo** do ato ou da decisão recorrida até que sobrevenha decisão final da autoridade competente (art. 168). Na elaboração de suas decisões, a autoridade competente será auxiliada pelo órgão de assessoramento jurídico, que deverá dirimir dúvidas e subsidiá-la com as informações necessárias (art. 168, parágrafo único).

# 23 - INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Com o objetivo de uniformizar e dar maior transparência, a NLLC prevê, no rol do art. 155, as infrações administrativas a que poderão sujeitar-se aqueles que licitarem ou contatarem com a Administração Pública.

Entende-se que esse rol é meramente exemplificativo, podendo, a critério da Administração e a depender das especificidades contratuais, haver previsão de outras infrações contratuais, o que ocorre, por exemplo, em contratos de TI ou de engenharia.

De acordo com o rol do art. 155, são infrações administrativas:

**a)** Dar causa à inexecução parcial do contrato;

**b)** Dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;

**c)** Dar causa à inexecução total do contrato;

**d)** Deixar de entregar documentação exigida para o certame;

**e)** Não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;

**f)** Não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;

g) Ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

h) Apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certamente ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;

i) Fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;

j) Comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;

k) Praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação; e

l) Praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei n. 12.846/2013.

Para essas infrações, o contrato e o edital da licitação poderão prever as seguintes sanções: a) advertência; b) multa; c) impedimento de licitar e contratar; e d) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. Nesse ponto, nenhuma novidade em relação à Lei n. 8.666/1993.

Por outro lado, o legislador criou critérios de dosimetria para que o Administrador possa dosar a sanção a ser aplicada ao licitante/contratante, em atenção aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade. São eles:

a) A natureza e a gravidade da infração cometida;

b) As peculiaridades do caso concreto;

c) Agravantes e atenuantes;

d) Os danos que dela provierem para a Administração;

e) A implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

Além desses critérios, também com o intuito de reduzir a discricionariedade e, por vezes, os arbítrios existentes, vinculou-se cada espécie de sanção às possíveis infrações.

Verifica-se, assim, que a advertência será aplicada **exclusivamente** na hipótese de inexecução parcial do contrato, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave. Possui nítido caráter subsidiário.

A multa, por sua vez, é de incidência geral, podendo ser aplicada ao responsável por qualquer das infrações contidas no rol do art. 155, e será calculada na forma do edital ou do contrato, não podendo ser inferior a 0,5% nem superior a 30% do valor do contrato licitado ou celebrado. Ademais, é a única sanção que pode ser cumulada com qualquer das outras.

A sanção de impedimento de licitar ou contratar será aplicada ao responsável pelo prazo máximo de 3 (três anos), quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, nas seguintes hipóteses:

a) Dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo.

**b)** Dar causa à inexecução total do contrato;

**c)** Deixar de entregar documentação exigida para o certame;

**d)** Não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;

**e)** Não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;

**f)** Ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado.

A sanção de declaração de inidoneidade para licitar/contratar, penalidade mais gravosa a ser aplicada, de competência da autoridade máxima do órgão ou entidade da Administração Pública, terá o **prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos**, devendo ser aplicadas nas hipóteses do parágrafo anterior, quando a penalidade de impedimento de licitar ou contratar mostrar-se insuficiente; bem como nas seguintes hipóteses:

**a)** Apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certamente ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;

**b)** Fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;

**c)** Comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;

**d)** Praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação; e

**e)** Praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei n. 12.846/2013.

Resolvendo antiga celeuma existente acerca do âmbito de incidência das sanções de impedimento de licitar/contratar e da declaração de inidoneidade para licitar/contratar, a nova Lei prevê expressamente que a primeira ficará restrita ao âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que a tiver aplicado. Por outro lado, a penalidade de declaração de inidoneidade para licitar/contratar é extensível a todos os entes administrativos, ficando a empresa realmente incapacitada de licitar ou contratar em toda e qualquer repartição do Brasil.

Ainda em relação à sanção de declaração de inidoneidade para licitar/contratar, condicionou-se sua aplicação à análise jurídica prévia. Definiu-se, ainda, que sua aplicação competirá **exclusivamente**:

**NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO**

- ✓ Aos Ministros de Estado;
- ✓ Aos Secretários Estaduais;
- ✓ Aos Secretários Municipais; **ou**
- ✓ À autoridade máxima de entidade (autarquia ou fundação de direito público).

**NO ÂMBITO DOS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO, DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFENSORIA PÚBLICA**

- ✓ À autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades do Poder Executivo, definidas em regulamento.

Invertendo-se a ordem de pagamento prevista na legislação anterior, em razão das enormes dificuldades operacionais, definiu-se que o pagamento das multas e eventuais indenizações serão imputados nos créditos que o responsável tiver perante a Administração. Apenas na hipótese de sua insuficiência, é que se executará a garantia prestada ou se cobrará judicialmente o débito.

Destaque-se, ainda, que a incidência da penalidade de multa não obstará o ressarcimento de danos que porventura a Administração venha a ter em razão da falta da empresa licitante ou contratada.

Com relação ao processo administrativo de apuração de responsabilidade, houve a expansão para 15 (quinze) dias úteis, em contraposição ao anterior prazo de 5 (cinco) dias úteis do art. 87, §2º, da Lei nº 8.666/93, do prazo para apresentação de defesa, a ser contado da data de sua intimação. Optou-se, assim, por expandir o prazo para apresentação de defesa com o objetivo de padronizá-lo ao já contido no Código de Processo Civil, dando tratamento uniforme à matéria.

No que se refere às penalidades de impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade, o legislador inovou e previu a necessidade de instauração de uma comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que terá a competência de avaliar os fatos e circunstâncias conhecidas e deliberar a respeito da produção de provas. Nessas hipóteses, a Lei previu, além da defesa prévia, a possibilidade de apresentação de alegações finais, também no prazo de 15 (quinze) dias úteis, em atendimento aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

De acordo com o art. 158, §4º, da NLLC, a pretensão da Administração de aplicar as penalidades de impedimento e de inidoneidade prescreve em 5 (cinco) anos, a contar da ciência do fato pela Administração. Nesse ponto, entende-se que o prazo prescricional refere-se a todas as penalidades – e não só as de impedimento e de inidoneidade, embora conste de um parágrafo ligado ao artigo que trata especificamente dessas últimas sanções. Acredita-se que essa vinculação ao *caput* foi fruto de má técnica legislativa.

Quando os atos/infrações também configurarem violação à Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), deverão ser apurados e julgados conjuntamente.

No texto enviado à sanção presidencial, havia, ainda, previsão expressa no sentido de que eventual acordo de leniência celebrado no âmbito da Lei Anticorrupção, desde que com manifestação favorável do tribunal de contas competente, também poderia isentar as sanções administrativas previstas na nova lei, além de constituir causa suspensiva de prescrição. No entanto, o parágrafo único do art. 159 foi vetado com as seguintes razões:

> *A propositura legislativa estabelece que na hipótese de ser celebrado acordo de leniência nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a Administração também poderá isentar a pessoa jurídica das sanções previstas no art. 156 desta Lei e das sanções previstas na sua respectiva lei orgânica.*
> *Entretanto, e em que pese o mérito da propositura, a medida, ao prever a participação de órgão auxiliar do Poder Legislativo na aplicação de instrumento típico do exercício do Poder Sancionador da Administração Pública, viola o princípio da separação dos poderes, inscrito no art. 2º da Constituição da República.*
> *Ademais, a extensão dos efeitos promovidos pelo acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 2013, se inserem dentro da função típica da Administração Pública e não se confundem com a atividade de fiscalização contábil, financeira e orçamentária exercidas pelo Poder Legislativo, o que acaba por extrapolar as competências conferidas pelo constituinte, por intermédio do art. 71 da Carta Magna.*
> *Outrossim, a medida contraria o interesse público, ao condicionar a assinatura do acordo de leniência à*

> *participação do Tribunal de Contas respectivo, ainda que restrito às suas sanções, criando uma nova etapa no procedimento, o que poderia levar a um enfraquecimento do instituto.*

Verifica-se, assim, que o objetivo do veto foi tão somente extirpar do procedimento a participação do tribunal de contas competente, restando clara a possibilidade de isenções das sanções administrativas quando houver acordo de leniência.

Positivando-se o que já era entendimento firmado pela jurisprudência do TCU e do STJ, houve regulamentação da desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa.

Quando se verificar que a pessoa jurídica foi utilizada com abuso de direito ou com o intuito de provocar confusão patrimonial, as penalidades aplicadas à empresa serão estendidas aos seus administradores e sócios com poderes de administração (não é qualquer sócio!), às pessoas jurídicas sucessoras ou às empresas do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com a sancionada.

De toda sorte, a desconsideração da personalidade jurídica só pode ocorrer com a estrita observância do contraditório e da ampla defesa, mediante procedimento que seja analisado juridicamente pelo órgão competente.

Por fim, as penalidades aplicadas pelos órgãos e entidades de todos os Entes Federativos deverão ser cadastradas, no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep).

# 24 - O PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (PNPC)

Em seu art. 174, a nova Lei cria o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à: divulgação centralizada e obrigatório dos atos exigidos por esta Lei; e realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades de todos os entes federativos.

Com esse portal, busca-se padronizar e dar as ferramentas necessárias para a realização de licitações e contratações em toda a Administração Pública, melhorando a previsibilidade e segurança jurídica dos processos licitatórios.

Ademais, fornece importante ferramenta aos pequenos municípios do Brasil, que, por vezes, não possuem a capacidade técnica necessária para a realização de suas compras. Dessa forma, com a utilização do portal por parte desses entes, há expressiva diminuição dos custos operacionais de suas contratações, além da inquestionável diminuição dos riscos envolvidos.

Sem prejuízo do portal nacional, os entes federativos poderão instituir sítios eletrônicos próprios, que, no entanto, terão caráter complementar ao portal nacional com compatibilidade e integração das informações.

Cumpre ressaltar que o PNCP conterá, entre outras, nos termos do §2° do art. 174, as seguintes informações acerca das contratações:

**I** Planos de contratação anuais.

**II** Catálogos eletrônicos de padronização.

**III** Editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos.

IV Atas de registro de preços.

V Contratos e termos aditivos.

VI Notas fiscais eletrônicas, quando for o caso.

Ademais, o PNCP deverá, nos termos do §3° do art. 174, oferecer:

I Sistema de registro cadastral unificado;

II Painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas;

III Sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, incluído o cadastro de atesto de cumprimento de obrigações previsto no § 4º do art. 88 desta Lei;

IV Sistema eletrônico para a realização de sessões públicas;

V Acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep); e

VI Sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato.

# 25 - OS CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Ao contrário do que ocorria na legislação anterior, a NLLC não prevê mais, em seu texto, infrações penais. Para se evitar a descontinuidade normativo-típica, houve a criação do Capítulo II-B no Título XI da Parte Especial do Código Penal, com a previsão de 11 (onze) novos crimes, que, em sua maioria, correspondem aos crimes anteriormente previstos na Lei n° 8.666/1993.

A real novidade é o recrudescimento das penas, transparecendo o inequívoco objetivo de punir mais severamente aqueles que trespassam as normas relativas às licitações e aos contratos. O único crime que não houve aumento das penas foi o de "violação de sigilo em licitação", anteriormente tipificado no art. 94 da Lei n. 8.666/1993 e agora previsto no art. 337-J do Código Penal.

Houve a criação de um novo tipo penal, art. 337-O do CP, consistente na "omissão grave de dado ou de informação por projetista".

Uma outra inovação foi a alteração da sistemática do cálculo da pena de multa. Antes, consistia em um percentual mínimo de 2% e máximo de 5% sobre o valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente. Agora, por outro lado, de acordo com o art. 337-P do CP, a pena de multa seguirá a ordinária metodologia já contida no Código Penal, com a diferença de que, em nenhuma hipótese, poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contato licitado ou celebrado com contratação direta. Estabeleceu-se, assim, um piso mínimo da pena de multa.

Para se evitar repetições desnecessárias, incompatíveis com o objetivo desta obra, segue quadro comparativo das infrações penais, com destaques das alterações ocorridas:

**LEI 8.666/1993**
**Redação Antiga (Art. 89)**

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

**LEI 14.133/2021**
**Redação Nova (Art. 337-E)**

**CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL**

Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

**LEI 8.666/1993**
**Redação Antiga (Art. 90)**

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

**LEI 14.133/2021**
**Redação Nova (Art. 337-F)**

**FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DE LICITAÇÃO**

Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

**LEI 8.666/1993**
**Redação Antiga (Art. 91)**

Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

**LEI 14.133/2021**
**Redação Nova (Art. 337-G)**

**PATROCÍNIO DE CONTRATAÇÃO INDEVIDA**

Art. 337-G. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

## LEI 8.666/1993
## Redação Antiga (Art. 92)

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

## LEI 14.133/2021
## Redação Nova (Art. 337-H)

**MODIFICAÇÃO OU PAGAMENTO IRREGULAR EM CONTRATO ADMINISTRATIVO**

Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

**LEI 8.666/1993**
**Redação Antiga (Art. 93)**

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

**LEI 14.133/2021**
**Redação Nova (Art. 337-I)**

**PERTURBAÇÃO DE PROCESSO LICITATÓRIO**

Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

**LEI 8.666/1993**
**Redação Antiga (Art. 94)**

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

**LEI 14.133/2021**
**Redação Nova (Art. 337-J)**

**VIOLAÇÃO DE SIGILO EM LICITAÇÃO**

Art. 337-J. Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa.

**LEI 8.666/1993**
**Redação Antiga (Art. 95)**

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

**LEI 14.133/2021**
**Redação Nova (Art. 337-K)**

**AFASTAMENTO DE LICITANTE**

Art. 337-K. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.

## LEI 8.666/1993
## Redação Antiga (Art. 96)

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

## LEI 14.133/2021
## Redação Nova (Art. 337-L)

**FRAUDE EM LICITAÇÃO OU CONTRATO**

Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:

I - entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;

II - fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;

III - entrega de uma mercadoria por outra;

IV - alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;

V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

**LEI 8.666/1993**
**Redação Antiga (Art. 97)**

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

**LEI 14.133/2021**
**Redação Nova (Art. 337-M)**

**CONTRATAÇÃO INIDÔNEA**

Art. 337-M. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa.

§ 2º Incide na mesma pena do caput deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública.

**LEI 8.666/1993**
**Redação Antiga (Art. 98)**

Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

**LEI 14.133/2021**
**Redação Nova (Art. 337-N)**

**IMPEDIMENTO INDEVIDO**

Art. 337-N. Obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

**LEI 8.666/1993**
**Redação Antiga**

Sem correspondência na Lei n. 8.666/93.

**LEI 14.133/2021**
**Redação Nova (Art. 337-O)**

**OMISSÃO GRAVE DE DADO OU DE INFORMAÇÃO POR PROJETISTA**

Art. 337-O. Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º Consideram-se condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos.

§ 2º Se o crime é praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo.

**LEI 8.666/1993**
**Redação Antiga (Art. 99)**

Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.

**LEI 14.133/2021**
**Redação Nova (Art. 337-P)**

**PENA DE MULTA**

Art. 337-P. A pena de multa cominada aos crimes previstos neste Capítulo seguirá a metodologia de cálculo prevista neste Código e não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.

Algumas alterações, por serem mais importantes, demandam explicação.

A conduta típica prevista no art. 89 da Lei nº 8.666/1993 foi transportada ao art. 337-E do Código Penal, com o *nomen iuris* de "contratação direta ilegal", com algumas alterações. Agora, não é mais punido somente aquele que dispensa, inexige ou deixa de observar as

formalidades legais nas contratações diretas, mas também será passível de punição o sujeito que "*admitir*", "*possibilitar*" ou "*der causa*" à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei.

Assim, percebe-se que, pelo menos em tese, será passível de punição o agente responsável pelo controle jurídico do processo licitatório, como, por exemplo, o parecerista jurídico, tendo em vista que a ele compete a análise da regularidade legal do procedimento. Por outro lado, a punição penal só pode ocorrer a título de dolo, salvo quando expressamente prevista sua punição pela conduta culposa (imprudência, imperícia ou negligência).

Com efeito, só será passível de responsabilização penal quando o agente agir de maneira consciente e voluntária para a prática do delito. O parecerista que não constatar e deixar expresso o protesto acerca da impossibilidade da contratação direta, ainda que tenha atuado de maneira negligente, não será punido penalmente. A contrário senso, constatando-se que, de maneira consciente e voluntária, foi omisso em apontar os óbices legais à contratação ou à licitação, haverá a incidência da norma proibitiva.

Trata-se de crime próprio (tem como sujeito ativo agente público) e formal, sendo prescindível a ocorrência de dano ou prejuízo ao erário, punível apenas na modalidade dolosa. Destaque-se que o Supremo Tribunal Federal[82] firmou entendimento no sentido da necessidade de um especial fim de agir consistente no intento específico de lesar o erário ou de obter vantagem indevida, não havendo criminalização por mero descumprimento de formalidades legais, entendimento este que não deve ser alterado em razão da nova redação do tipo penal.

A supressão do parágrafo único do art. 89 da Lei n. 8.666/93 na redação do art. 337-E do Código Penal é irrelevante, tendo em vista que, constatada a concorrência do contratado para a consumação do delito,

[82] STF. 1ª Turma. Inq 3962/DF, Rel. Min Rosa Weber, julgado em 20/2/2018 (Info 891).

responderá pelo crime em coautoria com o agente público responsável. O mesmo ocorre com o crime de modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo, agora tipificado no art. 337-H do Código Penal.

No crime de fraude em licitação ou contrato, art. 337-L do CP, houve a explicitação de algumas condutas que, antes, havia dúvidas se constavam do art. 96 da Lei n. 8.666/93.

Por fim, no crime de contratação inidônea, houve a separação das condutas relativas ao procedimento licitatório e à celebração de contrato, com a previsão de penas mais altas para essa última hipótese, tendo em vista ser mais gravosa.

# ANEXO DE PRAZOS E VALORES

## MODALIDADES DE LICITAÇÃO
### - Prazos de Publicação/Divulgação -

| | |
|---|---|
| **PREGÃO** | **8 DIAS ÚTEIS**<br>Para aquisição de bens<br><br>**10 DIAS ÚTEIS**<br>Para a prestação de serviços |
| **LEILÃO** | **15 DIAS ÚTEIS** |
| **CONCURSO** | **35 DIAS ÚTEIS** |
| **DIÁLOGO COMPETITIVO** | **25 DIAS ÚTEIS**<br>Para manifestação de interesse de participação na licitação<br><br>**60 DIAS ÚTEIS**<br>Para apresentação das propostas |

## IMPUGNAÇÃO + PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS DE EDITAL (Art. 164)

| | |
|---|---|
| **3 DIAS ÚTEIS** | Impugnação pelo licitante |
| **3 DIAS ÚTEIS** | Solicitação de esclarecimento pelo licitante |
| **3 DIAS ÚTEIS *** | Resposta à impugnação ou ao pedido de esclarecimento pela Administração |

***** Limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame

## APRESENTAÇÃO DE RECURSOS Contados da Data de Intimação / Lavratura da Ata (Art. 165)

| | |
|---|---|
| **3 DIAS ÚTEIS** | Em face do julgamento das propostas |
| **3 DIAS ÚTEIS** | Ato de habilitação ou inabilitação de licitante |
| **3 DIAS ÚTEIS** | Anulação ou revogação da licitação |
| **3 DIAS ÚTEIS** | Extinção do contrato, quando determinada por ato unilateral e escrito da Administração |

**APRESENTAÇÃO DE RECURSOS**
**Em face de aplicação de SANÇÕES**
**(Art. 166)**

**15 DIAS ÚTEIS**

**ADVERTÊNCIA**

**MULTA**

**IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR**

**DECISÃO ADMINISTRATIVA**
**Prazos para a Administração julgar o recurso**

**5 DIAS ÚTEIS**

**RECONSIDERAÇÃO**

Pela **autoridade** que aplicou a sanção

**20 DIAS ÚTEIS ***

**DECISÃO**

Do recurso pela **autoridade superior** à que aplicou a sanção

Máximo de **20 dias úteis**, contado do recebimento dos autos

**VALORES LIMITES**
**Contratações por Dispensa de Licitação**
**(Art. 75)**

**Até R$ 100 Mil**

Casos de
**Obras** e **Serviços de Engenharia**

ou

**Serviços de Manutenção de Veículos Automotores**

**Até R$ 50 Mil**

Casos de **outros serviços** e **compras**

**- OBSERVAÇÃO -**

Os **valores** serão **DUPLICADOS** para compras, obras e serviços contratados por **consórcio público** ou **por autarquia ou fundação qualificadas como agências executivas** (§2° art. 75)

# REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos**: teoria e jurisprudência. 3. ed. – Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro.** In Interesse Público – IP, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 5, n° 19, maio-junho de 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**., 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 319.

FREITAS, Alexandre Mattos. As barreiras à disseminação da consensualidade nas contratações públicas no Brasil. In DEZAN, Sandro Lúcio; e CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli (org.). **Hermenêutica do Direito Administrativo e Serviços Públicos**: ordem jurídica e serviços públicos. Volume 1 – Curitiba: CRV, 2020, p. 209-227.

FREITAS, Alexandre Mattos de. Ampliação da concepção democrática nos processos administrativos de licitação: a modalidade Diálogo Competitivo e a sistematização do Procedimento de Manifestação de Interesse. In DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; e GUEDES, Jefferson Carlos Carús (Org.). **Hermenêutica do Direito e Processo Administrativo**: Fundamentos do Processo Administrativo Contemporâneo. Curitiba: CRV, 2021, p. 295-319.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 711.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos Administrativos**. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos**. 18. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 208.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso A. Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010

MORENO, Maís. **O novo PMI, Procedimento de Manifestação de Interesse**. Consultor Jurídico, Dez 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-dez-09/pmi-procedimento-manifestacao-interesse#author. Acesso em 29 Mar. 2021

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 119.

NOHARA, Irene Patrícia. **Diálogo Competitivo**. Direito Administrativo, Jul. 2018. Disponível em: https://direitoadm.com.br/dialogo-competitivo/. Acesso em 24 Mar. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos** - Teoria e Prática. Grupo GEN, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991333/. Acesso em 25 Mar. 2021.

PÉRCIO, Gabriela Verona. **A Lei 12.349/2010 e a preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais em licitações**: uma análise crítica à luz do princípio do desenvolvimento nacional sustentável. Revista de Informação Legislativa, v. 49, n. 196, p. 233-248, out./dez. 2012

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

SOUZA, Delfino Natal de; MAGALHÃES, Fabrício Arthur Galupo. **O uso do poder de compra e as políticas de compras**. In: VILLAC, Teresa; BLIACHERIS, Marcos Weiss; SOUZA, Lilian Castro de. (Coord.). Panorama das licitações sustentáveis: direito e gestão pública. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 285-298.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 3: **Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Contratos Administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública Contemporânea**: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017.