



A NOVA LEI Nº 14.133/2021 DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Setembro de 2022

Sumário

1. Conceitos introdutórios	5
Campo de aplicação subjetiva da Lei nº 14.133/2021	5
Campo de aplicação objetiva da Lei nº 14.133/2021	6
a) Vigência	7
b) Regras de transição	8
Regras de transição - Municípios com até 20 mil habitantes	10
Regras de transição: artigos de luxo	11
c) Aplicação da Lei Complementar nº 123/2006	12
d) Servidores designados para as funções essenciais de execução da Lei nº 14.133/2021	14
Agente de contratação e equipe de apoio – Pregoeiro – Comissão de contratação.....	15
e) Disposições da nova lei sobre o controle externo e interno das contratações governamentais	18
2. Fase preparatória.....	23
a) Objetivos da licitação (ou do processo licitatório)	23
b) Processo Licitatório	25
c) Rito procedimental comum	27
d) Fase preparatória do processo licitatório – planejamento da contratação.....	28
Análise de riscos - noções	35
e) Pesquisa de preços – orçamento sigiloso.....	43
f) Edital da licitação	45
g) Margem de preferência	45
3. Modalidades de licitação	47
a) Concorrência e pregão	47
b) Concurso.....	50
c) Leilão	51
d) Diálogo competitivo	52
4. Critérios de julgamento, modos de disputa e publicidade	56
a) Critérios de julgamento	56
b) Modos de disputa.....	58
c) Garantia de proposta	62
d) Publicidade da licitação (prazo para divulgação do edital)	63
5. Regras específicas para as compras e contratações de obras e serviços de engenharia	68
a) Regras específicas para as compras	68
b) Regras específicas para contratações de obras e serviços de engenharia.....	72
6. Julgamento da proposta	77

Negociação	80
7. Julgamento da habilitação	82
a) Fases de habilitação.....	82
b) Habilitação jurídica.....	83
c) Qualificação técnico-profissional e técnico-operacional	83
d) Habilitação fiscal, social e trabalhista	84
e) Habilitação econômico-financeira	85
f) Saneamento de documentos exigidos em licitações	86
8. Fase recursal e formalidades complementares	90
a) Impugnação ao edital da licitação	90
b) Recurso hierárquico e pedido de reconsideração	91
c) Recurso administrativo quando da aplicação de sanção	93
9. Instrumentos auxiliares – Sistema de registro de preços	95
a) Procedimentos auxiliares	95
Credenciamento	95
Pré-Qualificação	96
Procedimento de Manifestação de Interesse	97
Registro Cadastral.....	98
b) Sistema de registro de preços.....	100
10. Contratação direta	105
a) Processo de contratação direta	105
b) Inexigibilidade de licitação	110
c) Dispensa de licitação.....	113
11. Contratos administrativos	116
a) Formalização dos contratos – desistência da contratação	116
b) Publicidade dos contratos	117
c) Formalização de instrumento de contrato	117
d) Garantias contratual.....	118
e) Matriz de riscos	120
f) Duração dos contratos	121
g) Contratação com remuneração variável	124
h) Meios alternativos de resolução de controvérsias	124
12. Sanções administrativas	127
a) Sanções.....	127
b) Procedimento de apuração e aplicação de sanção	129
c) Desconsideração da personalidade jurídica	129

d) Publicidade da sanção aplicada no CEIS e no CNEP	130
e) Multa compensatória	130
f) Reabilitação de licitante ou contratado.....	131
Referências (e bibliografia indica)	132

José Vieira de Santana

Bacharel em Direito pela FDR/UFPE; pós-graduado em Direito Público pela ESMAPE e em Administração Pública e Gerência de Cidades pelo Centro Universitário Internacional UNINTER; pós-graduado em LLM em Regulação de Infraestrutura pela Católica Business School (UNICAP/PE); autor colaborador do livro “Obras Públicas e Serviços de Engenharia na Nova Lei de Licitações e Contratos”, editado pela Lumen Juris; Analista de Gestão no TCE-PE; experiência de mais de 15 anos na área de contratação e gestão públicas; instrutor, palestrante e professor convidado junto a entidades públicas e privadas.



j.vieirah@gmail.com



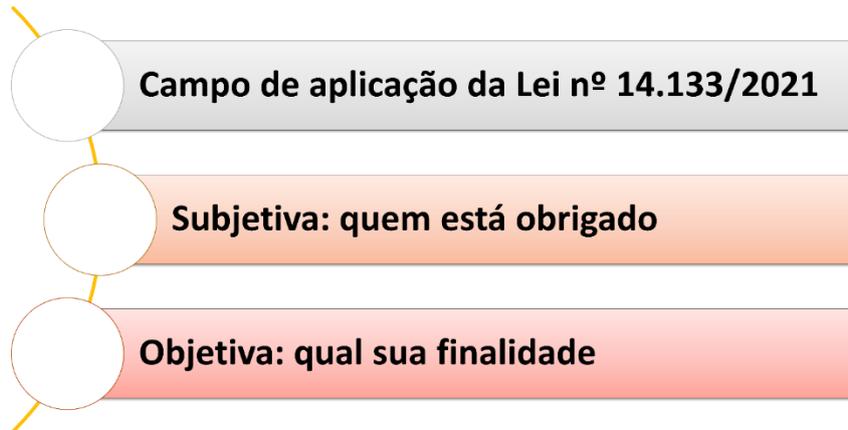
[\(81\) 99966-9300](tel:(81)99966-9300)



[@prof.josevieira](https://www.instagram.com/prof.josevieira)

1. Conceitos introdutórios

É importante identificar o campo de aplicação da Lei nº 14.133/2021, isto é, quem está obrigado a observá-la e o que ela disciplina.



Campo de aplicação subjetiva da Lei nº 14.133/2021

Consoante seu art. 1º, identificamos o primeiro disciplinamento sobre a aplicação subjetiva da nova lei:

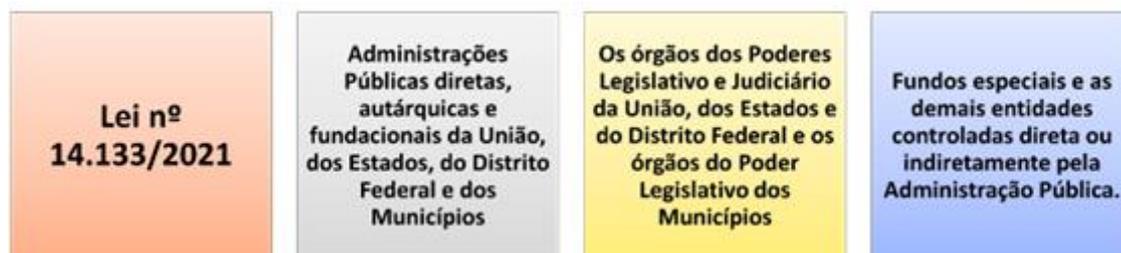
Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange:

I - os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa;

II - os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.

§ 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei.

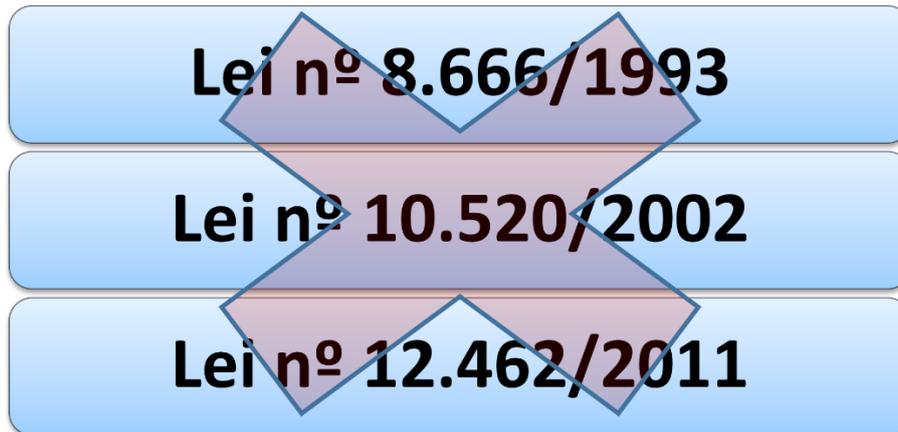
Esquemáticamente, temos:



Por terem normas próprias, a Lei nº 14.133/2021 não se aplica às empresas estatais (nem subsidiariamente):



Assim, a Lei nº 14.133/2021 substitui as atuais Leis nº 8.666/1993, 10.520/2010 e 12.462/2011:



Campo de aplicação objetiva da Lei nº 14.133/2021

A finalidade da Lei nº 14.133/2021, isto é, seu campo de aplicação objetivo encontra-se em seu art. 2º:

Art. 2º Esta Lei aplica-se a:

- 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, inclusive os técnico-profissionais especializados;
- VI - obras e serviços de arquitetura e engenharia;
- VII - contratações de tecnologia da informação e de comunicação.

Já o art. 3º apresentam expressamente as contratações que não estão subordinadas ao disciplinamento da Lei nº 14.133/2021:

Art. 3º Não se subordinam ao regime desta Lei:

- I - contratos que tenham por objeto operação de crédito, interno ou externo, e gestão de dívida pública, incluídas as contratações de agente financeiro e a concessão de garantia relacionadas a esses contratos;
- II - contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria.

O inciso II, deste art. 3º, pode apresentar dificuldade prática em sua aplicação, visto que o legislador da Lei nº 14.133/2021 não optou pela mesma solução legislativa adotada pelo §3º, do art. 62 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 62 (...)

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

- I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;
- II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

Outra opção legislativa não muito feliz é encontrada no art. 189 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 189. Aplica-se esta Lei às hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e aos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

O art. 189 determina que, quando da aplicação de dispositivos normativos que façam expressa referência às Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/ 2002, e aos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/ 2011, seja utilizada as disposições da Lei nº 14.133/2021, o que pode gerar um problema seja porque pode não haver regra semelhante na nova Lei, seja porque eventual disciplinamento pode não ser compatível com o disciplinado até então e que motivou o legislador a fazer menção às citadas Leis.

É o caso do art. 55, inciso III, da Lei nº 13.303/2016:

Lei nº 13.303/2016

Art. 55. Em caso de empate entre 2 (duas) propostas, serão utilizados, na ordem em que se encontram enumerados, os seguintes critérios de desempate:

(...)

III - os critérios estabelecidos no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, e no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

(...)

Pode ser dito, então, que a Lei nº 14.133/2021 não se aplica:

Contratos que tenham por objeto operação de crédito, interno ou externo, e gestão de dívida pública, incluídas as contratações de agente financeiro e a concessão de garantia relacionadas a esses contratos

Contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria (por exemplo, publicidade)

Empresas estatais

Entidades do sistema "S" (TCU - Acórdãos do Plenário nº 184/1998, 1.337/2003, 2.244/2008)

Organizações Sociais – OS (TCU - Acórdãos do Plenários nº 353/2005, 114/2010, 3.373/2012, 3.239/2013)

Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPS (TCU - Acórdão Plenário nº 1.777/2005)

a) Vigência

s arts. 193 e 194 estabelecem a vigência da Lei nº 14.133/2021:

Art. 193. Revogam-se:

I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;

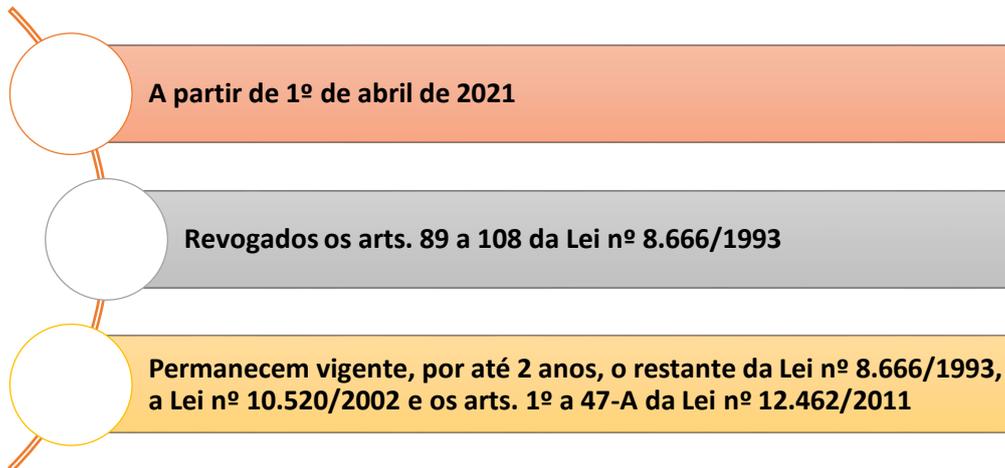
II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

Art. 194. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sobre o tema, Joel de Menezes Niebuhr¹ afirma:

O artigo 193 da Lei n. 14.133/2021 prescreve que ela entra em vigor logo que sancionada e publicada. Portanto, não haverá a chamada *vacatio legis* (vacância da lei), cuja regra geral, conforme o artigo 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é de 45 (quarenta e cinco) dias a contar da publicação. Esse prazo de vacância costuma ser dado para que as pessoas tenham tempo de compreender a lei nova e adequarem os seus comportamentos a ela. No caso da Lei n. 14.133/2021, a vigência é imediata, o que significa que com a publicação, que se deu em 1º/04/2021, ela já está apta a produzir efeitos, ou seja, ela pode ser aplicada pela Administração imediatamente.

Portanto:



b) Regras de transição

A Lei nº 14.133/2021, muito embora já vigente a partir de 1º de abril de 2021, fixou um período de transição entre o regime antigo e suas novas regras com duração de 2 anos:

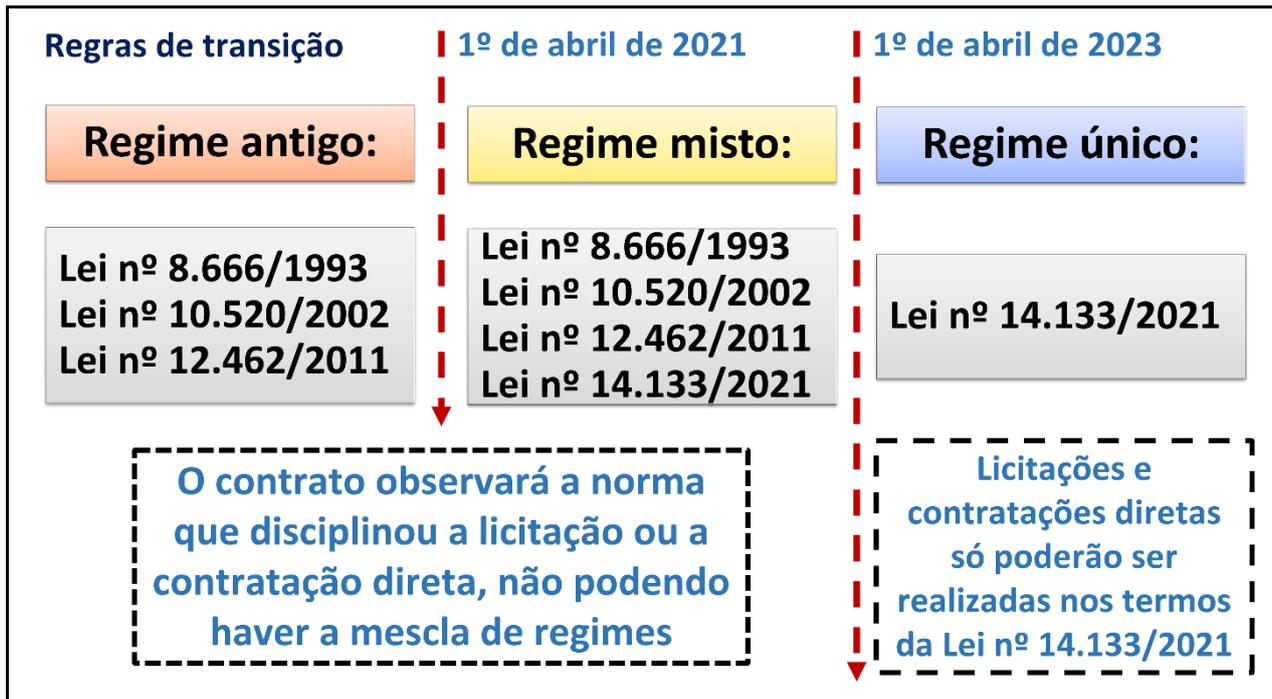
Art. 190. O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

Esquemáticamente, tem-se:

¹ NIEBUHR, Joel de Menezes *et al.* Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. p.7.



Para Joel de Menezes Niebuhr²:

Portanto, durante os dois anos que seguem à publicação da Lei n. 14.133/2021 a Administração dispõe de três opções: (i) aplicar o regime novo, (ii) aplicar o regime antigo ou (iii) alternar os regimes, ora promovendo licitações sob o regime antigo e ora promovendo licitações sob o regime novo. Na prática, é permitido à Administração permanecer com o regime antigo de licitações e contratos por até dois anos, tempo bem alargado. Supõe-se que neste intervalo à Administração faça os estudos necessários sobre a Lei n. 14.133/2021, adapte os seus processos internos, qualifique os seus servidores e passe a aplicar o novo regime. No entanto, repita-se que a Lei n. 14.133/2021 já entrou em vigência com a sua publicação, o que significa que desde então é permitido à Administração adotá-la. Logo, as entidades e órgãos que se sentirem preparados, estão autorizados a passar a adotar o regime novo a partir de quando entenderem conveniente. Não precisam esperar os dois anos.

O TCE-PE, ao responder consulta sobre a adesão a ata de registro de preços, firmou igual entendimento no Acórdão nº 740/2021:

IV. A partir de 01/04/2021, encontra-se vigente a Lei Federal nº 14.133/2021 (novo Estatuto de Licitações e Contratos) e conforme arts. 191, 193 e 194, até o decurso do prazo de 02 (dois) anos, a Administração poderá optar, através do Edital, por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta nova Lei ou de acordo com a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011, vedada a aplicação combinada daquela norma com alguma destas últimas;

Joel de Menezes Niebuhr chama a atenção, com propriedade, que a opção de transição adotada pela Lei nº 14.133/2021 é diferente do verificado quando do início de vigência da Lei nº 13.303/2016³:

Essa solução é muito parecida com a oferecida pelo Legislador na Lei n. 13.303/2016, que disciplina as estatais, inclusive suas licitações e contratos, como preceitua o seu artigo 91. No caso das estatais, a grande maioria resolveu mexer-se em cima do laço, quando os 2 (dois) anos já estavam prestes a vencer. Nada impede que aconteça o mesmo com a Lei n. 14.133/2021. Há, no entanto, uma diferença importante na Lei n. 14.133/2021 em comparação com a Lei n. 13.303/2016: as estatais

² NIEBUHR, Joel de Menezes *et al.* Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. p.8.

³ NIEBUHR, Joel de Menezes *et al.* Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. p.8-9.

tinham o prazo para passarem a adotar a Lei n. 13.303/2016. Num dado momento, passavam a adotar a Lei n. 13.303/2016 e deixavam o regime antigo, mesmo que o fizessem antes dos 2 (dois) anos. Não lhes foi permitido usar os dois regimes ao mesmo tempo. A Lei n. 14.133/2021 inovou nesse sentido, porque permitiu que a Administração vá adotando o regime novo paulatinamente, sem se obrigar a abandonar de vez o antigo, pelo menos dentro desse prazo de 2 (dois) anos. Noutras palavras, é permitido lançar licitação pela Lei n. 8.666/1993 e outra pelo regime novo, ir alternando os regimes, como melhor aprouver, desde que o edital deixe claro qual o regime é utilizado. O proibido é lançar licitação com uma espécie de simbiose dos dois regimes, um pouco de cada. Portanto, o fato de órgão ou entidade lançar licitação pelo regime novo não significa que abandonou totalmente o antigo. É como se fosse uma fase alongada de 2 (dois) anos de test drive, até que a Administração pegue confiança e decida de uma vez ou seja forçada a abandonar o regime antigo. Projeta-se um belo salseiro nesse biênio. Uns órgãos e entidades no velho, outros no novo, outros intercalando o velho e o novo. Isso deve gerar muita insegurança jurídica para os agentes administrativos, para os licitantes e para os contratados. Períodos de transição são por si só difíceis. Este vai e vem inusitado da Lei n. 14.133/2021 deve dificultar bem mais as coisas, embora permita à Administração uma certa experimentação e uma transição mais suave.

Regras de transição - Municípios com até 20 mil habitantes

Uma regra de transição particular foi fixado no art. 176 da Lei nº 14.133/2021 relativamente para municípios com até 20 mil habitantes:

Art. 176. Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento:

- I - dos requisitos estabelecidos no art. 7º e no caput do art. 8º desta Lei;
- II - da obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o § 2º do art. 17 desta Lei;
- III - das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial.

Parágrafo único. Enquanto não adotarem o PNCP, os Municípios a que se refere o caput deste artigo deverão:

- I - publicar, em diário oficial, as informações que esta Lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato;
- II - disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo o referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica.

Desta forma, tem-se:

Os Municípios com até 20.000 habitantes estão dispensados até 1º de abril de 2027 (6 anos)

I – observar os requisitos para designação de agentes públicos (art. 7º e no caput do art. 8º)

II - da obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica

III - das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial

Esses municípios, enquanto não adotarem o PNCP, deverão:

I - publicar, em diário oficial, as informações que a Lei nº 14.133/2021 exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato;

II - disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo o referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento

Há na doutrina críticas a esse dispositivo do art. 176, como por exemplo Joel de Menezes Niebühr⁴:

Esse prazo é muito extenso, parece exagerado 6 (seis) anos, sobretudo para licitar de modo eletrônico e usar diário oficial eletrônico, o que não é nada demais e já vem sendo usado por quase todos, como, inclusive é exigido pelo § 3º do artigo 1º do Decreto Federal n. 10.024/2019 em relação às transferências voluntárias. No mesmo passo, para a aplicar a Lei n. 14.133/2021, todos os entes terão que se estruturar e contar com gente qualificada. Não faz sentido dispensar os municípios menores da obrigação de contar com gente qualificada e, ao mesmo tempo, exigir deles o cumprimento de todas as obrigações e procedimentos novos. Sem gente qualificada, não conseguirão cumpri-los. Talvez a maior utilidade do artigo 176 da Lei n. 14.133/2021 seja adiar por 6 (seis) anos a obrigação dos municípios de tomar as medidas para a segregação de funções, em conformidade com o § 1º do artigo 7º, cujo texto veda “[...] a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos [...]”. É que, para cumprir essa ordem, os municípios precisariam ampliar os seus quadros, difícil de se fazer em curto ou médio espaço de tempo, por todas as restrições financeiras enfrentadas.

Regras de transição: artigos de luxo

O art. 20 da Lei nº 14.133/2021 fixou o prazo de 180 dias, contados da promulga dela (1º de abril de 2021), para os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário regulamentarem os limites para o enquadramento de bens de consumo nas categorias comum e luxo:

Art. 20. 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, vedada a aquisição de artigos de luxo.

§ 1º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário definirão em regulamento os limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo.

§ 2º A partir de 180 (cento e oitenta) dias contados da promulgação desta Lei, novas compras de bens de consumo só poderão ser efetivadas com a edição, pela autoridade competente, do regulamento a que se refere o § 1º deste artigo.

§ 3º (VETADO)

Se faz importante destacar que a regra do art. 20 da Lei nº 14.133/2021 não é uma proibição à Administração Pública adquirir bens de consumo de qualidade ou de excelente qualidade, como acertadamente destaca Joel de Menezes Niebühr⁵:

A redação do dispositivo não é das melhores, porque associa objetos que não sejam de qualidade comum com artigos de luxo. A associação é indevida e a Administração pode, obviamente, contratar objetos com qualidade superior àquela considerada comum. O dispositivo não pode ser interpretado como uma espécie de proibição à contratação de objetos de qualidade ótima, de ótimo desempenho e performance. O que se veda é a contratação de artigos de luxo, supérfluos e, nessa medida, desnecessários e desproporcionais.

Sobre a regulamentação a que se refere esse dispositivo da Lei nº 14.133/2021, Tatiana Camarão afirma⁶:

Caberá aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário regulamentarem os limites para classificação de bens de consumo comuns e de luxo. Essa regulamentação deverá ocorrer com a brevidade e a

⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes *et al.* Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. p.18.

⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022. (e-book).

⁶ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. (e-book).

importância que o tema merece, pois as compras de bens de consumo a serem realizadas a partir de 180 dias da promulgação da Lei no 14.133/21 ficarão condicionadas à edição desse regulamento.

c) Aplicação da Lei Complementar nº 123/2006

Em seu art. 4º, a Lei nº 14.133/2021 apresenta regras específicas sobre a aplicação dos benefícios previstos na Lei Complementar nº 123/2006 à microempresas, empresas de pequeno porte e equiparadas:

Art. 4º Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

§ 1º As disposições a que se refere o caput deste artigo não são aplicadas:

I – no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte;

II – no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

§ 2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano- calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.

§ 3º Nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites previstos nos §§ 1º e 2º deste artigo.

**NÃO SE APLICA AS REGRAS DA
LEI COMPLEMENTAR Nº
123/2006**



**VALOR ESTIMADO É SUPERIOR
À RECEITA BRUTA ADMITIDA
PARA ENQUADRAMENTO (R\$
4.800.000,00**



**VALOR DE CONTRATOS JÁ
CELEBRADOS ULTRAPASSA
A RECEITA BRUTA MÁXIMA**

Joel de Menezes Niebuhr observa que a Lei nº 14.133/2021 alterou o tratamento dado as microempresas e empresas de pequeno porte (e equiparadas) instituído pela Lei Complementar nº 123/2006⁷:

Como visto, a Lei n. 14.133/2021 alterou esse quadro, porém, ressalva-se, apenas em relação às licitações e contratos administrativos. De acordo com o supracitado §2º do artigo 4º da Lei n. 14.133/2021, a microempresa ou empresa de pequeno porte que já firmou contratos com valores somados superiores ao que serve como limite para enquadramento de empresa de pequeno porte não pode mais se utilizar dos benefícios da Lei Complementar n. 123/2006 atinentes às licitações e

⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022. (e-book).

contratos. Os contratos bastam, não é mais necessário, para esse efeito, que ocorra de fato o faturamento. Permanecem microempresas ou empresas de pequeno porte, não são desenquadradas, podem se valer dos demais benefícios da Lei Complementar n. 123/2006, porém não dos benefícios pertinentes às licitações e contratos administrativos.

Bem se vê que a Lei n. 14.133/2021 alterou, de maneira restritiva, o regime de privilégios tocantes às licitações e contratos administrativos concedidos em favor das microempresas e empresas de pequeno porte pela Lei Complementar n. 123/2006. As alterações são positivas e corrigem situações inusitadas de flagrante desproporcionalidade, em que microempresas e empresas de pequeno porte se faziam prevalecer, especialmente por meio do direito de preferência, em licitações com valores estimados muitas vezes superiores ao limite de enquadramento das empresas de pequeno porte ou que venciam, também com o uso do direito de preferência, diversas e sucessivas licitações com valores de igual forma excedentes.

A constitucionalidade desses dispositivos da Lei nº 14.133/2021 é defendida por Marçal Justen Filho⁸:

A disciplina do regime jurídico de licitações e contratações de empresas de pequeno porte e de microempresas não é reservada à lei complementar. As normas sobre o tema foram introduzidas no bojo de uma lei complementar, cuja edição se fundou na previsão do art. 146, inc. III, al. “d”, da CF/1988.

Por decorrência, as normas contidas na LC 123/2006 que não envolvam o tratamento diferenciado e favorecido em matéria de legislação tributária não se configuram como objeto de lei complementar. Isso significa que têm natureza e eficácia de lei ordinária todas as disposições veiculadas pela LC 123/2006 sobre licitação e contratação administrativa.

Portanto, não existe vício em a matéria ser disciplinada pela Lei 14.133/2021.

Há, porém, que vislumbra vícios nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 4º da Lei nº 14.133/2021, a exemplo de Sidney Bittencourt⁹:

Apesar da boa intenção, tal regramento, a nosso ver, afronta a regra constitucional de acesso das pequenas empresas às licitações públicas, pois o dispositivo exclui o tratamento privilegiado na hipótese do valor estimado do item da contratação ultrapassar o teto estabelecido para a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte (R\$4.800.000,00) sem que a receita bruta da empresa alcance esse valor quando da licitação e ainda sem saber se ela sagrar-se-á vencedora da competição.

No mesmo entendimento pela de que as restrições impostas às microempresas e empresas de pequeno porte são indevidas, citam-se Marinês Restelatto Dotti¹⁰ e Jonas Lima¹¹.

Ver-se, portanto, que as regras dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 4º da Lei nº 14.133/2021 já são objeto de debates entre os doutrinadores.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.88-89.

⁹ BITTENCOURT, Sidney. Nova Lei de Licitações passo a passo: comentando, artigo por artigo, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p.105.

¹⁰ DOTTI, Marinês Restelatto. A indevida restrição à concessão do tratamento privilegiado às entidades de menor porte. ONLL – Observatório da Nova Lei de Licitações, 14 jan. 2020. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/14/a-indevida-restricao-a-concessao-do-tratamento-privilegiado-as-entidades-de-menor-porte/>. Acesso em 14 fev. 2021.

¹¹ LIMA, Jonas. Senado aprova nova Lei de Licitações. Consultor Jurídico, 10 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-10/senado-aprova-lei-licitacoes-texto-segue-sancao>. Acesso em 16 dez. 2020.

d) Servidores designados para as funções essenciais de execução da Lei nº 14.133/2021

Nos arts. 7º e 8º, a Lei nº 14.133/2021 traz normas sobre designação de agentes públicos que irão desempenhar as “funções essenciais à execução” da nova Lei.

Tatiana Camarão muito bem discorre que os arts. 7º, 8º e 9º da Lei nº 14.133/2021 impõe à governança das organizações o reconhecimento da atuação de agentes públicos no plano gestão das contratações públicas:

A presença da governança nas organizações ocorre por meio dos mecanismos de liderança, estratégia e controle, destinados a avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das contratações públicas, e permite contratações que agreguem valor ao negócio fim de cada organização, mantendo um grau de riscos aceitável. Nesse contexto, é certo que o aperfeiçoamento da engrenagem das contratações depende do apoio e de investimentos dos responsáveis pela alta direção aos/nos profissionais que ocupam as principais posições da área de contratação, para que as escolhas dos agentes públicos sejam pautadas pela probidade, conhecimento, habilidade, aptidão e eticidade.

Nesse sentido, o texto do novel diploma de licitação e contratos enfatiza pontos importantes que a liderança deve ater-se quando do exercício de seu papel, como as medidas de integridade voltadas aos agentes públicos (art. 7º, III e §1º; art. 9º); a gestão por competência (art. 7º, I e II) e a matriz de responsabilidade (art. 8º); a segregação de funções (art. 7º, §1º); o plano de capacitação (art. 18, §1º, X; art. 169, §3º, I; art. 173); e a definição de funções (art. 8º, §3º e 4º).

Sobre o tema, Cláudio Sarian Altounian, Daniel Luiz de Souza e Leonardo Guimarães Lapa asseveram: “Esses dispositivos espelham o conjunto de práticas que asseguram as condições mínimas para o exercício da boa governança, quais sejam: pessoas íntegras, capacitadas, competentes, responsáveis e motivadas ocupando os principais cargos das organizações e liderando os processos de trabalho”.

O art. 7º apresenta o perfil geral que a autoridade do órgão licitante deverá observar na escolha desses agentes públicos:

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

I - sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;

II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e

III - não sejam cônjuge ou companheiro de 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.

§ 1º A autoridade referida no *caput* deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

§ 2º O disposto no *caput* e no § 1º deste artigo, inclusive os requisitos estabelecidos, também se aplica aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração.

Sobre a segregação de funções, Joel de Menezes Niebuhr comenta:

Essa possibilidade aberta pela legalidade de organizar, alocar e distribuir as atividades desses agentes que ocupam cargos com competências administrativas gerais é, de certa forma, limitada pela ideia de segregação de funções. Aliás, uma das novidades da Lei n. 14.133/2021 foi a de tornar a segregação de funções um princípio jurídico, o que consta expressamente do *caput* do seu artigo 5º . Esclareça-se que a segregação de funções nunca foi norma legal, regra nem princípio jurídico.

Sempre foi considerada uma espécie de boa prática contábil, especialmente para efeito de controle, separando-se quem autoriza e controla dada despesa de quem a executa. A premissa é que a produção de certos atos gera conflitos de interesse e, portanto, para evitar desvios, os tais atos devem ser acometidos a pessoas diferentes. O propósito é o de prevenir os tais desvios e, quando eles ocorrem, que não sejam ocultados facilmente pelo seu próprio autor, uma vez que submetidos ao escrutínio de outra pessoa.

A Lei n. 14.133/2021, no §1º do seu artigo 7º, foi além e sinalizou o conteúdo jurídico do princípio da segregação de funções ao vedar “[...] a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação”. Ou seja, na formulação do §1º do artigo 7º da Lei n. 14.133/2021, o princípio da segregação de funções não demanda apenas que se separe quem autoriza e controla de quem executa. O conteúdo do princípio foi definido de modo mais alargado, para que se atribuam a pessoas diferentes “as funções mais suscetíveis a riscos”. O conteúdo do princípio está centrado no risco e não apenas na vedação de concentração na mesma pessoa do controle e da execução. Sabe-se que a definição, qualificação e mitigação de riscos é algo bastante subjetivo e relativo.

A seguir, acrescenta¹²:

O problema é que, na maioria dos casos, segregar funções pressupõe a disposição de quantidade maior de agentes administrativos. Por ilustração, num município pequeno, com inúmeros desafios e limitações financeiras, o mesmo agente administrativo redige o edital, é pregoeiro e fiscal de contrato. Em razão dos precedentes do Tribunal de Contas da União, essas atividades devem ser segregadas, fazendo com que o pregoeiro não participe da redação do edital nem que atue na fiscalização do contrato. Enfim, em vez de um agente administrativo, passam a ser necessários dois agentes administrativos. Isso custa, evidentemente. Inclusive, para muitos municípios o cumprimento da decisão do Tribunal de Contas da União importa na realização de concurso público e na contratação de novo agente. Em vez de contratar agente para a prestação direta de serviços públicos, por exemplo, um novo médico ou enfermeira para atender em posto de saúde, terá que contratar um novo agente para ser pregoeiro, porque o agente que era designado para tal função já não pode mais o ser.

É preciso moderação em relação à amplitude do princípio da segregação de funções, de maneira que ele não engesse e imponha gastos desnecessários à Administração Pública. Pode-se depreender do princípio que a pessoa que produz ou executa o ato não deve ser a mesma pessoa que o aprova e o controla. Isso é lógico, consegue-se extrair da própria legalidade e, sendo assim, pode ser exigido da Administração Pública. Pode-se dizer que esse é o conteúdo mínimo do princípio da segregação de funções.

Agente de contratação e equipe de apoio – Pregoeiro – Comissão de contratação

No art. 8º, a Lei nº 14.133/2021 cuidou de uma específica designação, qual seja, do agente de contratação, bem como traz disciplinamento sobre a equipe de apoio, do pregoeiro e da comissão de contratação:

Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

§ 1º O agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe.

¹² NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022. (e-book).

§ 2º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais, desde que observados os requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, o agente de contratação poderá ser substituído por comissão de contratação formada por, no mínimo, 3 (três) membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão.

§ 3º As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei.

§ 4º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais cujo objeto não seja rotineiramente contratado pela Administração, poderá ser contratado, por prazo determinado, serviço de empresa ou de profissional especializado para assessorar os agentes públicos responsáveis pela condução da licitação.

§ 5º Em licitação na modalidade pregão, o agente responsável pela condução do certame será designado pregoeiro.

Sobre os agentes públicos que atuam na fase externa da licitação, observa Joel de Menezes Niebuhr¹³:

A Lei n. 14.133/2021 traz novidades no tocante ao agente administrativo encarregado de conduzir a licitação pública na sua etapa externa, prevendo três figuras distintas: o agente de contratação, o pregoeiro e a comissão de contratação. Em vez de optar por um grupo de agentes, que é o que ocorre com a comissão de contratação, ou por um agente só, que é o que ocorre com o agente de contratação e o pregoeiro, o legislador preferiu deixar em aberto todas as possibilidades, permitindo que a Administração escolha a opção mais adequada conforme o caso. A regra é que as licitações sejam conduzidas por agente de contratação ou por pregoeiro e, apenas excepcionalmente, nos casos de bens ou serviços especiais, por comissão de contratação.

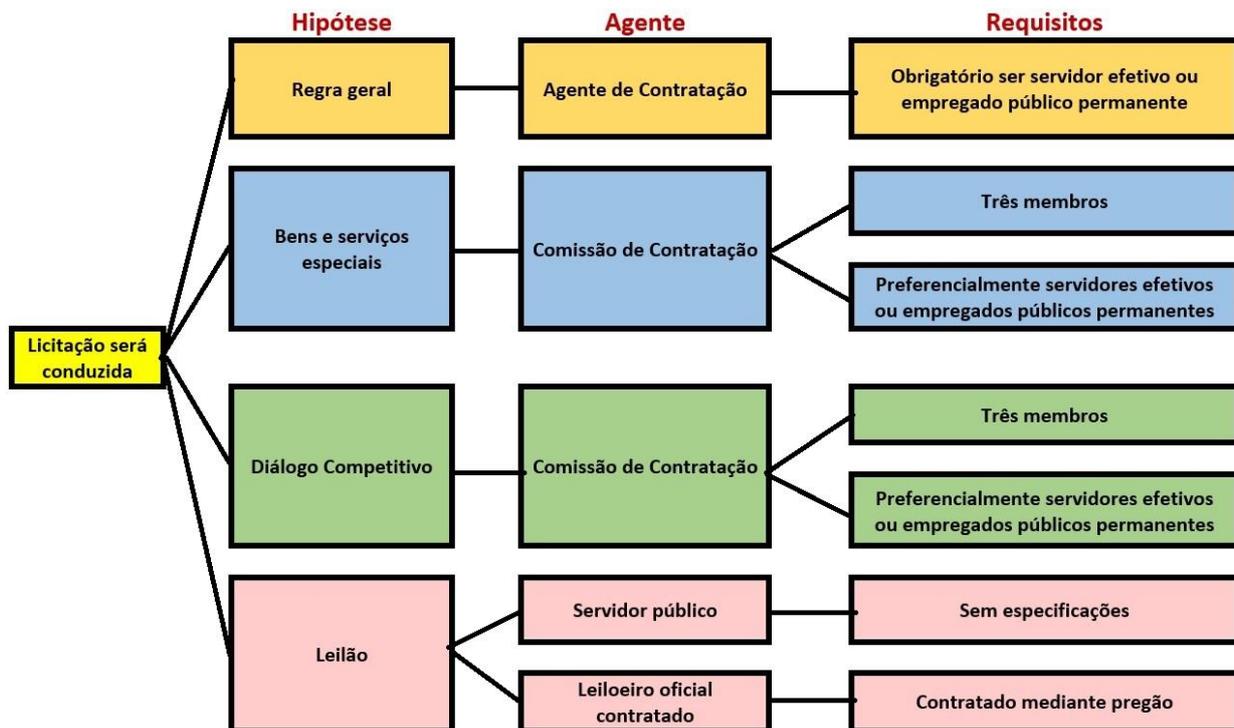
Diga-se, já de antemão, que a distinção entre agente de contratação e pregoeiro é meramente formal, dado que as competências são as mesmas. A única distinção, em tudo irrelevante, é que o pregoeiro atua na modalidade pregão e o agente de contratação, nas demais modalidades.

A Lei n. 14.133/2021 também faz breve referência à equipe de apoio, nos mesmos moldes da modalidade pregão da Lei n. 10.520/2021, cuja função é assistir o agente de contratação ou o pregoeiro.

Ainda que não haja um consenso doutrinário a respeito, aos art. 7º e 8º da Lei nº 14.133/2021 pode ser dada a seguinte interpretação (adaptado de Juliano Heinen¹⁴):

¹³ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022. (e-book).

¹⁴ HEINEN, Juliano. Comentários à Lei de Licitações Contratos Administrativos. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p.100.



Em tão pouco tempo de vigência da Lei nº 14.133/2021, a doutrina se divide sobre o perfil do agente de contratação, qual seja, se poderia ser designado como agente de contratação um servidor comissionado ou apenas servidor efetivo, bem como se tal norma tem caráter geral ou não.

A seguir, apresenta-se os entendimentos de Joel de Menezes Niebuhr, Victor Aguiar Jardim de Amorim e Ronny Charles Lopes de Torres, autores que expressamente se manifestaram sobre a questão já que outros firmam, sem comentar, pela dicção literal do dispositivo do art. 8º:

O agente de contratação, repita-se, em alinhamento com o inciso LX do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021, deve ser servidor efetivo ou empregado público integrante dos quadros permanentes. Isso significa que não pode ser agente de contratação o mero ocupante de cargo em comissão, desde que o cargo não seja ocupado por servidor efetivo ou empregado do quadro permanente, e os que sejam contratados por prazo determinado. Por certo, o legislador levou em conta que os agentes que mantêm vínculos prementes com a Administração Pública gozam de prerrogativa, como a estabilidade dos servidores pública, que lhes protege de pressões e estimula decisões imparciais e mais alinhadas aos interesses públicos.

Chama a atenção que, se esse é o mote do legislador, não se vislumbra razões plausíveis para que ele não exigisse o mesmo para a comissão de contratação, dado que as atribuições dela são equivalentes às do agente de contratação – ambos conduzem a etapa externa da licitação. Supõe-se, para tentar encontrar alguma explicação, que o legislador quis estabelecer requisitos especiais para o agente de contratação porque ele toma as decisões sozinho e não em colegiado como ocorre na comissão de contratação, o que o tornaria mais vulnerável. Então, porque a posição do agente de contratação seria mais vulnerável do que a da comissão de contratação, o legislador houve por bem exigir dele requisitos especiais.

Compreender a finalidade mirada pelo legislador é importante, inclusive para justificar a extensão das mesmas regras prescritas para o agente de contratação ao pregoeiro. A finalidade, como visto, é mitigar a vulnerabilidade de quem atua sozinho, o que é o caso do agente de contratação e do pregoeiro. Assim, até mesmo por analogia, os mesmos requisitos exigidos para o agente de licitação devem ser exigidos para o pregoeiro. (NIEBUHR, Joel de Menezes et al. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. p.562 a 563)

Por se tratar de matéria correlata à organização interna de pessoal e gestão administrativa dos entes federados e que não integram, substancialmente, o processo licitatório propriamente dito, em nossa opinião, o requisito quanto ao caráter efetivo de provimento do servidor tratar-se-ia de norma específica, sendo aplicável, de antemão, apenas no âmbito da União, admitindo-se, por conseguinte, previsão distinta na legislação de Estados e Municípios. (MORIM. Victor Aguiar Jardim de. Modalidades e Ritos Procedimentais da Licitação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.) et al. Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133/21 - 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.102)

Em primeiro, parece-nos que, ao ultrapassar a condição de diretriz, orientando pela preferência, o artigo 8º define uma regra cogente, que impõe submissão. Com essa característica, tal disciplinamento claramente se reverte da condição de norma materialmente específica, não vinculando Estados, Municípios e Distrito Federal, mas apenas órgão e entidades federais. (TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas/Ronny Charles Lopes de Torres – 12. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Ed. Juspodvm, 2021. p.105)

e) Disposições da nova lei sobre o controle externo e interno das contratações governamentais

Uma das novidades advindas com a Lei nº 14.133/2021 está o controle das contratações (arts. 169 a 173). A Lei incorporou regras de governanças públicas, até então oriundas de recomendações de órgãos de controle externos ou decorrentes de regulamentação por atos infralegais como o Decreto Federal nº 9.203/2017, que regulou a política de governança da Administração Pública federal Direta, Autárquica e Fundacional, inspirando-se nos passos da Instrução Normativa 01, do então Ministério do Planejamento e da CGU, fortemente orientado pelos estudos do Tribunal de Contas da União. “Nessa perspectiva, o capítulo do controle das contratações se nutre de práticas (A lei alude, inclusive, mediante o emprego de tecnologias de informação) contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, sendo subordinadas ao controle social”¹⁵.

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

Segundo a “Cartilha de Gestão de Risco nas Contratações: Diretrizes para a Gestão de Contratações do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios”, páginas 11 e 12:

LINHAS DE DEFESA – modelo de gerenciamento de riscos, fomentado internacionalmente pelo *Institute of Internal Auditors – IIA*, que consiste na atuação coordenada de três camadas do órgão, com responsabilidades e funções subdivididas em 3 linhas de defesa.

1ª LINHA

Integrada por **servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades** que atuam na

¹⁵ NOHARA, Irene Patrícia Diom. Nova Lei de licitações e contratos [livro eletrônico]: comparada. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. (e-book).

estrutura de governança do órgão ou entidade.

Contempla os **controles primários**, que devem ser instituídos e mantidos pelos **GESTORES RESPONSÁVEIS** pela implementação das políticas públicas durante a execução de atividades e tarefas, no âmbito de seus macroprocessos finalísticos e de apoio, e é responsável por:

1. instituir, implementar e manter **controles internos** adequados e eficientes;
2. implementar **ações corretivas** para resolver deficiências em processos e controles internos;
3. identificar, mensurar, avaliar e mitigar **riscos**;
4. dimensionar e desenvolver os **controles internos** na medida requerida pelos riscos, em conformidade com a natureza, a complexidade, a estrutura e a missão da organização; e
5. guiar o desenvolvimento e a implementação de **políticas e procedimentos internos** destinados a garantir que as atividades sejam realizadas de acordo com as metas e objetivos da organização.

2ª LINHA

Integrada pelas **unidades de assessoramento jurídico e de controle interno** do próprio órgão ou entidade.

Contempla os controles situados ao nível da gestão e objetivam **assegurar que as atividades realizadas pela 1ª linha de defesa sejam desenvolvidas e executadas de forma apropriada**, tendo como principais responsabilidades:

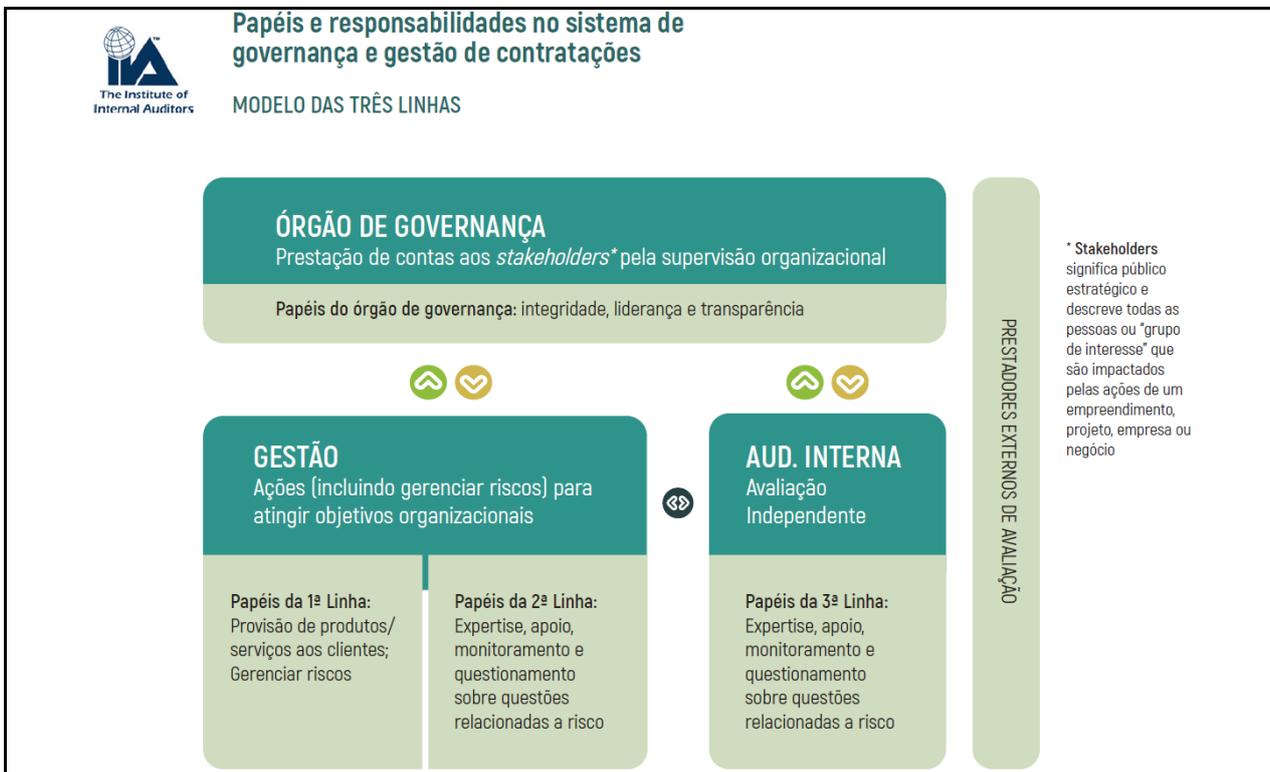
1. intervenção na 1ª linha de defesa para **modificação dos controles internos** estabelecidos; e
2. estabelecimento de diversas funções de **gerenciamento de risco e conformidade** para ajudar a desenvolver e/ou monitorar os controles da 1ª linha de defesa.

3ª LINHA

Integrada pelo **órgão central de controle interno** da Administração e pelo tribunal de contas.

Representada pela atividade de auditoria interna, é responsável por **avaliar as atividades da 1ª e 2ª linhas de defesa** no que tange à eficácia da governança, do gerenciamento de riscos e dos controles internos, mediante a prestação de serviços de avaliação e de consultoria com base nos pressupostos de autonomia técnica e de objetividade.

Esquemáticamente segundo a “Cartilha de Gestão de Risco nas Contratações: Diretrizes para a Gestão de Contratações do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios”:



A seguir os §§ 1º ao 3º do art. 169 acrescentam:

§ 1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o caput deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas.

§ 2º Para a realização de suas atividades, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aos documentos classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e o órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação sigilosa tornar-se-á corresponsável pela manutenção do seu sigilo.

§ 3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do caput deste artigo observarão o seguinte:

I - quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis;

II - quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste § 3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

O art. 170 esboça a prática já presente nos tribunais de contas de como é realizada a fiscalização¹⁶:

Art. 170. Os órgãos de controle adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação, observado o disposto no § 3º do art. 169 desta Lei.

§ 1º As razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis deverão ser encaminhadas aos órgãos de controle até a conclusão da fase de instrução do processo e não poderão ser desentranhadas dos autos.

§ 2º A omissão na prestação das informações não impedirá as deliberações dos órgãos de controle nem retardará a aplicação de qualquer de seus prazos de tramitação e de deliberação.

§ 3º Os órgãos de controle desconsiderarão os documentos impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

§ 4º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação desta Lei.

Ainda comentando este art. 170, Flávio Garcia Cabral acrescenta¹⁷:

Desse modo, tendo em vista a impossibilidade fática, material e técnica de se fiscalizar tudo e a todos, dentro dos limites constitucionais, cabe aos órgãos de controle selecionar quais fiscalizações fazer e quais aspectos a serem investigados. De fato, conforme consta na cartilha de Auditoria Governamental elaborada pelo TCU, um dos maiores desafios para o planejamento das ações dos Tribunais de Contas refere-se a alocar recursos limitados dentre tantas possibilidades de atuação de controle externo, de maneira mais efetiva e que resulte em maiores benefícios para a sociedade. A magnitude do universo de objetos a controlar impõe o uso de critérios para a escolha racional do que de ser controlado”.

¹⁶ CABRAL, Flávio Garcia. *In*: SARAI, Leandro (org.). Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/2021 Comentada por Advogados Públicos. 2.ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p.1.432.

¹⁷ CABRAL, Flávio Garcia. *Op.cit*, p.1.463.

O art. 171 impõe que o exercício da fiscalização deverá adotar uniformidade nos procedimentos, de forma que a pessoa controlada e os próprios integrantes do controle possam gozar de maior segurança:

Art. 171. Na fiscalização de controle será observado o seguinte:

I - viabilização de oportunidade de manifestação aos gestores sobre possíveis propostas de encaminhamento que terão impacto significativo nas rotinas de trabalho dos órgãos e entidades fiscalizados, a fim de que eles disponibilizem subsídios para avaliação prévia da relação entre custo e benefício dessas possíveis proposições;

II - adoção de procedimentos objetivos e imparciais e elaboração de relatórios tecnicamente fundamentados, baseados exclusivamente nas evidências obtidas e organizados de acordo com as normas de auditoria do respectivo órgão de controle, de modo a evitar que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e no tratamento dos fatos levantados;

III - definição de objetivos, nos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada, atendidos os requisitos técnicos, legais, orçamentários e financeiros, de acordo com as finalidades da contratação, devendo, ainda, ser perquirida a conformidade do preço global com os parâmetros de mercado para o objeto contratado, considerada inclusive a dimensão geográfica.

§ 1º Ao suspender cautelarmente o processo licitatório, o tribunal de contas deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, contado da data do recebimento das informações a que se refere o § 2º deste artigo, prorrogável por igual período uma única vez, e definirá objetivamente:

I - as causas da ordem de suspensão;

II - o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência.

§ 2º Ao ser intimado da ordem de suspensão do processo licitatório, o órgão ou entidade deverá, no prazo de 10 (dez) dias úteis, admitida a prorrogação:

I – informar as medidas adotadas para cumprimento da decisão;

II – prestar todas as informações cabíveis;

III – proceder à apuração de responsabilidade, se for o caso.

§ 3º A decisão que examinar o mérito da medida cautelar a que se refere o § 1º deste artigo deverá definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório, ou determinar a sua anulação.

§ 4º O descumprimento do disposto no § 2º deste artigo ensejará a apuração de responsabilidade e a obrigação de reparação do prejuízo causado ao erário.

No art. 173, encontram-se disposições sobre uma importante atuação dos tribunais de contas, sua função pedagógica, a qual permite que gestores, servidores públicos e particulares sejam capacitados sobre a forma correta de realizar uma contratação pública:

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

Embora festejada a iniciativa da Lei nº 14.133/2021 no disciplinamento do controle das contratações, a doutrina apresenta um inconveniente da opção adotada pelo legislador quando da regulamentação.

Neste sentido, Irene Patrícia Diom Nohara argumenta¹⁸:

Ressalte-se que, apesar de ser louvável que a Nova Lei de Licitações tenha absorvido técnicas

¹⁸ NOHARA, Irene Patrícia Diom. Nova Lei de licitações e contratos [livro eletrônico]: comparada. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. (e-book).

avançadas que são propagadas internacionalmente sobre o controle e a gestão de riscos, talvez também a transformação dessas técnicas em textos normativos perenize em lei orientações que são mutáveis e que seguem as tendências cambiantes da área da governança, o que teria sido evitado se se permitisse a criação de atos infralegais com as determinações.

Também se critica o fato de que a lei acabou tratando de assuntos muito mais abrangentes do que licitações e contratos, dado que abarcou também a disciplina da estruturação de critérios específicos de controle, que acaba se aplicando, na prática, em âmbito nacional, o que sufoca a intenção constitucional de que a Lei Geral de Licitações e Contratos disciplinasse apenas normas gerais de licitações e contratos, conforme o art. 22, XXVII, da Constituição, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, apesar da boa vontade de se criar os mais modernos mecanismos de controle aplicados à fiscalização dos contratos, a lei acaba descendo a particularismos que se referem sobretudo à autoadministração e gestão de cada ente, sendo, ainda, que depois do debate no Congresso Nacional, ainda houve atualizações destes critérios, que acompanham o estado da arte tão mutável que é o tema dos controles e da governança.

Em síntese, essa escolha acabou sendo perigosa, pois: pereniza critérios que são muito mutáveis e que poderiam, portanto, ter sido deixados à disciplina infralegal, para acompanhar essa variabilidade de teorias e influências que sofre o controle, e, ainda, acaba invadindo a autoadministração e gestão dos demais entes federativos, com a imposição de critérios específicos que são veiculados por uma lei que tem abrangência nacional.

2. Fase preparatória

a) Objetivos da licitação (ou do processo licitatório)

A lei nº 14.133/2021 apresenta em seu art. 11 os objetivos do processo licitatório (ou da licitação pública):

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

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;

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.

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, 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.

A doutrina tem firmado o entendimento de que a Lei nº 14.133/2021 passou a tratar a licitação como um instrumento para atingimento de um resultado e não mais um procedimento de orientação da conduta de um sujeito como previsto na Lei nº 8.666/1993¹⁹:

A Lei 8.666/1993 aludiu à licitação como instrumento para realização de determinados fins. A Lei 14.133/2021 alude a objetivos. Trata-se de uma pequena alteração terminológica, mas que não deve ser ignorada.

A expressão “fim” apresenta uma dimensão mais subjetiva, indicando uma concepção escolhida para orientar a conduta de um sujeito.

Já o vocábulo “objetivo” se refere a um resultado dotado de uma dose de autonomia em face de escolhas pessoais.

A alteração terminológica não implica uma ruptura radical com a estrutura conceitual da licitação, mas revela a orientação de vincular o processo de licitação à realização concreta de resultados.

Acrescenta Marçal Justen Filho que “*É imperioso rejeitar a concepção litúrgica da licitação, que lhe nega a natureza instrumental e dá preponderância às formalidades e a outros aspectos secundários*”.

Ainda na vigência da Lei nº 8.666/1993, já se defendia o entendimento de vantajosidade não se confunde com menor preço:

TCU – Acórdão nº 1.978/2009 – Plenário

Relatório

8.1.1 o conceito da proposta mais vantajosa, inserido no caput do artigo 3º da Lei n. 8.666/1993, não se confunde com o de “mais barato”, visto que sua compreensão pressuporia o atendimento das exigências constitucionais de economicidade e eficiência; em seguida, ampara o entendimento nos ensinamentos de Antônio Carlos Cintra do Amaral, textualmente:

“É comum considerar-se que a maior vantagem para a Administração está sempre no menor preço. Isso reflete o entendimento, equivocado, de que a lei consagra a tese de que o mais barato é sempre o melhor, sem contemplação com a técnica e a qualidade. Esse entendimento não corresponde ao disposto na Lei 8.666/93 e conflita com os princípios da razoabilidade, eficiência e economicidade,

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.257.

que regem os atos administrativos, inclusive os procedimentos licitatórios.”

Observa-se que a Lei nº 14.133/2021 adotou a concepção de que a licitação tem, por um de seus objetivos, **assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública**, o que mereceu o seguinte comentário de Sidney Bittencourt²⁰:

Substituindo a tradicional busca da “proposta mais vantajosa”, o novo texto, mais conectado com a realidade, propugna que se assegure a seleção da “proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso”. Vê-se, pois, que a análise do ganho, do proveito, da vantagem (ou da “vantajosidade”, como adotam alguns administrativistas) não mais se dará no âmbito da proposta em si, mas sim, na mensuração de seu resultado no contrato.

Ainda sobre esse objetivo da licitação, continua o autor:

Destarte, (...) na formatação das suas propostas, aos licitantes não só caberá demonstrar a capacidade formal de execução do contrato, mas também que possuem aptidão para atingir os resultados esperados com a contratação. Nesse ofício, segundo o dispositivo, entre outros fatores, dever-se-á levar em conta o “ciclo de vida do objeto”. (...) O ciclo de vida de um produto tem íntima ligação com esse mister, porquanto, como preceitua o inc. IV do art. 3º da Lei nº 12.305/2010 (que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos), se configura levando-se em consideração: a série de etapas que envolvem o seu desenvolvimento; a obtenção de matérias-primas e insumos; o processo produtivo; o consumo; e a disposição final. Nesse contexto, a avaliação do ciclo de vida de um objeto não se pautará somente no custo econômico imediato, mas, também, nos custos econômicos e ambientais ao longo de toda a vida útil.

As definições para **sobrepço** e **superfaturamento** constam do art. 6º da Lei nº 14.133.2021:

Art. 6º (...)

LVI - sobrepço: preço orçado para licitação ou contratado em valor expressivamente superior aos preços referenciais de mercado, seja de apenas 1 (um) item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, seja do valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por tarefa, empreitada por preço global ou empreitada integral, semi-integrada ou integrada;

LVII - superfaturamento: dano provocado ao patrimônio da Administração, caracterizado, entre outras situações, por:

- a) medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;
- b) deficiência na execução de obras e de serviços de engenharia que resulte em diminuição da sua qualidade, vida útil ou segurança;
- c) alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;
- d) outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração ou reajuste irregular de preços;

Em relação ao parágrafo único do art. 11 da Lei nº 14.133/2021, Joel de Menezes Niebuhr faz a seguinte observação sobre governança²¹:

Se é verdade que a melhora qualitativa do planejamento e, por via de consequência, das licitações e dos contratos administrativos depende da cultura organizacional, então é preciso tratar de governança pública organizacional, que, para o Tribunal de Contas da União, “compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação

²⁰ BITTENCOURT, Sidney. Nova Lei de Licitações passo a passo: comentando, artigo por artigo, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p.168.

²¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022. (e-book).

de serviços de interesse da sociedade”. A governança não se confunde propriamente com a gestão, está um nível acima. Pode-se dizer que a governança estrutura a gestão, dá a ela a direção estratégica. A governança é de toda a organização, deve abranger toda a sua atuação e, logo, para os órgãos e entidades administrativas, as licitações e os contratos administrativos.

(...)

A boa governança depende de uma série de fatores, que são objetos da ciência da Administração. Entre eles, destaca-se a necessidade de definir processos e os papéis e responsabilidades das instâncias internas, levando em consideração a realidade de cada órgão e entidade administrativa. Em relação às licitações e contratos administrativos, é preciso definir com clareza o fluxo dos processos, começo, meio e fim, quais os agentes administrativos envolvidos em cada etapa e o que se espera deles. Esse fluxo deve ser bem comunicado, compreendido e monitorado.

b) Processo Licitatório

O art. 12 da Lei nº 14.133/2021 disciplina aspectos gerais sobre os documentos que compõem um processo licitatório trazendo novidades em relação às formalidades que estes devem apresentar, impondo algumas regras que afastam exigência de formalismos:

Art. 12. 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. 52 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.

Ao comentar este art. 12, Irene Patrícia Diom Nohara observa²²:

No caso da licitação, a exigência de formalismo deve ser sopesada diante das características do caso concreto, em virtude dos princípios da igualdade e da competitividade, para que a Administração consiga alcançar o objetivo de seleção da proposta mais vantajosa.

No mesmo sentido, afirma Adilson Abreu Dallari que:

[...] existem claras manifestações doutrinárias e já há jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Se houver um defeito mínimo,

²² NOHARA, Irene Patrícia Diom. Nova Lei de licitações e contratos [livro eletrônico]: comparada. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. (e-book).

irrelevante para essa comprovação, isso não pode ser excludente do licitante. Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; convém ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes.

Bastante elucidativo dessa linha de interpretação é o voto do Ministro do TCU Marcos V. Vilaça, *in verbis*:

[...] a burocracia nasce e se alimenta da desconfiança do cidadão, na crença de que suas declarações são sempre falsas e que válidas são as certidões, de preferência expedidas por cartórios, com importantíssimos carimbos, agora insubstituíveis selos holográficos de autenticidade, sem os quais nada é verdadeiro. O apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece o interesse público e passa a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer.

Também o STJ considerou em dada decisão que um defeito menor em uma certidão, que não comprometia a certeza de que a licitante estava mesmo registrada no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia não poderia ser considerado fator apto a afastá-la da concorrência.

Assim:

Novidades em relação à formalidades de documentos apresentados nas licitações (art. 12)

Documentos produzidos por escrito, com data, local e assinatura

Desatendimento de exigências formais que não comprometam a qualificação ou a compreensão da proposta não resultam em afastamento do licitante nem na invalidação do processo

Autenticidade de cópia de documento pode ser feita perante agente da Administração. Pode ser feita também por “declaração de autenticidade por advogado, sob sua responsabilidade pessoal”

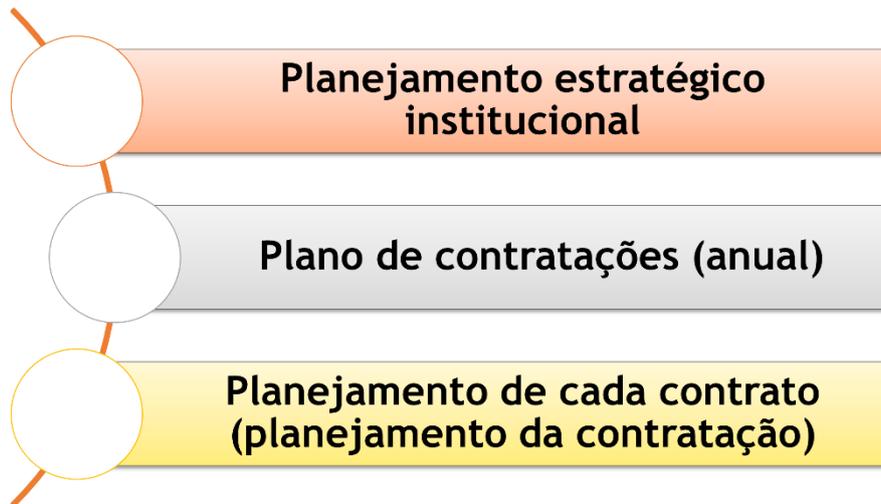
Exigência de reconhecimento de firma apenas em casos de dúvida sobre a autenticidade ou quando previsto em lei

Atos preferencialmente digitais. Assinatura digital com certificação ICP-Brasil

O §1º do art. 12 da Lei nº 14.133/2021 traz expressa determinação da interrelação que deve existir entre o planejamento estratégico institucional e cada contratação realizada:

Art. 12 (...)

§ 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.



As disposições gerais do art. 12 são complementadas pelo art. 13:

Art. 13. Os atos praticados no processo licitatório são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei.

Parágrafo único. A publicidade será diferida:

- I – quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura;
- II – quanto ao orçamento da Administração, nos termos do art. 24 desta Lei.

c) Rito procedimental comum

As fases que o processo licitatório deverá seguir quando da adoção do “rito procedimental comum” são previstas no art. 17:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

- I – preparatória;
- II – de divulgação do edital de licitação;
- III – de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;
- IV – de julgamento;
- V – de habilitação;
- VI – recursal;
- VII – de homologação.

§ 1º A fase referida no inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no edital de licitação.

Conforme art. 29 da Lei nº 14.133/2021, este rito previsto no art. 17 se aplica as modalidades concorrência e pregão:

Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.



Ainda conforme os demais parágrafos do art. 17:

§ 2º As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

§ 3º Desde que previsto no edital, na fase a que se refere o inciso IV do caput deste artigo, o órgão ou entidade licitante poderá, em relação ao licitante provisoriamente vencedor, realizar análise e avaliação da conformidade da proposta, mediante homologação de amostras, exame de conformidade e prova de conceito, entre outros testes de interesse da Administração, de modo a comprovar sua aderência às especificações definidas no termo de referência ou no projeto básico.

§ 4º Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a Administração poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

§ 5º Na hipótese excepcional de licitação sob a forma presencial a que refere o § 2º deste artigo, a sessão pública de apresentação de propostas deverá ser gravada em áudio e vídeo, e a gravação será juntada aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento.

§ 6º A Administração poderá exigir certificação por organização independente acreditada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro) como condição para aceitação de:

I – estudos, anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos; II – conclusão de fases ou de objetos de contratos;

III – material e corpo técnico apresentados por empresa para fins de habilitação.

d) Fase preparatória do processo licitatório – planejamento da contratação

Como assenta Marçal Justen Filho, “Um dos pilares da Lei 14.133/2021 consiste em promover o planejamento, reconhecido como essencial e indispensável para a gestão eficiente dos recursos públicos e a obtenção de contratações satisfatórias e bem executadas. A Lei pressupõe que o planejamento pode neutralizar os defeitos fundamentais das contratações administrativas, que são a ineficiência e a corrupção”²³.

A Lei nº 14.133/2021 traz importante disciplinamento sobre a fase preparatória da licitação (anteriormente, fase

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.331.

interna), enfatizando que é esta fase do processo licitatório se caracteriza com o planejamento da contratação:

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

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;

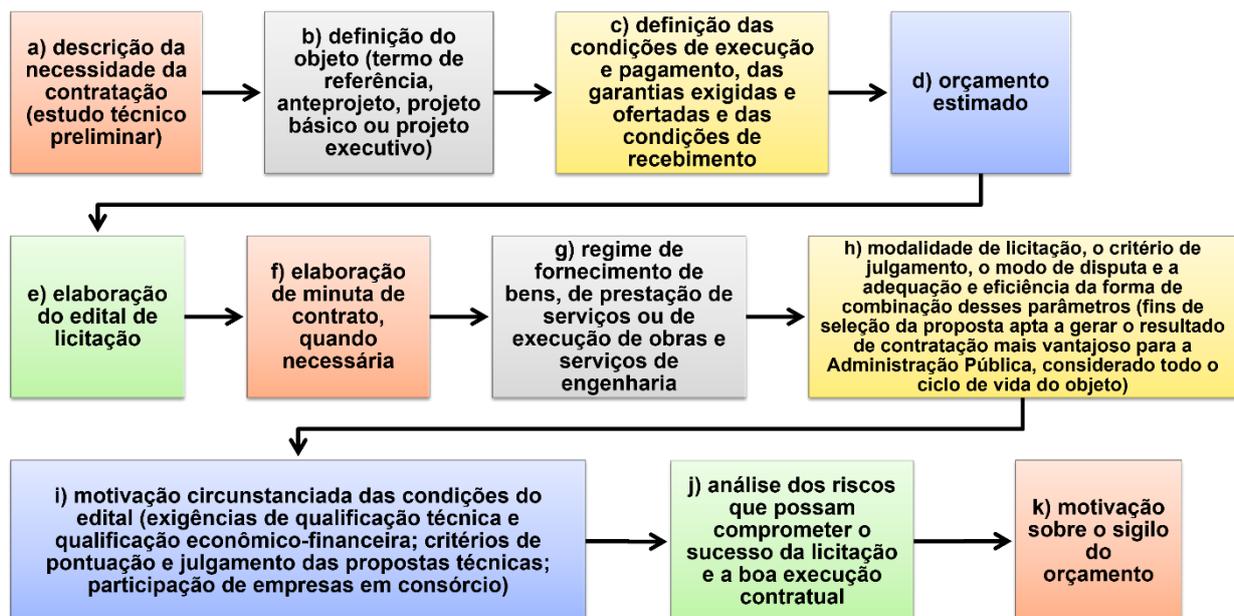
X – a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;

XI – a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 24 desta Lei.

Art. 18



Fase preparatória (art. 18)



O estudo técnico preliminar (ETP), instrumento já consagrado na Administração Pública Federal e até, então, disciplinado por normas infralegais, é disciplinado nos §§1º a 3º do art. 18:

§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

- I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;
- II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;
- III - requisitos da contratação;

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;

V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

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;

VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;

X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

§ 2º O estudo técnico preliminar deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º deste artigo e, quando não contemplar os demais elementos previstos no referido parágrafo, apresentar as devidas justificativas.

§ 3º Em se tratando de estudo técnico preliminar para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos.

Esquemáticamente, tem-se:



Em se tratando de ETP para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em TR ou em PB, dispensada a elaboração de projetos

Ao comentar o art. 19, da Lei nº 14.133/2021, Marçal Justen Filho afirma²⁴:

O art. 19 prevê diversas medidas sistêmicas, destinadas a implementar providências genéricas para agilizar as contratações e modernizar os mecanismos de fiscalização da execução de obras e serviços e engenharia.

A efetiva implementação das providências e soluções referidas no art. 19 depende da edição de regulamentos, que contemplem as regras detalhadas adequadas e pertinentes. Por isso, o dispositivo estabelece um dever, a ser observado pelas entidades, órgãos e agentes titulares da competência para editar regulamentos.

Segundo o art. 19:

Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão:

I – instituir instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços;

II – criar catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, admitida a adoção do catálogo do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

III – instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo;

IV – instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

V – promover a adoção gradativa de tecnologias e processos integrados que permitam a criação, a utilização e a atualização de modelos digitais de obras e serviços de engenharia.

§ 1º O catálogo referido no inciso II do caput deste artigo poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja o de menor preço ou o de maior desconto e conterá toda a documentação e os procedimentos próprios da fase interna de licitações, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento.

§ 2º A não utilização do catálogo eletrônico de padronização de que trata o inciso II do caput ou dos modelos de minutas de que trata o inciso IV do caput deste artigo deverá ser justificada por escrito e anexada ao respectivo processo licitatório.

Assim, o catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras a que se refere a Lei nº 14.133/2021:

Catálogo Eletrônico de Padronização de Compras, Serviços e Obras	Sistema informatizado, de gerenciamento centralizado e com indicação de preços, destinado a permitir a padronização de itens a serem adquiridos pela Administração Pública e que estarão disponíveis para a licitação.
Onde usar	Em licitações cujo critério de julgamento seja o de menor preço ou o de maior desconto. Contratações diretas do art. 74, inc. I, e incisos I e II do art. 75 da Lei nº 14.133/2021 (dispensa pelo valor)
Conteúdo	Toda a documentação e os procedimentos próprios da fase interna de licitações, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento.
A sua não utilização	Justificativa escrita e anexada ao processo licitatório

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.361-362.

A Portaria SEGES/ME nº 938, de 2 de fevereiro de 2022, que institui o catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, estabeleceu:

Art. 1º Esta Portaria institui o catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, em atendimento ao disposto no inciso II do art. 19 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

Parágrafo único. O catálogo eletrônico de padronização constitui ferramenta informatizada, disponibilizada e gerenciada pela Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, com indicação de preços, destinado a permitir a padronização de itens a serem contratados pela Administração e que estarão disponíveis para a licitação ou para contratação direta.

Art. 2º Os órgãos e entidades da Administração Pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, quando executarem recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, deverão observar as regras desta Portaria.

Art. 3º É admitida a adoção do catálogo de que trata o caput do art. 1º por todos os entes federativos, conforme dispõe o inciso II do art. 19 da Lei nº 14.133, de 2021.

No §3º, do art. 19, a Lei nº 14.133/2021 disciplinou que, nas licitações que visem a contratação de obras ou serviços de engenharia ou arquitetura, sempre que adequado, deverão ser adotadas tecnologias e ferramentas que facilitem e implementem eficiências nestas contratações:

§ 3º Nas licitações de obras e serviços de engenharia e arquitetura, sempre que adequada ao objeto da licitação, será preferencialmente adotada a Modelagem da Informação da Construção (*Building Information Modelling – BIM*) ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substituí-la.

Sobre o tema, importante é o comentário de Marçal Justen Filho²⁵:

Uma das soluções difundidas, expressamente referida no § 3.º, é a *Building Information Modelling – BIM*. Trata-se de um conjunto de ferramentas eletrônicas que permitem a representação da obra em três dimensões e a atualização em vista da evolução dos serviços. A dinâmica da inovação pode conduzir à obsolescência dessa solução, o que é inclusive reconhecido pelo dispositivo. Daí a previsão da adoção de outras alternativas, que venham a ser desenvolvidas futuramente.

Essas soluções, largamente difundidas na iniciativa privada, vêm sendo utilizadas de modo muito limitado pela Administração Pública. Em muitos casos, entidades e órgãos continuam a se valer das tradicionais plantas em papel.

Essas práticas são obsoletas e produzem efeitos muito danosos para os interesses da Administração. A ausência da aplicação dos recursos de informática disponíveis dá oportunidade a falhas na concepção e desenvolvimento de projetos, na fiscalização da evolução dos trabalhos e na identificação imediata de defeitos na atuação do contratado.

Outras definições:

Building Smart, organização mundial de desenvolvedoras de tecnologia para o setor da construção, que define BIM como:

“Representação digital das características físicas e funcionais de uma edificação, que permite integrar de forma sistêmica e transversal às várias fases do ciclo de vida de uma obra com o gerenciamento de todas as informações disponíveis em projeto, formando uma base confiável para decisões durante o seu ciclo de vida, definido como existente desde a primeira concepção até à demolição”

No conceito BIM, as características físicas da construção são representadas na sua geometria, enquanto as demais informações funcionais são agregadas a essa edificação. Essas informações têm

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.366.

por propósito integrar todos os agentes e disciplinas envolvidas no desenvolvimento de um projeto em todas as suas fases, impactando não só a parte de concepção, mas também a execução, implantação, manutenção e gerenciamento de um projeto.

(<https://www.inbec.com.br/blog/o-que-bim-presente-futuro>)

DECRETO Nº 9.983, DE 22 DE AGOSTO DE 2019

Dispõe sobre a Estratégia Nacional de Disseminação do Building Information Modelling e institui o Comitê Gestor da Estratégia do Building Information Modelling.

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre a Estratégia Nacional de Disseminação do Building Information Modelling no Brasil - Estratégia BIM BR, instituída com a finalidade de promover um ambiente adequado ao investimento em Building Information Modelling - BIM e a sua difusão no País.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste Decreto, considera-se BIM ou Modelagem da Informação da Construção o conjunto de tecnologias e processos integrados que permite a criação, a utilização e a atualização de modelos digitais de uma construção, de modo colaborativo, de forma a servir a todos os participantes do empreendimento, potencialmente durante todo o ciclo de vida da construção.

DECRETO Nº 10.306, DE 2 DE ABRIL DE 2020

Estabelece a utilização do Building Information Modelling na execução direta ou indireta de obras e serviços de engenharia realizada pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal, no âmbito da Estratégia Nacional de Disseminação do Building Information Modelling - Estratégia BIM BR, instituída pelo Decreto nº 9.983, de 22 de agosto de 2019.

Art. 1º Este Decreto estabelece a utilização do Building Information Modelling - BIM ou Modelagem da Informação da Construção na execução direta ou indireta de obras e serviços de engenharia, realizada pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal, no âmbito da Estratégia Nacional de Disseminação do Building Information Modelling - Estratégia BIM BR, instituída pelo Decreto nº 9.983, de 22 de agosto de 2019.

Parágrafo único. O BIM será implementado de forma gradual, obedecidas as fases estabelecidas no art. 4º.

Outra inovação da Lei nº 14.133/2021 é o disciplinamento da alocação de riscos nas contratações públicas, isto é, “O art. 22 deve ser interpretado na acepção de que a Administração tem de avaliar, durante a fase preparatória, os riscos inerentes à execução da atividade objeto da contratação e promover a sua alocação de modo a assegurar a solução mais eficiente”²⁶.

O art. 22 da Lei nº 14.133/2021 traz as seguintes disposições:

Art. 22. 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, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.

§ 1º A matriz de que trata o caput deste artigo 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.

§ 2º O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto:

I – às hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.376.

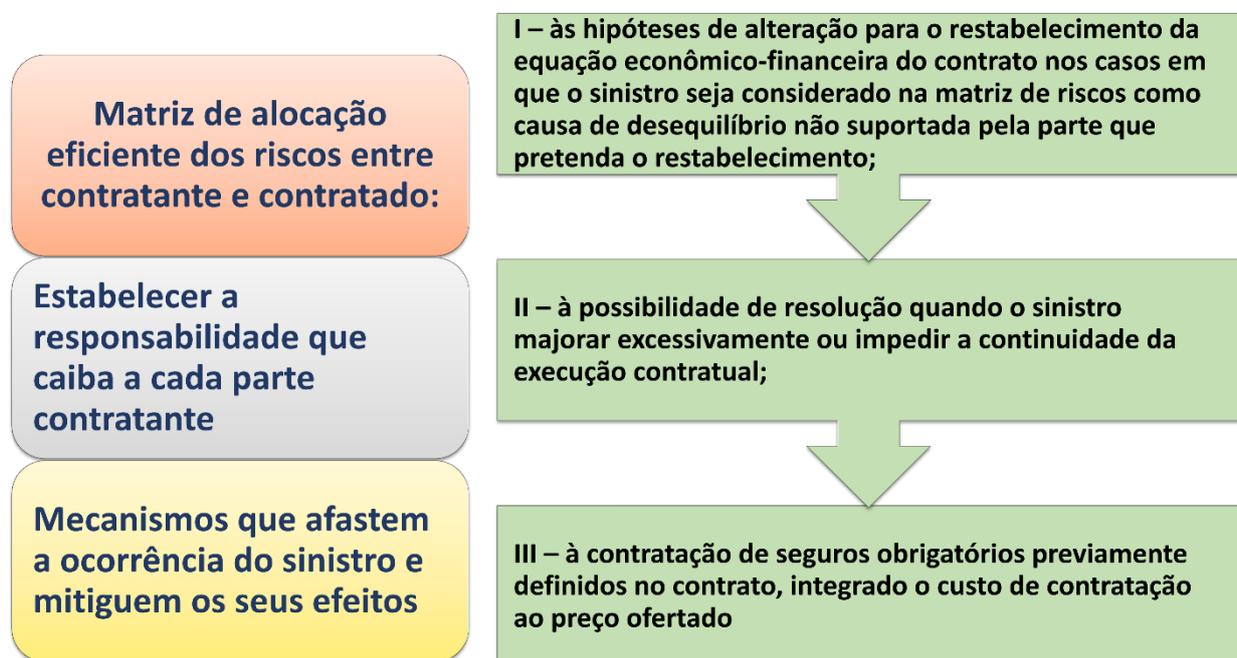
nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento;

II – à possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual;

III – à contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado.

§ 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto (R\$ 200 milhões) 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.

§ 4º Nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.



Análise de riscos - noções

(Material adaptado de apostila da Escola Nacional de Administração Pública – ENAP)

A **análise de riscos** permite a identificação, avaliação e gerenciamentos dos riscos relacionado ao processo de contratação.

O **gerenciamento de riscos** permite ações contínuas de planejamento, organização e controle dos recursos relacionados aos riscos que possam comprometer o sucesso da contratação, da execução do objeto e da gestão contratual.

Os riscos analisados foram organizados em duas categorias:

(a) Riscos que possam comprometer o sucesso da licitação (eventualmente da dispensa/inexigibilidade);

(b) Riscos que possam comprometer a execução do contrato (gestão contratual).

O **Mapa de Gerenciamento de Riscos** deve conter a identificação e a análise dos principais riscos, consistindo na compreensão da natureza e determinação do nível de risco, que corresponde à combinação do impacto e de suas probabilidades que possam comprometer a efetividade da contratação, bem como o alcance dos resultados pretendidos.

Para cada risco identificado, define-se: a **probabilidade de ocorrência dos eventos**, os **possíveis danos potenciais (impactos)**, as **possíveis ações preventivas** e **contingências**, bem como a identificação de **responsáveis por ação**.

Após a identificação e classificação, deve-se executar uma **análise qualitativa e quantitativa**. A **análise qualitativa dos riscos** é realizada por meio da classificação escalar da probabilidade e do impacto, conforme a tabela de referência a seguir:

Classificação	Valor
Baixo	5
Médio	10
Alto	15

Descrição dos impactos:

- (a) **Baixo**: Danos que não comprometem o processo/serviço. Devem ser catalogados nos relatórios pós-contratuais com vistas a novo planejamento;
- (b) **Médio**: Danos que comprometem parcialmente o processo/serviço, atrasando-o ou interferindo em sua qualidade;
- (c) **Alto**: Danos que comprometem a essência do processo/serviço, impedindo-o de seguir seu curso.

A análise qualitativa dos riscos consiste na classificação conforme a relação entre a probabilidade e o impacto, tal classificação resultará no nível do risco e direcionará as ações relacionadas aos riscos durante a fase de planejamento e gestão do contrato.

A tabela a seguir apresenta a Matriz Probabilidade x Impacto, instrumento responsável pela definição dos critérios quantitativos de classificação do nível de risco.

Probabilidade (P)	15	75	150	225
	10	50	100	150
	5	25	50	75
		5	10	15
		Impacto (I)		

Matriz Probabilidade x Impacto

O produto da probabilidade pelo impacto de cada risco deve se enquadrar em uma região da matriz probabilidade x impacto. Caso o risco enquadre-se na **região verde (25 ou 50)**, seu nível de risco é entendido como **baixo**, logo admite-se a **aceitação do mesmo ou adoção das medidas preventivas**.

Se estiver na região **amarela (75 ou 100)**, entende-se como **médio**; e se estiver na região **vermelha (150 ou 225)**, entende-se como nível de risco **alto**.

Nos casos de riscos classificados como **médio e alto**, serão adotadas as medidas preventivas previstas.

Levantamento dos riscos e definição do nível de risco

A tabela a seguir é um exemplo para sintetizar e estabelecer os níveis dos riscos levantando em um dado processo de contratação:

Id	Risco	Relacionado	P	I	Nível de Risco (P x I)
R1					
R2					
R3					
R4					
R5					
R6					

Legenda:

(L) Licitação (G) Gestão contratual (P) Probabilidade (I) Impacto

Mapa de riscos (modelo conforme Anexo I da Instrução Normativa SG/MPOG nº 5, de 26 de maio de 2017)

MODELO DE MAPA DE RISCOS

FASE DE ANÁLISE

() Planejamento da Contratação e Seleção do Fornecedor

() Gestão do Contrato

RISCO 01		
Probabilidade:	() Baixa	() Média () Alta
Impacto:	() Baixa	() Média () Alta
Id	Dano	
1.		
Id	Ação Preventiva	Responsável
1.		
Id	Ação de Contingência	Responsável
1.		

RISCO 02		
Probabilidade:	() Baixa	() Média () Alta
Impacto:	() Baixa	() Média () Alta
Id	Dano	
1.		
Id	Ação Preventiva	Responsável
1.		
Id	Ação de Contingência	Responsável
1.		

RESPONSÁVEL/ RESPONSÁVEIS

<hr/> Responsável/ Responsáveis

ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR (modelo)

(Elaborado por Eduardo Guimarães – www.eduguimaraes.com – modificado por mim)

INTRODUÇÃO

O presente documento caracteriza a primeira etapa da fase de planejamento e apresenta os devidos estudos para a contratação de solução que atenderá à necessidade abaixo especificada.

O objetivo principal é estudar detalhadamente a necessidade e identificar no mercado a melhor solução para supri-la, em observância às normas vigentes e aos princípios que regem a Administração Pública.

1 - DESCRIÇÃO DA NECESSIDADE (obrigatório)

Fundamentação: Descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público. (inciso I do § 1º do art. 18 da Lei 14.133/2021 e art. 7º, inciso I da IN 40/2020)

Comentários: *Detalharaquianecessidadequefoiidentificadae que originou a demanda de contratação. Quanto mais detalhes acerca da necessidade, melhor para a identificação dos requisitos da futura contratação.*

2 – PREVISÃO NO PLANO DE CONTRATAÇÕES ANUAL

Fundamentação: Demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração; (inciso II do § 1º do art. 18 da Lei 14.133/21)

Demonstração do alinhamento entre a contratação e o planejamento do órgão ou entidade, identificando a previsão no Plano Anual de Contratações ou, se for o caso, justificando a ausência de previsão; (Art. 7º, inciso IX da IN 40/2020)

Comentários: *Se a Administração possui o Plano Anual de Contratações (PAC), deverá ser informada aqui a previsão da futura contratação no respectivo PAC e o devido alinhamento com o planejamento realizado.*

3 – REQUISITOS DA CONTRATAÇÃO

Fundamentação: Descrição dos requisitos necessários e suficientes à escolha da solução. (inciso III do § 1º do art. 18 da Lei 14.133/2021 e Art. 7º, inciso II da IN 40/2020).

Comentários: *Descrever os requisitos necessários à contratação com vistas ao atendimento da necessidade especificada. Importantelistartodososrequisitosquesejamessenciais,abstendo-se de relacionar requisitos desnecessários e especificações demasiadas, para não frustrar o caráter competitivo da futura licitação.*

Destacaraqui as práticas de sustentabilidade sob assuas diferentes dimensões (ambiental, social e econômica, por exemplo).

4 – ESTIMATIVA DAS QUANTIDADES (obrigatório)

Fundamentação: Estimativa das quantidades a serem contratadas, acompanhada das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, considerando a interdependência com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala (inciso IV do § 1º do art. 18 da Lei 14.133/21 e art. 7º, inciso V da IN 40/2020).

Comentários: *Apresentar as memórias de cálculo que justifiquem as quantidades designadas para cada item da solução pretendida. Essas quantidades devem ser estimadas em função do consumo anterior (perfil de consumo) ou da provável utilização.*

5 – LEVANTAMENTO DE MERCADO

Fundamentação: Levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar. (inciso V do § 1º do art. 18 da Lei 14.133/2021).

Levantamento de mercado, que consiste na prospecção e análise das alternativas possíveis de soluções, podendo, entre outras opções: (Art. 7º, inciso III da IN 40/2020)

ser consideradas contratações similares feitas por outros órgãos e entidades, com objetivo de identificar a existência de novas metodologias, tecnologias ou inovações que melhor atendam às necessidades da administração; e

ser realizada consulta, audiência pública ou diálogo transparente com potenciais contratadas, para coleta de contribuições.

Comentários: *Pesquisar e indicar as diferentes soluções existentes no mercado e que podem atender à necessidade levantada:*

Solução 1 – Descrição completa e Preço Estimado Solução 2 – Descrição completa e Preço Estimado

Fazer uma comparação entre as soluções encontradas no mercado para mostrar, de forma objetiva, qual delas é a mais vantajosa para a Administração sob os aspectos da conveniência, economicidade e eficiência. A comparação deve considerar os custos e benefícios durante o ciclo de vida do objeto (melhor relação custo-benefício).

6 – ESTIMATIVA DO PREÇO DA CONTRATAÇÃO (obrigatório)

Fundamentação: 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 (inciso VI do § 1º da Lei 14.133/21 e art. 7º, inciso VI da IN 40/2020).

Comentários: *Estimativa preliminar do preço para a futura contratação, podendo ser realizada com base nos parâmetros da IN 65/2021. Essa estimativa de preços preliminar visa à escolha da melhor solução para a contratação e à análise de sua viabilidade. O orçamento estimativo final para a contratação deverá compor o Termo de Referência ou Projeto Básico.*

7 - DESCRIÇÃO DA SOLUÇÃO COMO UM TODO

Fundamentação: Descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso. (inciso VII do § 1º do art. 18 da Lei 14.133/21 e art. 7º, inciso IV da IN 40/2020).

Comentários: *Após conclusão do estudo comparativo entre as soluções, descrever aqui a solução que se mostrou mais vantajosa para a contratação. Lembrando que essa solução deverá ser caracterizada detalhadamente no Termo de Referência ou Projeto Básico.*

8 – JUSTIFICATIVA PARA PARCELAMENTO (obrigatório)

Fundamentação: Justificativas para o parcelamento ou não da solução. (inciso VIII do § 1º do art. 18 da Lei 14.133/21 e art. 7º, inciso VII da IN 40/2020).

Comentários: *Deve ser identificado se o objeto é composto por itens divisíveis ou não, de acordo com suas características técnicas e peculiaridades de comercialização no mercado. Importante informação para decisão acerca do critério de adjudicação do objeto (por item, por grupos ou global).*

9 - DEMONSTRATIVO DOS RESULTADOS PRETENDIDOS

Fundamentação: Demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis; (inciso IX do § 1º do art. 18 da Lei 14.133/21)

Resultados pretendidos, em termos de efetividade e de desenvolvimento nacional sustentável; (Art. 7º, inciso X da IN 40/2020)

Comentários: *Ao considerar que as contratações públicas devem buscar resultados positivos para a Administração, devem ser apontados os resultados pretendidos, de forma a subsidiar a criação dos indicadores de desempenho que serão utilizados no Acordo de Níveis de Serviço ou Instrumento de Medição de Resultados, se for o caso.*

10 – PROVIDÊNCIAS PRÉVIAS AO CONTRATO

Fundamentação: Providências a serem adotadas pela administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual ou adequação do ambiente da organização; (inciso X do § 1º do art. 18 da Lei 14.133/21 e art. 7º, inciso XI da IN 40/2020).

Comentários: *Verificar e informar que ações deverão ser executadas pela Administração antes da formalização da futura contratação, com vistas à correta execução contratual.*

(exemplos: Pequenas intervenções de engenharia, ajustes de sistemas, capacitação de servidores)

11 – CONTRATAÇÕES CORRELATAS/INTERDEPENDENTES

Fundamentação: Contratações correlatas e/ou interdependentes. (inciso XI do § 1º do art. 18 da Lei 14.133/21 e art. 7º, inciso VIII da IN 40/2020).

Comentários: *Uma visão global do órgão ou entidade pública com vistas a identificar se existem em andamento contratações correlatas ou interdependentes que venham a interferir ou merecer maiores cuidados no planejamento da futura contratação.*

12 – IMPACTOS AMBIENTAIS

Fundamentação: Descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável. (inciso XII do § 1º do art. 18 da Lei 14.133/21)

Possíveis impactos ambientais e respectivas medidas de tratamento. (Art. 7º, inciso XII da IN 40/2020)

Comentários: *Sob a ótica da dimensão ambiental da sustentabilidade, deverão ser identificados possíveis impactos em decorrência da contratação pretendida e relacionadas as medidas mitigadoras (ações de prevenção e contingência para afastar/tratar os riscos). Importante relacionar as medidas com o Plano de Logística Sustentável (PLS) da Administração, se houver.*

13 – VIABILIDADE DA CONTRATAÇÃO (obrigatório)

Fundamentação: Posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina. (inciso XIII do § 1º do art. 18 da Lei 14.133/21)

Posicionamento conclusivo sobre a viabilidade e razoabilidade da contratação. (Art. 7º, inciso XIII da IN 40/2020)

Comentários: *Parecer final sobre a contratação da solução pretendida, indicando a viabilidade técnica, operacional e orçamentária, assim como a adequação à necessidade identificada na demanda de contratação*

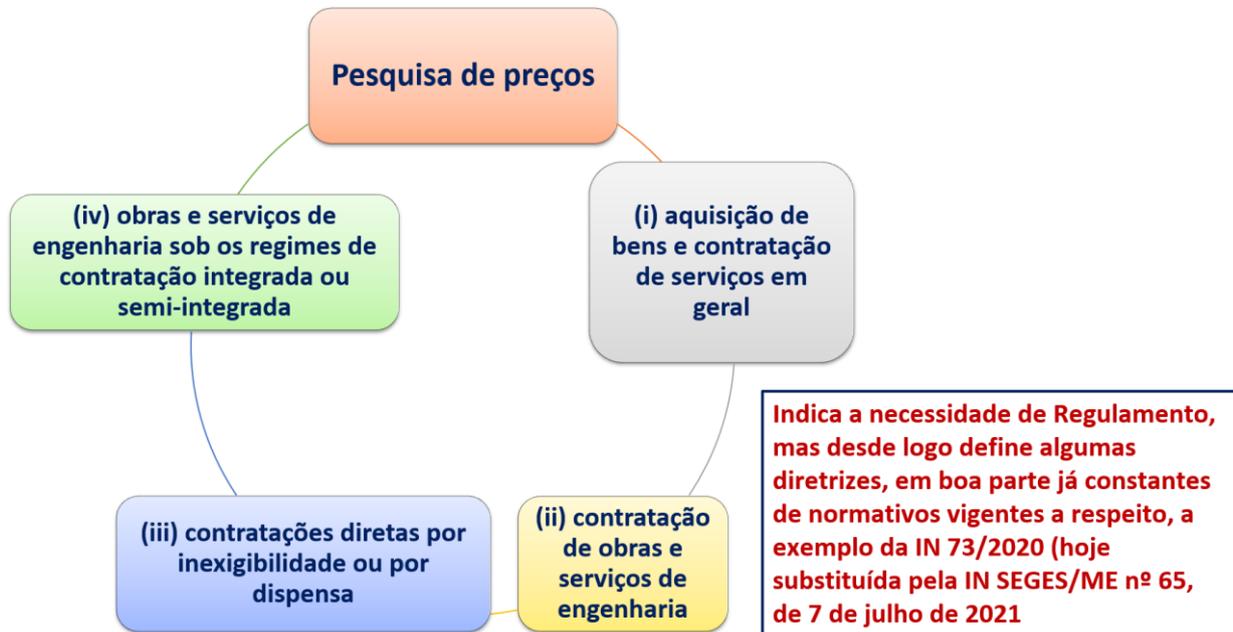
Conteúdo do Termo de Referência (art. 6º, inciso XXIII):

- **definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;**
- **fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;**
- **descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;**
- **requisitos da contratação;**
- **modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento;**
- **modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;**
- **critérios de medição e de pagamento;**
- **forma e critérios de seleção do fornecedor;**
- **estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;**
- **adequação orçamentária**

No caso particular de compras, o TR deverá ainda indicar (§1º, do art. 40):

- **especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;**
- **indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso;**
- **especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.**

e) Pesquisa de preços – orçamento sigiloso



Ainda disciplinando a instrução do processo licitatório, particularmente, ainda na fase preparatório, a Lei nº 14.133/2021 inova mais uma vez disciplinando a pesquisa de preços:

Art. 23. 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.

§ 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, 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.

§ 2º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia, conforme regulamento, o valor estimado, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) de referência e dos Encargos Sociais (ES) cabíveis, será definido por meio da utilização de parâmetros na seguinte ordem:

I – composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais

obras e serviços de engenharia;

II – 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 a hora de acesso;

III – contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

IV – pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

§ 3º Nas contratações realizadas por Municípios, Estados e Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o valor previamente estimado da contratação, a que se refere o caput deste artigo, poderá ser definido por meio da utilização de outros sistemas de custos adotados pelo respectivo ente federativo.

§ 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

§ 5º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia sob os regimes de contratação integrada ou semi-integrada, o valor estimado da contratação será calculado nos termos do § 2º deste artigo, acrescido ou não de parcela referente à remuneração do risco, e, sempre que necessário e o anteprojeto o permitir, a estimativa de preço será baseada em orçamento sintético, balizado em sistema de custo definido no inciso I do § 2º deste artigo, devendo a utilização de metodologia expedita ou paramétrica e de avaliação aproximada baseada em outras contratações similares ser reservada às frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto.

§ 6º Na hipótese do § 5º deste artigo, será exigido dos licitantes ou contratados, no orçamento que compuser suas respectivas propostas, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento do orçamento sintético referido no mencionado parágrafo.

As regras sobre a adoção do orçamento sigiloso estão no art. 24:

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 – (VETADO)

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.

Embora se referindo à Lei nº 14.133/20216 (Leis das Estatais), importante destacar jurisprudência do TCU quanto à incompatibilidade da adoção do orçamento sigiloso e a adoção do critério de preço máximo para aceitabilidade das propostas de preços:

Acórdão 1502/2018 Plenário (Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz)

Licitação. Empresa estatal. Edital de licitação. Orçamento estimativo. Divulgação. Princípio da publicidade.

Nas licitações realizadas pelas empresas estatais, sempre que o orçamento de referência for utilizado como critério de aceitabilidade das propostas, sua divulgação no edital é obrigatória, e não facultativa, em observância ao princípio constitucional da publicidade e, ainda, por não haver no art. 34 da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) proibição absoluta à revelação do orçamento.

f) Edital da licitação

De forma diferente da Lei nº 8.666/1993, que o fez em seu art. 40, a Lei nº 14.133/2021 não possui nenhum dispositivo disciplinando os elementos componentes do edital da licitação.

Neste sentido, Marçal Justen Filho observa²⁷:

O art. 25 não contemplou um elenco exaustivo de temas a serem disciplinados no edital. Nem mesmo existe um elenco exemplificativo, porque várias disposições estão distribuídas entre outros dispositivos da Lei 14.133/2021. Há previsões gerais e descritivas e o destaque a certos temas reputados como merecedores de especial atenção.

O art. 25 assim dispõe:

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

§ 1º Sempre que o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes.

§ 2º Desde que, conforme demonstrado em estudo técnico preliminar, não sejam causados prejuízos à competitividade do processo licitatório e à eficiência do respectivo contrato, o edital poderá prever a utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra.

§ 3º Todos os elementos do edital, incluídos minuta de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros anexos, deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso.

§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto (R\$ 200 milhões), o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

§ 5º O edital poderá prever a responsabilidade do contratado pela:

I – obtenção do licenciamento ambiental;

II – realização da desapropriação autorizada pelo poder público.

§ 6º Os licenciamentos ambientais de obras e serviços de engenharia licitados e contratados nos termos desta Lei terão prioridade de tramitação nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e deverão ser orientados pelos princípios da celeridade, da cooperação, da economicidade e da eficiência.

g) Margem de preferência

O art. 26 autoriza a adoção de medidas concretas destinadas a implementar políticas públicas orientadas a promover o desenvolvimento nacional sustentável²⁸.

Tais critérios de margem de preferência estão assim previstos:

Art. 26. No processo de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para:

I – bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras;

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.409.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.424.

II – bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, conforme regulamento.

§ 1º A margem de preferência de que trata o caput deste artigo:

I – será definida em decisão fundamentada do Poder Executivo federal, no caso do inciso I do caput deste artigo;

II – poderá ser de até 10% (dez por cento) sobre o preço dos bens e serviços que não se enquadrem no disposto nos incisos I ou II do caput deste artigo;

III – poderá ser estendida a bens manufaturados e serviços originários de Estados Partes do Mercado Comum do Sul (Mercosul), desde que haja reciprocidade com o País prevista em acordo internacional aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Presidente da República.

§ 2º Para os bens manufaturados nacionais e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no País, definidos conforme regulamento do Poder Executivo federal, a margem de preferência a que se refere o caput deste artigo poderá ser de até 20% (vinte por cento).

§ 3º (VETADO)

§ 4º (VETADO)

§ 5º A margem de preferência não se aplica aos bens manufaturados nacionais e aos serviços nacionais se a capacidade de produção desses bens ou de prestação desses serviços no País for inferior:

I – à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou

II – aos quantitativos fixados em razão do parcelamento do objeto, quando for o caso.

§ 6º Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da Administração Pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.

§ 7º Nas contratações destinadas à implantação, à manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001.

Art. 27. Será divulgada, em sítio eletrônico oficial, a cada exercício financeiro, a relação de empresas favorecidas em decorrência do disposto no art. 26 desta Lei, com indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas.

3. Modalidades de licitação

Marçal Justen Filho afirma que uma das diferenças entre a Lei nº 14.133/2021 e a Lei nº 8.666/1993 em relação às modalidades de licitação está no fato de o novo diploma normativo adotou a “deslegalização da matéria”, isto é, houve a opção da “remessa promovida pela lei à disciplina do tema por meio de regulamento administrativo”²⁹.

Afirma o doutrinador³⁰:

A Lei 8.666/1993 contemplava disciplina bastante minuciosa relativamente ao procedimento das diferentes modalidades licitatórias.

A Lei 14.133/2021 adotou outra orientação, seguindo as concepções consagradas tanto na Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e da Lei 12.462/2011 (Lei do RDC). Esses dois diplomas foram objeto de regulamentação que disciplinou de modo detalhado o procedimento licitatório.

A sumariedade da disciplina constante da Lei 14.133/2021 relativamente às modalidades licitatórias e a diversos outros temas conduz à necessidade de regulamentação para a sua aplicação. Logo, a eficácia do diploma depende da edição dessas normas regulamentares, que estabelecerão as regras específicas a serem observadas para o desenvolvimento concreto da licitação.

Segundo o art. 28 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 28. São modalidades de licitação:

I – pregão;

II – concorrência;

III – concurso;

IV – leilão;

V – diálogo competitivo.

§ 1º Além das modalidades referidas no caput deste artigo, a Administração pode servir-se dos procedimentos auxiliares previstos no art. 78 desta Lei.

§ 2º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou, ainda, a combinação daquelas referidas no caput deste artigo.

a) Concorrência e pregão

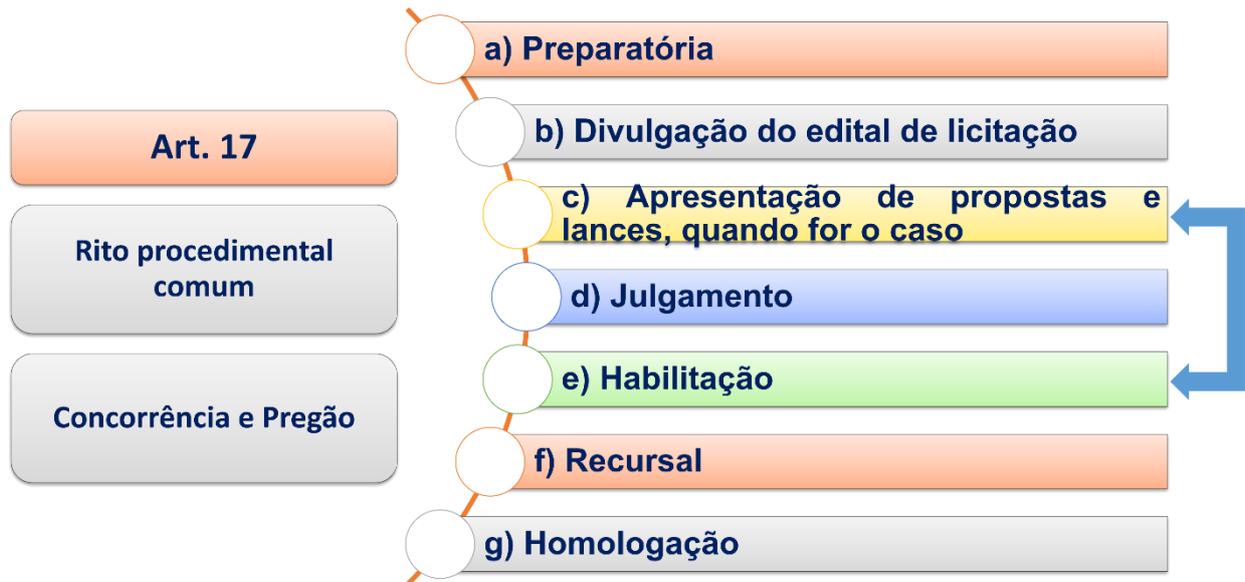
As modalidades concorrência e pregão são disciplinadas no art. 29:

Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

Parágrafo único. O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do caput do art. 6º desta Lei.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.439.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.439.



Para uma melhor compreensão das modalidades concorrência e pregão, adotando-se uma interpretação sistêmica, o art. 29 deve ser lido considerando as definições do art. 6º:

Art. 6º (...)

XXXVIII – concorrência: modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser:

a) menor preço; b) melhor técnica ou conteúdo artístico; c) técnica e preço; d) maior retorno econômico; e) maior desconto;

XLI – pregão: 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;

(...)

XII - obra: toda atividade estabelecida, por força de lei, como privativa das profissões de arquiteto e engenheiro que implica intervenção no meio ambiente por meio de um conjunto harmônico de ações que, agregadas, formam um todo que inova o espaço físico da natureza ou acarreta alteração substancial das características originais de bem imóvel;

XXI – serviço de engenharia: toda atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração e que, não enquadradas no conceito de obra a que se refere o inciso XII do caput deste artigo, são estabelecidas, por força de lei, como privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados, que compreendem:

XXI – serviço de engenharia: (...)

a) serviço comum de engenharia: todo 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;

b) serviço especial de engenharia: aquele que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição constante da alínea “a” deste inciso;

À luz de tais dispositivos, defende-se a seguinte distinção entre obra e serviços de engenharia³¹:

³¹ SANTANA, José Vieira de. Modalidades de licitação, critérios de julgamento e modo de disputa aplicáveis para a contratação de obra e serviços de engenharia segundo a Lei nº 14.133/2021. In: ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa;

Comparando-se essas características individuais e que diferenciam a obra do serviço de engenharia, tem que na obra se identifica a realização de um novo imóvel ou a modificação significativa em um imóvel pré-existente. No serviço de engenharia, encontra-se a ideia de uma atividade realizada por um profissional de engenharia consistente em um fazer, mas que não resulte numa edificação ou modificação significativa em um imóvel.

Na obra de engenharia, a atividade exerce uma intervenção significativa, autônomo e permanente no meio ambiente com a edificação de imóvel e alteração deste. Ao passo que no serviço de engenharia, a atividade não gera uma intervenção significativa, autônomo e permanente.

Em situações práticas, pode-se ter dificuldades em caracterizar determinada atividade como obra ou serviço de engenharia. Nestes casos, a solução pode estar na identificação da dimensão da atividade do caso concreto: sendo ela significativa, autônoma e permanente, estar-se-á diante de uma obra, caso, contrário, identificando que não há modificações significativas, autônomas e permanentes, tem-se um serviço de engenharia.

Assim, se a atividade consiste em realizar modificações em um imóvel consistentes em ampliação ou redução do número de seus cômodos, está caracterizada a obra. Agora, se a atividade neste mesmo imóvel se resumisse na recuperação do revestimento de alguns dos cômodos, ter-se-ia um serviço de engenharia.

Já a diferenciação entre serviço comum de engenharia e serviço especial de engenharia, defende-se³²:

Além de estabelecer a distinção entre obra e serviço de engenharia, a Lei nº 14.133/2021 fixou duas categorias de serviços de engenharia, os comuns e os especiais, algo também verificado em relação aos bens que possuem as mesmas duas categorias (art. 6º, inciso XIII e XIV), tendo por finalidade única indicar que os denominados especiais não seriam licitados pela modalidade pregão.

É oportuno destacar que o Decreto Federal nº 10.024/2019, que estabelece nova regulamentação para o pregão na forma eletrônica no âmbito da Administração Pública Federal, define em seu art. 3º, inciso II e III, os bens e serviços comuns e os bens e serviços especiais, respectivamente.

Pelo art. 6º, inciso XXI, da Lei nº 14.133/2021, o serviço de engenharia será qualificável como comum se a atividade a ser executada for possível de uma definição padronizável em termo de desempenho e qualidade.

Ou seja, além de reunir as características de um serviço de engenharia, vistas anteriormente, para ser comum, faz necessário que seu escopo compreenda ações ou atividades que apresentem desempenho e qualidade padronizadas de forma objetiva pela Administração contratante, a exemplo de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis em que são preservadas as características originais de tais bens.

O núcleo para a caracterização de um serviço de engenharia como comum está na definição do padrão de desempenho e qualidade na execução deste serviço, padrão este que deverá ser padronizado de forma objetiva pelo ente licitante.

Considerando esta interpretação, optamos pelo seguinte entendimento retratado no esquema a seguir:

SARAIVA, Leonardo. Obras públicas e serviços de engenharia na nova lei de licitações e contratos (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.168-169.

³² SANTANA, José Vieira de. Modalidades de licitação, critérios de julgamento e modo de disputa aplicáveis para a contratação de obra e serviços de engenharia segundo a Lei nº 14.133/2021. In: ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa; SARAIVA, Leonardo. Obras públicas e serviços de engenharia na nova lei de licitações e contratos (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.169.

<p><u>Concorrência:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> ❖ Bens e serviços especiais ❖ Obras e serviços comuns de engenharia ❖ Obras e serviços e especiais de engenharia 	<p><u>Critérios de julgamento:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Menor preço ➤ Melhor técnica ou conteúdo artístico ➤ Técnica e preço ➤ Maior retorno econômico ➤ Maior desconto
<p><u>Pregão:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> ❖ Bens e serviços comuns ❖ Serviços comuns de engenharia 	<p><u>Critérios de julgamento:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Menor preço ➤ Maior desconto

Ou como apresentado em outro momento³³:

Modalidade	Objeto	Critério de julgamento	Modo de disputa
Concorrência	Obra	Menor preço	Aberto ou combinação (aberto/fechado)
		Maior retorno econômico	Fechado
	Serviço comum de engenharia	Melhor técnica	-
		Técnica e preço	Fechado
	Serviço especial de engenharia	Melhor técnica	-
		Técnica e preço	Fechado
Maior retorno econômico		Fechado	
Pregão	Serviço comum de engenharia	menor preço ou maior desconto	Aberto ou combinação (aberto/fechado)

Neste sentido, Joel de Menezes Niebuhr resume³⁴:

Disso resulta que, nos termos estritos da Lei n. 14.133/2021: (i) obra de engenharia não pode, qualquer que seja a obra, ainda que considerada comum, ser licitada por meio da modalidade pregão, deve ser por meio da modalidade concorrência; (ii) serviços de engenharia comuns podem ser licitados por meio da modalidade pregão ou da concorrência; (iii) serviços de engenharia não comuns, qualificados como especiais, devem ser licitados por meio da modalidade concorrência.

b) Concurso

A modalidade concurso tem sua definição no art. 6º, inciso XXXIX, e é disciplinada no art. 30 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 6º (...)

XXXIX – concurso: modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico,

³³ SANTANA, José Vieira de. Modalidades de licitação, critérios de julgamento e modo de disputa aplicáveis para a contratação de obra e serviços de engenharia segundo a Lei nº 14.133/2021. In: ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa; SARAIVA, Leonardo. Obras públicas e serviços de engenharia na nova lei de licitações e contratos (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.173.

³⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022. (e-book).

cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor;

(...)

Art. 30. O concurso observará as regras e condições previstas em edital, que 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.

Parágrafo único. Nos concursos destinados à elaboração de projeto, o vencedor deverá ceder à Administração Pública, nos termos do art. 93 desta Lei, todos os direitos patrimoniais relativos ao projeto e autorizar sua execução conforme juízo de conveniência e oportunidade das autoridades competentes.

c) Leilão

Para a modalidade leilão, devemos considerar o art. 6º, inciso XL e o art. 31 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 6º (...)

XL - leilão: modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance;

(...)

Art. 31. O leilão poderá ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente da Administração, e regulamento deverá dispor sobre seus procedimentos operacionais.

§ 1º Se optar pela realização de leilão por intermédio de leiloeiro oficial, a Administração deverá selecioná-lo mediante credenciamento ou licitação na modalidade pregão e adotar o critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, utilizados como parâmetro máximo os percentuais definidos na lei que regula a referida profissão e observados os valores dos bens a serem leiloados.

§ 2º O leilão será precedido da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, que conterá:

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 existentes sobre os a serem leiloados.

§ 3º Além da divulgação no sítio eletrônico oficial, o edital do leilão será afixado em local de ampla circulação de pessoas na sede da Administração e poderá, ainda, ser divulgado por outros meios necessários para ampliar a publicidade e a competitividade da licitação.

§ 4º O leilão não exigirá 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.

d) Diálogo competitivo

Em termos de modalidades de licitação, a grande novidade advinda com a Lei nº 14.133/2021 é o diálogo competitivo. Trata-se de uma modalidade de licitação sem qualquer semelhante com outra já existente e inspirada em normas de países europeus.

Em face destas características, ou seja, por uma modalidade totalmente nova e diferente do que até o momento fora disciplinado pelo direito brasileiro, Marçal Justen Filho traz o seguinte alerta e apresenta importante conselho para a interpretação aos dispositivos da Lei nº 14.133/2021 que tratam do diálogo competitivo:

A modalidade do diálogo competitivo apresenta características que são incompatíveis com a tradição do direito positivo das licitações no Brasil.

Podem ser indicados diversos aspectos desse fenômeno. O mais evidente consiste na admissão da participação do setor privado na concepção da solução a ser adotada para satisfação de necessidade administrativa. Isso acarreta um nível de tratamento igualitário entre a Administração e o particular.

Mas esse não é o único aspecto relevante.

O modelo adotado no Brasil contempla a existência de dois editais num mesmo procedimento licitatório. O edital correspondente à primeira etapa não se subordina, de modo exaustivo, às normas estabelecidas a propósito do tema. Quanto a essa questão, admite-se a preservação de uma margem relevante de discricionariedade da comissão de contratação.

Outro tema importante é a admissibilidade de requisitos de pré-seleção muito mais rigorosos do que aqueles atinentes à habilitação usual.

A dimensão inovadora do diálogo competitivo exige o afastamento dos padrões hermenêuticos aplicáveis às modalidades licitatórias comuns e conhecidas. É indispensável tomar em vista que o diálogo competitivo exige um nível de flexibilidade muito intenso, compatível com a dimensão cooperativa do procedimento.

Sobre esse prisma, o diálogo competitivo, para ser interpretado, não deve ter como parâmetro o regime licitatório anterior ou quaisquer de suas modalidade ou procedimentos.

A definição da modalidade diálogo competitivo encontramos no art. 6º, inciso XLII da Lei nº 14.133/2021:

Art. 6º (...)

XLII - diálogo competitivo: modalidade de licitação para 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;

Já o art. 32 da Lei nº 14.133/2021 traz um disciplinamento da modalidade de licitação:

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo 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;
- c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;

III – (VETADO)

Esquemáticamente:

Diálogo competitivo

I – 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 –necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, tais como:

- a) a solução técnica mais adequada;**
- b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;**
- c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato**

Os §§ 1º e 2º do art. 32 da Lei nº 14.133/2021 trazem o disciplinamento do processamento da licitação na modalidade diálogo competitivo:

§ 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições:

I – 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;

II – 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;

III – a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada;

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

V – 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;

VI – as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo;

VII – o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas;

VIII – 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 e 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;

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

X – a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da

fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado;

XI – 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;

XII – (VETADO)

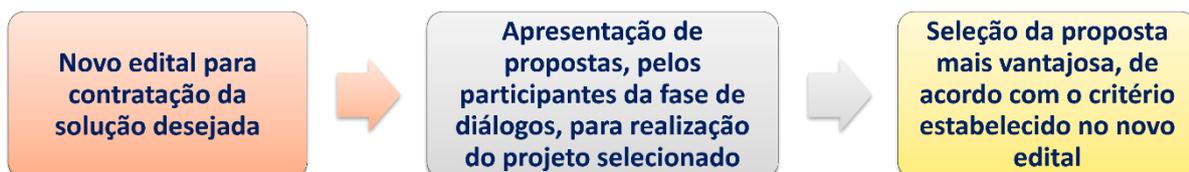
§ 2º Os profissionais contratados para os fins do inciso XI do § 1º deste artigo assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses.

O esquema a seguir ilustra as fases da licitação na modalidade diálogo competitivo:

Fase de diálogos



Fase competitiva



Além das situações previstas no art. 32, a Lei nº 14.133/2021 promoveu alteração nas Leis nº 8.987/1995 e 11.079/2004 no sentido de que a modalidade diálogo competitivo possa ser usada na concessão de serviço público e contratação de parceria público-privada:

Art. 179. Os incisos II e III do caput do art. 2º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 2º (...)

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

Art. 180. O caput do art. 10 da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

(...)

Assim, o diálogo competitivo e a modalidade de licitação utilizada nas seguintes situações:

Diálogo competitivo

I – 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 – necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, tais como:
a) a solução técnica mais adequada;
b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato

III - concessão de serviço público precedida ou não de execução de obra pública (Lei nº 8.987/1995)

IV - contratação de parceria público-privada (Lei nº 11.079/2004)

4. Critérios de julgamento, modos de disputa e publicidade

a) Critérios de julgamento

Os critérios de julgamento foram disciplinados pela Lei nº 14.133/2021 no art. 33:

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;
- VI – maior retorno econômico.

No art. 34, a Lei 14.133/2021 traz expressas disposições sobre o critério de julgamento por menor preço ou por maior desconto:

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.

§ 1º 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.

§ 2º O julgamento por maior desconto terá como referência o preço global fixado no edital de licitação, e o desconto será estendido aos eventuais termos aditivos.

O critério de julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico encontra-se disciplinado no art. 35, merecendo destacar que a “melhor técnica” da Lei nº 14.133/2021 não possui as mesmas características previstas na Lei nº 8.666/1993:

Art. 35. O julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico considerará exclusivamente as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes, e o edital deverá definir o prêmio ou a remuneração que será atribuída aos vencedores.

Parágrafo único. O critério de julgamento de que trata o caput deste artigo poderá ser utilizado para a contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística.

A Lei nº 14.133/2021 incorporou ao critério de julgamento por técnica e preço algumas orientações de órgãos de controle (em especial, o TCU) feitos quando da vigência da Lei nº 8.666/1993.

O art. 36 trata deste critério de julgamento por técnica e preço:

Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.

§ 1º O critério de julgamento de que trata o caput deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de:

- 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.

§ 2º No julgamento por técnica e preço, deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e, em seguida, as propostas de preço apresentadas pelos licitantes, na proporção máxima de 70% (setenta por cento) de valoração para a proposta técnica.

§ 3º O desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração Pública deverá ser considerado na pontuação técnica, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 88 (registro cadastral) desta Lei e em regulamento.

Os arts. 37 e 38 apresentam regras gerais a serem observadas quando da adoção dos critérios de julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço:

Art. 37. O julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço deverá ser realizado por:

I – verificação da capacitação e da experiência do licitante, comprovadas por meio da apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados;

II – atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por banca designada para esse fim, de acordo com orientações e limites definidos em edital, considerados a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues;

III – atribuição de notas por desempenho do licitante em contratações anteriores aferida nos documentos comprobatórios de que trata o § 3º do art. 88 desta Lei e em registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

§ 1º A banca referida no inciso II do caput deste artigo terá no mínimo 3 (três) membros e poderá ser composta de:

I – servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração Pública;

II – profissionais contratados por conhecimento técnico, experiência ou renome na avaliação dos quesitos especificados em edital, desde que seus trabalhos sejam supervisionados por profissionais designados conforme o disposto no art. 7º desta Lei.

§ 2º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, na licitação para contratação dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas “a”, “d” e “h” do inciso XVIII do caput do art. 6º desta Lei cujo valor estimado da contratação seja superior a R\$ 300.000,00 (**324.122,46**), o julgamento será por:

I – melhor técnica; ou

II – técnica e preço, na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica.

Art. 6º (...) XVIII – serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: aqueles realizados em trabalhos relativos a:

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos;

d) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços;

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 na definição deste inciso;

Art. 38. No julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço, a obtenção de pontuação devido à capacitação técnico-profissional exigirá que a execução do respectivo contrato tenha participação direta e pessoal do profissional correspondente.

O critério de julgamento de maior retorno econômico é aplicável apenas para licitações versando sobre contratos de eficiência, os quais são contratos que “visam a propiciar a redução de despesas correntes da entidade administrativa mediante a introdução de inovações, reformas ou serviços propostos pelo licitante. O contratado será remunerado mediante uma parcela da economia obtida” (JUSTEN FILHO)³⁵.

O contrato de eficiência é tratado pela Lei 14.133/2021 em diversos dispositivos, tais como os arts. 6.º, LIII (definição), 110 (prazo) e 144, §§ 1.º e 2.º (remuneração).

Assim disciplina o art. 39 o critério de julgamento de maior retorno econômico:

Art. 39. O julgamento por maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato.

§ 1º Nas licitações que adotarem o critério de julgamento de que trata o caput deste artigo, os licitantes apresentarão:

I – proposta de trabalho, que deverá contemplar:

- a) as obras, os serviços ou os bens, com os respectivos prazos de realização ou fornecimento;
- b) a economia que se estima gerar, expressa em unidade de medida associada à obra, ao bem ou ao serviço e em unidade monetária;

II – proposta de preço, que corresponderá a percentual sobre a economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária.

§ 2º O edital de licitação deverá prever parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo para a remuneração devida ao contratado.

§ 3º Para efeito de julgamento da proposta, o retorno econômico será o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço.

§ 4º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

I – a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado;

II – se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite máximo estabelecido no contrato, o contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis.

b) Modos de disputa

A Lei nº 14.133/2021 dispõe sobre os modos de disputa aberto e fechado, que podem ser adotados isolada ou conjuntamente.

Esses modos aberto e fechado de disputa incorporam a experiência da Lei do Pregão e da Lei do RDC, as quais conceberam e desenvolveram o modelo. Todavia, nos dois casos, se fez necessária a edição de normas regulamentares para a aplicação concreta dessas figuras³⁶.

Ao lembrar que a “Lei 14.133/2021 é extremamente sumária no tocante à disciplina procedimental das licitações”,

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.510.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.675-676.

Marçal Justen Filho afirma não é conveniente adotar a regulamentação pretérita à Lei³⁷:

Poderia cogitar-se da recepção dos regulamentos editados anteriormente. O instituto da recepção tem sido praticado em face de normas legais produzidas sob a égide de constituição revogada e cujos termos sejam compatíveis com a nova. Em tais hipóteses, reputa-se que houve a alteração do fundamento de validade da norma jurídica de hierarquia inferior.

Usualmente, essa solução não é cogitada relativamente a normas regulamentares veiculadas por meio de decreto. No entanto, inexistente vedação a uma solução dessa ordem. Sob um certo ângulo, pode-se reiterar que a Lei 10.520/2002 é regulamentada, no tocante ao pregão presencial, pelo Decreto 3.555/2000, editado em data anterior e visando regulamentar a MP 2.026-2/2000.

O problema reside na dificuldade de compatibilizar as normas de decretos anteriores com a disciplina contemplada na lei posterior. Ou seja, o regulamento anterior poderia ser recepcionado se o texto da lei nova fosse idêntico ao da lei antiga. Essa hipótese é um contrassenso, eis que a lei nova destina-se precisamente a alterar a antiga.

A Lei nº 14.133/2021 estabeleceu os modos de disputa aberto e fechado da seguinte maneira:

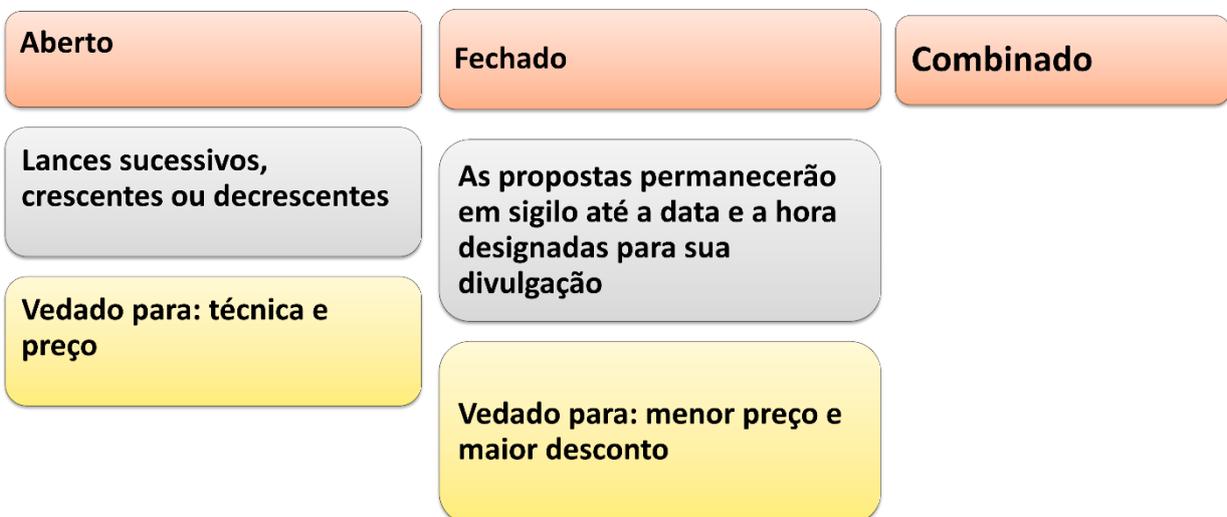
Art. 56. O modo de disputa poderá ser, isolada ou conjuntamente:

I – aberto, hipótese em que os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes;

II – fechado, hipótese em que as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação.

§ 1º A utilização isolada do modo de disputa fechado será vedada quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto.

§ 2º A utilização do modo de disputa aberto será vedada quando adotado o critério de julgamento de técnica e preço.



Acrescenta a Lei nº 14.133/2021 sobre o disciplinamento dos modos de disputa:

§ 3º Serão considerados intermediários os lances:

I – iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o critério de julgamento de maior lance;

II – iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.676.

§ 4º Após a definição da melhor proposta, se a diferença em relação à proposta classificada em segundo lugar for de pelo menos 5% (cinco por cento), a Administração poderá admitir o reinício da disputa aberta, nos termos estabelecidos no instrumento convocatório, para a definição das demais colocações.

§ 5º Nas licitações de obras ou serviços de engenharia, após o julgamento, o licitante vencedor deverá reelaborar e apresentar à Administração, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como com detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES), com os respectivos valores adequados ao valor final da proposta vencedora, admitida a utilização dos preços unitários, no caso de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada, exclusivamente para eventuais adequações indispensáveis no cronograma físico-financeiro e para balizar excepcional aditamento posterior do contrato.

Art. 57. O edital de licitação poderá estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação à proposta que cobrir a melhor oferta.

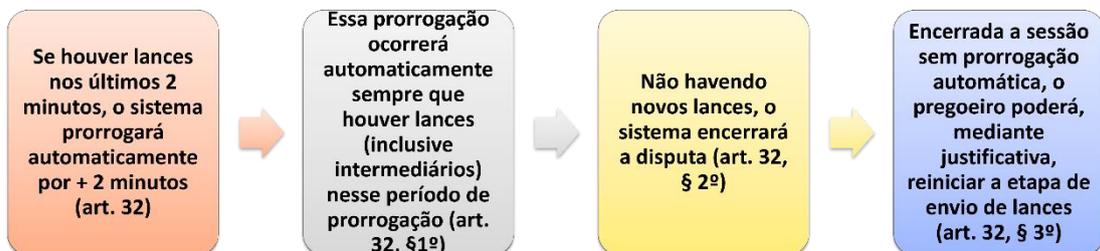
A título de exemplificação, é apresentada forma como o Decreto Federal nº 10.024/2019 (que regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal) disciplinou os modos de disputa aberto e fechado:

MODO DE DISPUTA ABERTO (Decreto Federal nº 10.024/2019)

Início da fase de lances públicos e sucessivos (art. 31, inc. I).

O edital deve definir o intervalo de diferença entre os lances, seja quanto aos lances intermediários, seja quanto ao lance que cobrirá a melhor oferta (art. 31, parágrafo único).

Disputa inicial: 10 minutos (art. 32)



MODO DE DISPUTA ABERTO E FECHADO (Decreto Federal nº 10.024/2019)

Início da fase de lances públicos e sucessivos com duração de 15 minutos (art. 31, inc. II, e art. 33)

Sistema avisará o fechamento iminente dos lances e estabelecerá um prazo aleatório de até 10 minutos para recebimento de lances (art. 33, § 1º)

Encerrado o recebimento de lances, o autor do menor preço e os autores das propostas com valores até 10% acima daquele poderão ofertar um lance final e fechado em até 5 minutos (art. 33, § 2º)

Ausente pelo menos 3 ofertas com valor até 10% acima da menor, serão convocados até, no máximo, 3 licitantes, na ordem de classificação, que poderão ofertar lance final e fechado em até 5 minutos (art. 33, §3º)

O sistema ordenará os lances em ordem crescente de vantajosidade (art. 33, § 4º)

Ausente lance final e fechado, será reaberta a fase de lances para os demais, até o máximo de 3, para o lance final e fechado - 5 minutos. Os lances oferecidos pelos licitantes nessa etapa serão sigilosos até o final do prazo de 5 minutos (art. 33, § 5º)

O pregoeiro poderá motivar a reabertura do prazo de 5 minutos para novos lances fechados caso não haja licitante classificado na etapa de lance fechado que atenda às exigências de habilitação. Deverá convocar até, no máximo, 3 na ordem de classificação (art. 33, § 6º)

Decreto Federal nº 10.024/2019

Modos de disputa

Art. 31. Serão adotados para o envio de lances no pregão eletrônico os seguintes modos de disputa:

I - aberto - os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com prorrogações, conforme o critério de julgamento adotado no edital; ou

II - aberto e fechado - os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com lance final e fechado, conforme o critério de julgamento adotado no edital.

Parágrafo único. No modo de disputa aberto, o edital preverá intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta.

Modo de disputa aberto

Art. 32. No modo de disputa aberto, de que trata o inciso I do caput do art. 31, a etapa de envio de lances na sessão pública durará dez minutos e, após isso, será prorrogada automaticamente pelo sistema quando houver lance ofertado nos últimos dois minutos do período de duração da sessão pública.

§ 1º A prorrogação automática da etapa de envio de lances, de que trata o caput, será de dois minutos e ocorrerá sucessivamente sempre que houver lances enviados nesse período de prorrogação, inclusive quando se tratar de lances intermediários.

§ 2º Na hipótese de não haver novos lances na forma estabelecida no caput e no § 1º, a sessão pública será encerrada automaticamente.

§ 3º Encerrada a sessão pública sem prorrogação automática pelo sistema, nos termos do disposto no § 1º, o pregoeiro poderá, assessorado pela equipe de apoio, admitir o reinício da etapa de envio de lances, em prol da consecução do melhor preço disposto no parágrafo único do art. 7º, mediante justificativa.

Modo de disputa aberto e fechado

Art. 33. No modo de disputa aberto e fechado, de que trata o inciso II do caput do art. 31, a etapa de envio de lances da sessão pública terá duração de quinze minutos.

§ 1º Encerrado o prazo previsto no caput, o sistema encaminhará o aviso de fechamento iminente dos lances e, transcorrido o período de até dez minutos, aleatoriamente determinado, a recepção de lances será automaticamente encerrada.

§ 2º Encerrado o prazo de que trata o § 1º, o sistema abrirá a oportunidade para que o autor da oferta de valor mais baixo e os autores das ofertas com valores até dez por cento superiores àquela possam ofertar um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento deste prazo.

§ 3º Na ausência de, no mínimo, três ofertas nas condições de que trata o § 2º, os autores dos melhores lances subsequentes, na ordem de classificação, até o máximo de três, poderão oferecer um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento do prazo.

§ 4º Encerrados os prazos estabelecidos nos § 2º e § 3º, o sistema ordenará os lances em ordem crescente de vantajosidade.

§ 5º Na ausência de lance final e fechado classificado nos termos dos § 2º e § 3º, haverá o reinício da etapa fechada para que os demais licitantes, até o máximo de três, na ordem de classificação, possam ofertar um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento deste prazo, observado, após esta etapa, o disposto no § 4º.

§ 6º Na hipótese de não haver licitante classificado na etapa de lance fechado que atenda às exigências para habilitação, o pregoeiro poderá, auxiliado pela equipe de apoio, mediante justificativa, admitir o reinício da etapa fechada, nos termos do disposto no § 5º.

c) Garantia de proposta

O art. 58 da Lei nº 14.133/2021 traz a possibilidade ser estabelecida em licitação, como condição de participação, apresentação de garantia por parte dos licitantes.

Ao comentar o dispositivo, Marçal Justen Filho faz as seguintes considerações³⁸:

O dispositivo instituiu uma figura anômala, a “pré-habilitação”, destituída de consistência, finalidade e cabimento.

A exigência é uma tentativa de neutralizar os efeitos nocivos da admissão de propostas de licitantes de origem e qualificação desconhecida.

Rigorosamente, o depósito no valor de 1% não se configura como um requisito de “pré-habilitação” – figura desconhecida. Muito mais satisfatório é reconhecer que se trata de uma condição para participação no certame. É uma formalidade destinada a assegurar que o licitante atue de modo sério e confiável. (...)

O dispositivo alude ao “recolhimento de quantia”, terminologia que indica claramente uma transferência pecuniária. No entanto, o § 4.º se refere à prestação de garantia nas modalidades tradicionalmente admitidas, que se encontram previstas no art. 96, § 1.º. Portanto, deve-se interpretar o dispositivo no sentido de incumbir ao licitante, quando tal estiver previsto, ofertar garantia à Administração.

Lei nº 14.133/2021 assim fixou a redação do art. 58:

Art. 58. Poderá ser exigida, no momento da apresentação da proposta, a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta, como requisito de pré-habilitação.

§ 1º A garantia de proposta não poderá ser superior a 1% (um por cento) do valor estimado para a contratação.

§ 2º A garantia de proposta será devolvida aos licitantes no prazo de 10 (dez) dias úteis, contado da assinatura do contrato ou da data em que for declarada fracassada a licitação.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.699.

§ 3º Implicará execução do valor integral da garantia de proposta a recusa em assinar o contrato ou a não apresentação dos documentos para a contratação.

§ 4º A garantia de proposta poderá ser prestada nas modalidades de que trata o § 1º do art. 96 desta Lei. (caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural; seguro-garantia; fiança bancária)

d) Publicidade da licitação (prazo para divulgação do edital)

A publicidade é um dos princípios que regem a Administração Pública e, por isto, também orienta as licitações públicas. Mas, não são raras as notícias de dificuldade (grandes) impostas a licitantes ou cidadão para obter cópia de editais de licitações.

Franklin Brasil Santos e Kleberon Roberto de Souza fazem as seguintes observações sobre o tema³⁹:

O ente contratante pode reduzir a competitividade da licitação ao dificultar o acesso ao edital, mesmo publicando o aviso em todos os meios previstos na lei. Para isso, criam-se obstáculos e requisitos dispendiosos para eventuais interessados tomarem conhecimento e preencherem condições para a efetiva participação na disputa. Como nesse caso real, uma verdadeira *via crucis* para participar de licitação.

A seguir os autores apresentam o quadro com a situação exemplificada:

PASSO	DESCRIÇÃO
1	Aquisição presencial do edital. Obrigatório: A empresa interessada em participar da licitação teria que se deslocar até a Prefeitura para a aquisição do Edital, mediante recolhimento da importância não reembolsável de R\$100,00 (Cem Reais), ou isentar-se da taxa de reprodução das impressões mediante requerimento, onde seriam disponibilizados em CD.
2	Recursos e impugnações do edital somente presencialmente: Caso a empresa discordasse de algum termo no edital, deveria se deslocar novamente para apresentar as dúvidas, recursos ou impugnações.
3	Vistoria Obrigatória: Quem se interessasse em participar, teria que fazer um 3º deslocamento para a realização, pelo responsável técnico da empresa, da vistoria prévia obrigatória do local da obra.
4	Participação na licitação: Novamente, o interessado faria um 4º deslocamento para participar da licitação, visto que o edital previa que os documentos de habilitação e a proposta de preços deveriam ser fechados e entregues ao Presidente da Comissão Permanente de Licitação.
5	Recursos e impugnações do resultado somente presencialmente: Por fim, se a empresa licitante estivesse em desacordo com o resultado do julgamento, para interpor recursos, teria que se deslocar pela 5ª vez ao município.
6	Resultado: Tendo como referência a capital Cuiabá, a empresa deveria percorrer no total cerca de 7.000km apenas para participar da licitação (licitação realizada em um município do Norte do Estado, distante 700km da capital).

A Lei nº 14.133/2021 não impõe apenas a publicação de aviso de licitação, mas também estabeleceu que o inteiro teor do edital do certame e seus anexos sejam publicados em um único portal eletrônico, centralizador das informações pertinentes a todas as licitações e contratações promovidas pela Administração Pública, é o que se depreende do art. 54:

Art. 54. A publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

§ 1º Sem prejuízo do disposto no caput, é obrigatória a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal diário de grande circulação.

§ 2º É facultada a divulgação adicional e a manutenção do inteiro teor do edital e de seus anexos em sítio eletrônico oficial do ente federativo do órgão ou entidade responsável pela licitação ou, no caso

³⁹ SANTOS, Franklin Brasil. Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes. 3. ed. ver. ampl.e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.119-120.

de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, admitida, ainda, a divulgação direta a interessados devidamente cadastrados para esse fim.

§ 3º Após a homologação do processo licitatório, serão disponibilizados no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e, se o órgão ou entidade responsável pela licitação entender cabível, também no sítio referido no § 2º deste artigo, os documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos.

Esquemáticamente, tem-se que a publicidade do edital da licitação nos termos da Lei nº 14.133/2021 seguirá a seguinte sistemática:

Divulgação do edital



O disciplinamento do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) encontram-se nos arts. 174 a 176 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à:

- I - divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei;
- II - realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.

§ 1º O PNCP será gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, a ser presidido por representante indicado pelo Presidente da República e composto de:

- I - 3 (três) representantes da União indicados pelo Presidente da República;
- II - 2 (dois) representantes dos Estados e do Distrito Federal indicados pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração;
- III - 2 (dois) representantes dos Municípios indicados pela Confederação Nacional de Municípios.

§ 2º O PNCP conterá, entre outras, 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.

§ 3º O PNCP deverá, entre outras funcionalidades, 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);

VI - sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato, que possibilite:

a) envio, registro, armazenamento e divulgação de mensagens de texto ou imagens pelo interessado previamente identificado;

b) acesso ao sistema informatizado de acompanhamento de obras a que se refere o inciso III do caput do art. 19 desta Lei;

c) comunicação entre a população e representantes da Administração e do contratado designados para prestar as informações e esclarecimentos pertinentes, na forma de regulamento;

d) divulgação, na forma de regulamento, de relatório final com informações sobre a consecução dos objetivos que tenham justificado a contratação e eventuais condutas a serem adotadas para o aprimoramento das atividades da Administração.

§ 4º O PNCP adotará o formato de dados abertos e observará as exigências previstas na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

§ 5º (VETADO).

Art. 175. Sem prejuízo do disposto no art. 174 desta Lei, os entes federativos poderão instituir sítio eletrônico oficial para divulgação complementar e realização das respectivas contratações.

§ 1º Desde que mantida a integração com o PNCP, as contratações poderão ser realizadas por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado, na forma de regulamento.

§ 2º Até 31 de dezembro de 2023, os Municípios deverão realizar divulgação complementar de suas contratações mediante publicação de extrato de edital de licitação em jornal diário de grande circulação local.

Art. 176. Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento:

I - dos requisitos estabelecidos no art. 7º e no caput do art. 8º desta Lei;

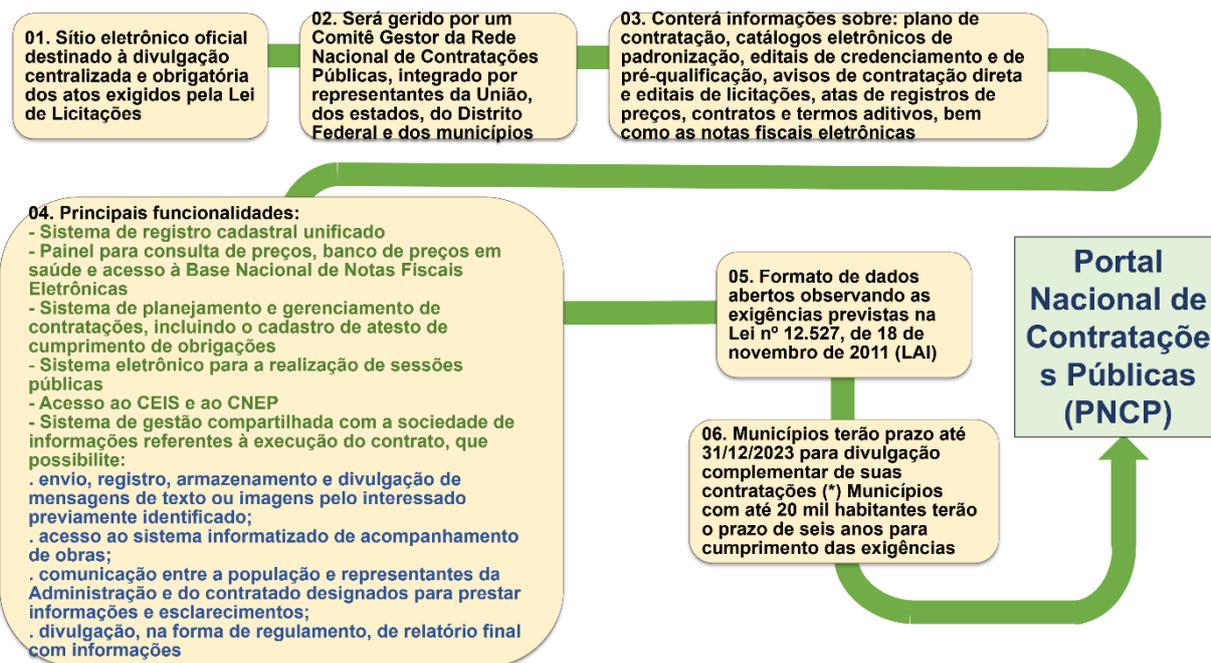
II - da obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o § 2º do art. 17 desta Lei;

III - das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial.

Parágrafo único. Enquanto não adotarem o PNCP, os Municípios a que se refere o *caput* deste artigo deverão:

I - publicar, em diário oficial, as informações que esta Lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato;

II - disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo o referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica.



O PNCP entrou em operação em 09/08/2021 inicialmente apenas com a divulgação de editais e avisos de contratação, atas de registro de preços e contratos (<https://pncp.gov.br/>).

A Lei nº 14.133/2021, em seu art. 55, adotou diversos fundamentos para fixação do prazo mínimo entre a divulgação do edital do certame e a apresentação de propostas e lances: a) objeto da contratação; b) critério de julgamento da licitação.

O art. 55 da Lei nº 14.133/2021 traz as seguintes disposições:

Art. 55. Os prazos mínimos para apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação, são de:

I – para aquisição de bens:

- a) 8 (oito) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto;
- b) 15 (quinze) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea “a” deste inciso;

Prazo para divulgação do edital

II – no caso de serviços e obras:

- a) 10 (dez) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, no caso de serviços comuns e de obras e serviços comuns de engenharia;
- b) 25 (vinte e cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, no caso de serviços especiais e de obras e serviços especiais de engenharia;
- c) 60 (sessenta) dias úteis, quando o regime de execução for de contratação integrada;
- d) 35 (trinta e cinco) dias úteis, quando o regime de execução for o de contratação semi-integrada ou nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas “a”, “b” e “c” deste inciso;

Prazo para divulgação do edital

III – para licitação em que se adote o critério de julgamento de maior lance, 15 (quinze) dias úteis;

IV – para licitação em que se adote o critério de julgamento de técnica e preço ou de melhor técnica ou conteúdo artístico, 35 (trinta e cinco) dias úteis.

§ 1º Eventuais modificações no edital implicarão nova divulgação na mesma forma de sua divulgação inicial, além do cumprimento dos mesmos prazos dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas.

§ 2º Os prazos previstos neste artigo poderão, mediante decisão fundamentada, ser reduzidos até a metade nas licitações realizadas pelo Ministério da Saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Esquemáticamente, assim poderá ser visto o art. 55:

I – para aquisição de bens	a) 8 (oito) dias úteis	Quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto
	b) 15 (quinze) dias úteis	Nos demais critérios de julgamento
II – no caso de serviços e obras	a) 10 (dez) dias úteis	No caso de serviços comuns e de obras e serviços comuns de engenharia e quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto
	b) 25 (vinte e cinco) dias úteis	No caso de serviços especiais e de obras e serviços especiais de engenharia e quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto
	c) 60 (sessenta) dias úteis	Quando o regime de execução for de contratação integrada
	d) 35 (trinta e cinco) dias úteis	Quando o regime de execução for o de contratação semi-integrada e nos demais casos não abrangidos anteriormente
III – para licitação em que se adote o critério de julgamento de maior lance	15 (quinze) dias úteis	
IV – para licitação em que se adote o critério de julgamento de técnica e preço ou de melhor técnica ou conteúdo artístico	35 (trinta e cinco) dias úteis	
Diálogo competitivo (art. 32, §1º, I e VIII)	25 (vinte e cinco) dias úteis fase de diálogo 60 (sessenta) dias úteis fase competitiva	

5. Regras específicas para as compras e contratações de obras e serviços de engenharia

a) Regras específicas para as compras

O art. 40 disciplina uma pluralidade de temas heterogêneos, dispondo de modo mais concreto sobre as diretrizes a serem observadas no tocante a compras⁴⁰:

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

I – condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

II – processamento por meio de sistema de registro de preços, quando pertinente;

III – determinação de unidades e quantidades a serem adquiridas em função de consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas, admitido o fornecimento contínuo;

IV – condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material;

V – atendimento aos princípios:

a) da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;

b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso;

c) da responsabilidade fiscal, mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento.

No §1º do art. 40, a Lei nº 14.133/2021 complementa os elementos integrantes do **termo de referência**:

§ 1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do caput do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações:

I – especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;

II – indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso;

III – especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.

A Lei nº 14.133/2021 apresenta o conteúdo do termo de referência no art. 6º, inciso XXIII):

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.528.

Conteúdo do termo de referência (art. 6º, inciso XXIII):

definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;

fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;

descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;

requisitos da contratação;

modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento;

modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;

critérios de medição e de pagamento;

forma e critérios de seleção do fornecedor;

estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;

adequação orçamentária

Nos §§ 2º e 3º, do art. 40, a Lei nº 14.133/2021 traz regras sobre o parcelamento do objeto licitado de forma ligeiramente diferente da Lei nº 8.666/1993:

§ 2º Na aplicação do princípio do parcelamento, referente às compras, deverão ser considerados:

- I – a viabilidade da divisão do objeto em lotes;
- II – o aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com vistas à economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e
- III – o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

§ 3º O parcelamento não será adotado quando:

- I – a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor;
- II – o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido;
- III – o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo.

Observa-se, por esses §§ 2º e 3º, do art. 40, a Lei nº 14.133/2021, que embora o parcelamento do objeto continua sendo a regra (ou princípio), foram instituídas regras de flexibilização.

Incorporando orientações que a muito tempo foram feitas pelo TCU em relação a possibilidade de indicação de marca e de solicitação de amostra em licitação, os arts. 41 e 42 da Lei nº 14.133/2021 dispõem:

Art. 41. No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá excepcionalmente:

- I – indicar uma ou mais marcas ou modelos, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:
 - a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
 - b) em decorrência da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração;
 - c) quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os únicos capazes de atender às necessidades do contratante;
 - d) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação

de determinada marca ou determinado modelo aptos a servir apenas como referência;

II – exigir amostra ou prova de conceito do bem no procedimento de pré-qualificação permanente, na fase de julgamento das propostas ou de lances, ou no período de vigência do contrato ou da ata de registro de preços, desde que previsto no edital da licitação e justificada a necessidade de sua apresentação;

III – vedar a contratação de marca ou produto, quando, mediante processo administrativo, restar comprovado que produtos adquiridos e utilizados anteriormente pela Administração não atendem a requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual;

IV – solicitar, motivadamente, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor.

Parágrafo único. A exigência prevista no inciso II do caput deste artigo restringir-se licitante provisoriamente vencedor quando realizada na fase de julgamento das propostas ou de lances.

Sobre a solicitação de carta de solidariedade emitida pelo fabricante, cabe lembrar jurisprudência do TCU:

À luz da jurisprudência predominante desta Corte (a exemplo do Acórdão 1805/2015-TCU-Plenário, Relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira), sabe-se que a carta de solidariedade, ainda que exigida para fins de celebração contratual, é hipótese excepcional, a qual requer justificativa técnica, o que inexistiu no processo de contratação em tela ou na manifestação apresentada perante esta Corte (Acórdão 3.018/2020, Plenário, rel. Augusto Sherman)

Para Joel de Menezes Niebuhr⁴¹:

O inciso IV do artigo 42 da Lei n. 14.133/2021 é bem claro ao prescrever que o fabricante, ao emitir a carta de solidariedade, assegura a execução do contrato. Daí que, ressalta-se, a extensão da responsabilidade solidária do fabricante é bem alargada, não se resume à qualidade e à aderência do objeto fabricado por si às exigências do edital. Ele se compromete, é o que está escrito com todas as letras, pela execução do contrato. Se o contratado falhar na execução do contrato, qualquer que seja a razão, ainda que não imputada ao fabricante, o fabricante responde.

Ressalva-se que a declaração não versa sobre o objeto propriamente dito, sobre suas qualidades, logo não assegura nem indica que o objeto oferecido à Administração está ou não em conformidade com o exigido no edital. A utilidade da carta de solidariedade é a de reforçar a responsabilidade perante a Administração na hipótese de o contrato não ser executado pelo futuro contratado. Sem a carta de solidariedade, apenas o contratado é responsável perante a Administração. Com a carta de solidariedade, o contratado e o fabricante tornam-se responsáveis perante a Administração. Supõe-se que os fabricantes, antes de emitirem a carta de solidariedade, sejam prudentes e cuidadosos, verifiquem se os objetos fabricados são realmente aderentes ao solicitado no edital e se o licitante é confiável e cumpre suas obrigações.

Ao comentar o art. 42, Marçal Justen Filho afirma que “É essencial a previsão no edital de um padrão de qualidade mínima, cujo não preenchimento acarreta a desclassificação da proposta formulada. O edital deve descrever adequadamente o objeto licitado, o que se traduz não apenas numa definição genérica do objeto, mas também em atributos qualitativos reputados indispensáveis para satisfazer as necessidades da Administração”⁴².

Art. 42. A prova de qualidade de produto apresentado pelos proponentes como similar ao das marcas eventualmente indicadas no edital será admitida por qualquer um dos seguintes meios:

I – comprovação de que o produto está de acordo com as normas técnicas determinadas pelos órgãos oficiais competentes, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou por outra entidade credenciada pelo Inmetro;

II – declaração de atendimento satisfatório emitida por outro órgão ou entidade de nível federativo

⁴¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022. (e-book).

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.559-560

equivalente ou superior que tenha adquirido o produto;

III – certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar que possibilite a aferição da qualidade e da conformidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, emitido por instituição oficial competente ou por entidade credenciada.

§ 1º O edital poderá exigir, como condição de aceitabilidade da proposta, certificação de qualidade do produto por instituição credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro).

§ 2º A Administração poderá, nos termos do edital de licitação, oferecer protótipo do objeto pretendido e exigir, na fase de julgamento das propostas, amostras do licitante provisoriamente vencedor, para atender a diligência ou, após o julgamento, como condição para firmar contrato.

§ 3º No interesse da Administração, as amostras a que se refere o § 2º deste artigo poderão ser examinadas por instituição com reputação ético- profissional na especialidade do objeto, previamente indicada no edital.

O art. 43 da Lei nº 14.133/2021 cuida do processo de padronização que, segundo Marçal Justen Filho, “é um instrumento de racionalização da atividade administrativa, com redução de custos e otimização da aplicação de recursos. A padronização elimina variações tanto no tocante à seleção de produtos no momento da contratação como também na sua utilização, conservação etc.”⁴³:

Art. 43. O processo de padronização deverá conter:

I – parecer técnico sobre o produto, considerados especificações técnicas e estéticas, desempenho, análise de contratações anteriores, custo e condições de manutenção e garantia;

II – despacho motivado da autoridade superior, com a adoção do padrão;

III – síntese da justificativa e descrição sucinta do padrão definido, divulgadas em sítio eletrônico oficial.

§ 1º É permitida a padronização com base em processo de outro órgão ou entidade de nível federativo igual ou superior ao do órgão adquirente, devendo o ato que decidir pela adesão a outra padronização ser devidamente motivado, com indicação da necessidade da Administração e dos riscos decorrentes dessa decisão, e divulgado em sítio eletrônico oficial.

§ 2º As contratações de soluções baseadas em software de uso disseminado serão disciplinadas em regulamento que defina processo de gestão estratégica das contratações desse tipo de solução.

Segundo Marçal Justen Filho⁴⁴:

O art. 44 consagra solução óbvia. Trata-se de um dispositivo aparentemente inútil, cuja supressão não produziria qualquer efeito. No entanto, deve-se reconhecer que a expressa disciplina nele contemplada é relevante para submeter formalmente a compra ou a locação a providências prévias destinadas a assegurar a vantajosidade da operação realizada.

Trata-se de estabelecer que, existindo alternativa entre adquirir ou alugar um bem, a escolha deverá ser justificada em vista da relação custo-benefício.

O art. 44 da Lei nº 14.133/2021 apresenta a seguinte redação:

Art. 44. Quando houver a possibilidade de compra ou de locação de bens, o estudo técnico preliminar deverá considerar os custos e os benefícios de cada opção, com indicação da alternativa mais vantajosa.

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.567.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.573.

b) Regras específicas para contratações de obras e serviços de engenharia

Para Marçal Justen Filho, “o art. 45 disciplina alguns aspectos atinentes a obras e serviços de engenharia, relacionados com externalidades negativas e com o cumprimento de políticas públicas de cunho promocional”⁴⁵.

Acrescenta que “o dispositivo reitera a vinculação da Administração Pública a normas de diferente natureza. Trata-se de assegurar a observância pelo ato convocatório de uma série de posturas pertinentes à defesa de valores não relacionados diretamente com a execução do objeto”⁴⁶, e que “o art. 45 não exaure as exigências a serem observadas em licitações de obras e serviços de engenharia. Existe uma grande quantidade de outras imposições, muitas delas previstas na própria Lei 14.133/2021”⁴⁷.

Assim estabelece a Lei nº 14.133/2021 em seu art. 45:

Art. 45. As licitações de obras e serviços de engenharia devem respeitar, especialmente, as normas relativas a:

- I – disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;
- II – mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;
- III – utilização de produtos, de equipamentos e de serviços que, comprovadamente, favoreçam a redução do consumo de energia e de recursos naturais;
- IV – avaliação de impacto de vizinhança, na forma da legislação urbanística;
- V – proteção do patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas;
- VI – acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Os diversos regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia estão previstos no art. 46 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 46. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

- I – empreitada por preço unitário;
- II – empreitada por preço global;
- III – empreitada integral;
- IV – contratação por tarefa;
- V – contratação integrada;
- VI – contratação semi-integrada;
- VII – fornecimento e prestação de serviço associado.

Sobre esse art. 46 da Lei nº 14.133/2021, observa Marçal Justen Filho:

O elenco contemplado nos incisos do art. 46 não apresenta natureza homogênea. Os aspectos que dão identidade à contratação integrada e à contratação semi-integrada não são os mesmos que fundamentam a distinção entre empreitada por preços unitários e por preço global.

A contratação integrada se caracteriza pela atribuição ao contratado da elaboração dos projetos básico e executivo. A contratação semi-integrada é identificada pela assunção pelo contratado da elaboração do projeto executivo.

A empreitada integral versa sobre a obrigação de executar prestação abrangendo infraestrutura e

⁴⁵ Op. cit., p.573.

⁴⁶ Op. cit., p.573.

⁴⁷ Op. cit., p.573.

funcionamento de um empreendimento.

Já as contratações em regime de preços unitários se peculiarizam porque o montante da remuneração devido ao particular é calculado pelo valor dos itens executados. A contratação por preço global assegura ao contratado um valor estimado de modo abrangente, sem que o pagamento seja vinculado aos diversos itens necessários à execução da prestação.

A comprovação da heterogeneidade do elenco se encontra na regra do § 9.º do art. 46, que determina que todas as contratações previstas nos incisos do caput serão contratadas por preço global, menos aquelas que o forem por preços unitários. Por exemplo, uma contratação integrada obedecerá ao regime da empreitada por preço global. Isso significa que empreitada por preço global não é uma categoria excludente da contratação integrada. Logo, as diversas figuras não se diferenciam entre si por um mesmo critério.

Oportuno lembra das definições dos regimes constantes no art. 6º da Lei:

Art. 6º (...)

XXVIII - empreitada por preço unitário: contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

XXIX - empreitada por preço global: contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

XXX - empreitada integral: 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;

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

XXXII - contratação integrada: 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;

XXXIII - 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 necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;

XXXIV - fornecimento e prestação de serviço associado: regime de contratação em que, além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado;

Marçal Justen Filho apresenta a seguinte definição para contratação integrada:

A contratação integrada consiste num contrato de empreitada de obra e serviços de engenharia, em que a Administração contratante apresenta um anteprojeto de engenharia e o particular contratado assume a obrigação de conceber as soluções, elaborar os projetos básico e executivo e executar o objeto com o fornecimento de materiais, utilização de equipamentos, aquisição e desenvolvimento de programas de informática e tudo o mais que se fizer necessário à entrega do objeto em funcionamento, mediante remuneração abrangente e vinculada à operação do empreendimento em condições predeterminadas.

Embora tendo como referência a legislação do RDC (Lei nº 12.462/2011), julga-se importante destacar as seguintes jurisprudências do TCU:

(...) a adoção da contratação integrada, de que trata a Lei 12.462/2011, sem a efetiva demonstração das vantagens técnicas e econômicas auferidas pela sua utilização, comparativamente aos outros regimes previstos na legislação, afronta o disposto no art. 9.º da Lei 12.462/2011 e na jurisprudência

do TCU (**Acórdão 10.829/2020, 1.ª Câmara, rel. Walton Alencar Rodrigues**)

O contrato 879/2013 foi assinado no regime de contratação integrada, instituído pelo art. 9.º do RDC, no qual o particular assume as tarefas de elaboração do projeto básico, do projeto executivo e da execução do empreendimento. Ao se responsabilizar pelo desenvolvimento dos projetos, admitidas as exceções especificadas no art. 9, § 4.º, da Lei 12.462/2011 (caso fortuito, força maior e alterações de projeto solicitadas pela administração e não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado), o contratado, em geral, assume os riscos relacionados a fatos novos, não indicados no edital ou no anteprojeto que fundamentou a concorrência.

(...) Em um anteprojeto é natural que existam lacunas de dimensionamento de partes do empreendimento ainda não elaboradas e, dessa forma, são necessários procedimentos expeditos e paramétricos para o balizamento preliminar de custos. Diante dos elementos de que dispõe, cumpre à Administração realizar estimativas tão precisas quanto o anteprojeto permitir, máxime para que o julgamento dos preços ofertados na licitação tenha paradigma consistente de comparação.

De toda forma, o anteprojeto deve oferecer elementos mínimos que permitam a efetiva caracterização da obra, em cumprimento à exigência legal já transcrita. Tais elementos devem conferir à licitação um lastro mínimo comparativo para a definição da proposta mais vantajosa e oferecer aos concorrentes informações suficientes para o dimensionamento de suas soluções e o cálculo de sua proposta (**Acórdão 2.980/2015, Plenário, rel. Min. Ana Arraes**).

Há de se notar que os projetos-padrão contratados pelo Banco ... se pretendem 'projetos executivos' dos terminais e, ainda que seja razoável admitir a necessidade de algum detalhamento adicional no momento da execução, não é esperado que os concorrentes apresentem soluções essencialmente diversas daquelas indicadas nos modelos.

Aliás, sequer poderia ser admitida a utilização da contratação integrada para licitar objeto para o qual já se dispõe de projeto executivo em sua totalidade, já que as soluções de engenharia já estariam previamente postas e não é possível vislumbrar circunstância que satisfaça as condições definidas no art. 9.º da Lei 12.462/2011 para aplicação do instituto. Não haveria espaço para inovação tecnológica ou para competição com foco em metodologias diferenciadas e, em se tratando de obras civis comuns, reduzidas seriam as hipóteses de execução com tecnologia de domínio restrito no mercado que permitam justificar a contratação integrada.

Adicionalmente, seria questionável a opção do gestor de despender recursos com a elaboração de projeto detalhado e, em seguida, conferir flexibilidade ao particular na definição das intervenções. Lembro também que a contratação integrada, em geral, importa na aceitação de maiores riscos pelos contratados e na conseqüente majoração dos custos para a Administração.

Recente decisão do TCU, proferida no acórdão 1.850/2015-Plenário, deixa clara a obrigação de se demonstrar a vantajosidade na utilização do regime de contratação integrada, especialmente quando a competição está associada às metodologias executivas propostas pelos licitantes (**Acórdão 2.209/2015, Plenário, rel. Min. Ana Arraes**)

Todavia, na esteira dos mais recentes julgados do TCU sobre o RDC, não obstante os diferentes níveis de evolução que um anteprojeto pode possuir, é sempre recomendável exigir-se uma discriminação daquilo que está sendo contratado, amarrando-se as responsabilidades de ambas as partes em documentos hábeis a objetivar a distribuição dos riscos entre os contratantes (**Acórdão 621/2015, Plenário, rel. Min. Vital do Rêgo**)

Joel de Menezes Niebuhr faz importante comentário sobre o **fornecimento e prestação de serviço associado**:

A Lei n. 14.133/2021 inovou o regime de execução dos contratos administrativos, prevendo a figura do fornecimento e prestação de serviço associado, que, de acordo com a definição do inciso XXXIV do seu artigo 6º, é o "regime de contratação em que, além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado". Ou seja, contrata-se dado objeto e, junto com ele, o contratado tem a obrigação de realizar atividades a ele associadas. Por exemplo, o contratado pode fornecer um equipamento de radioterapia e ficar responsável pela sua manutenção e atualização. Ou, noutro caso, o contratado pode construir uma estação de tratamento de água e ter a responsabilidade de mantê-la e operá-la. O racional do regime

de fornecimento e prestação de serviço associado é o de obter em único contrato uma solução integrada para dada demanda da Administração Pública.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União, mesmo antes da Lei n. 14.133/2021, já vinha reconhecendo a possibilidade. Por exemplo, no Acórdão n. 2020/2017, o Plenário admitiu a contratação de solução imobiliária completa, que é uma espécie de fornecimento e prestação de serviço associado. Licitação que tenha por objeto a locação de bem imóvel juntamente com serviços de segurança, manutenção, limpeza e conservação (solução imobiliária completa), contidos na taxa condominial, não representa, por si só, violação ao art. 23, §1º, da Lei 8.666/1993, haja vista que esse dispositivo não traz regra absoluta, devendo ser avaliado, caso a caso, se o parcelamento é vantajoso ou não para a Administração.

Os parágrafos do 46 da Lei nº 14.133/2021 pontua regras sobre os regimes de execução:

§ 1º É vedada a realização de obras e serviços de engenharia sem projeto executivo, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 18 desta Lei. (*projetos: inexistência de prejuízo para aferição dos padrões de desempenho e qualidade*)

§ 2º A Administração é dispensada da elaboração de projeto básico nos casos de contratação integrada, hipótese em que deverá ser elaborado anteprojeto de acordo com metodologia definida em ato do órgão competente, observados os requisitos estabelecidos no inciso XXIV do art. 6º desta Lei.

§ 3º Na contratação integrada, após a elaboração do projeto básico pelo contratado, o conjunto de desenhos, especificações, memoriais e cronograma físico-financeiro deverá ser submetido à aprovação da Administração, que avaliará sua adequação em relação aos parâmetros definidos no edital e conformidade com as normas técnicas, vedadas alterações que reduzam a qualidade ou a vida.

§ 4º Nos regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital e o contrato, sempre que for o caso, deverão prever as providências necessárias para a efetivação de desapropriação autorizada pelo poder público, bem como:

I – o responsável por cada fase do procedimento expropriatório;

II – a responsabilidade pelo pagamento das indenizações devidas;

III – a estimativa do valor a ser pago a título de indenização pelos bens expropriados, inclusive de custos correlatos;

IV – a distribuição objetiva de riscos entre as partes, incluído o risco pela diferença entre o custo da desapropriação e a estimativa de valor e pelos eventuais danos e prejuízos ocasionados por atraso na disponibilização dos bens expropriados;

V – em nome de quem deverá ser promovido o registro de imissão provisória na posse e o registro de propriedade dos bens a serem desapropriados.

§ 5º Na contratação semi-integrada, mediante prévia autorização da Administração, o projeto básico poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, assumindo o contratado a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico.

§ 6º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e da aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores.

§7º (VETADO)

§8º (VETADO)

§ 9º Os regimes de execução a que se referem os incisos II, III, IV, V e VI do caput deste artigo serão licitados por preço global e adotarão sistemática de medição e pagamento associada à execução de etapas do cronograma físico-financeiro vinculadas ao cumprimento de metas de resultado, vedada a adoção de sistemática de remuneração orientada por preços unitários ou referenciada pela

execução de quantidades de itens unitários. (*empreitada por preço global, empreitada integral, empreitada por tarefa, contratação integrada e contratação semi-integrada*)

6. Julgamento da proposta

Sobre julgamento de proposta de preços em licitações públicas, oportuna é a menção feita por Joel de Menezes Niebuhr ao **princípio do julgamento objetivo**⁴⁸:

O princípio do julgamento objetivo veda que a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público seja pautada por critérios subjetivos, que impliquem avaliação de acordo com o sabor ou o gosto pessoal dos agentes estatais. Ele está diretamente ligado aos princípios da igualdade e da impessoalidade, visto que, se o resultado da licitação fosse decidido pelo gosto pessoal dos agentes administrativos, franquear-se-iam espaços para posturas discriminatórias, prestantes a beneficiar apadrinhados ou desfavorecer desafetos, falecendo, daí, o próprio sentido da licitação pública. Sem embargo, não se deve ter a pretensão de que o julgamento sempre se realize sob critérios estritamente objetivos. Admite-se, especialmente quando o julgamento envolve fatores técnicos e artísticos, algum grau de subjetividade. No entanto, mesmo nesses casos, os critérios devem ser preestabelecidos no edital e todos os juízos amplamente motivados, a fim de alcançar o maior grau de objetividade possível.

O art. 59 da Lei nº 14.133/2021 trata da verificação da conformidade das propostas com as condições mínimas e exigências fixadas no edital da licitação:

Art. 59. 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 exigido pela Administração;

V - apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.

§ 1º A verificação da conformidade das propostas poderá ser feita exclusivamente em relação à proposta mais bem classificada.

§ 2º A Administração poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, conforme disposto no inciso IV do caput deste artigo.

§ 3º No caso de obras e serviços de engenharia e arquitetura, para efeito de avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários tidos como relevantes, observado o critério de aceitabilidade de preços unitário e global a ser fixado no edital, conforme as especificidades do mercado correspondente.

§ 4º 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.

§ 5º Nas contratações de obras e serviços de engenharia, será exigida garantia adicional do licitante vencedor cuja proposta for inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, equivalente à diferença entre este último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis de acordo com esta Lei.

Pelo §1º do art. 59 da Lei nº 14.133/2021, a Administração tem a discricionariedade de definir se o exame de conformidade das propostas recairá apenas em relação àquela mais bem classificada ou a todas.

Por outro lado, a Lei nº 14.133/2021 não definiu em que momento deverá ocorrer esse exame de conformidade.

Assim, a escolha do momento para o exame de conformidade deverá levar em consideração a celeridade que deve ser observada em todo processo de licitação (art. 5º da Lei nº 14.133/2021), de forma que, conforme Joel de Menezes Niebuhr, o modo de disputa adotado no certame pode ser um fator determinante para o exercício dessa

⁴⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022. (e-book).

discricionariedade⁴⁹:

Isso pode ser feito perfeitamente nas situações em que a Administração emprega o modo de disputa fechado, na forma do artigo 56 da Lei n. 14.133/2021. Nessas hipóteses, não ocorre etapa de lances, porque as propostas são apresentadas de uma vez só e são definitivas. Dessa maneira, nada impede que a conformidade delas seja analisada de uma só vez e antes do julgamento propriamente dito.

É, entretanto, inviável seguir essa opção nas situações em que o julgamento segue o modo aberto, com etapa de lances. Os licitantes apresentam proposta inicial e, na etapa de lances, podem reduzir os preços. Logo, o problema é que, com etapa de lances, as propostas definitivas, notadamente os preços, somente são totalmente conhecidas depois da etapa de lances. Significa que, com etapa de lances, a Administração não consegue tratar totalmente da conformidade das propostas antes da etapa de lances, porque antes dela não dispõe dos preços definitivos.

Ressalva-se que, por outro lado, é viável nas situações em que ocorre etapa de lances fragmentar a análise da conformidade das propostas. Ora, o ponto é que as propostas não são alteradas completamente na etapa de lances, apenas os preços. Os objetos permanecem os mesmos desde a apresentação inicial das propostas. Sendo assim, nada impede que, ao receber as propostas, a Administração avalie a conformidade de todas elas apenas em relação ao objeto exigido no edital, já desclassifique aquelas cujos objetos não são adequados e abra a etapa de lances apenas para os licitantes cujos objetos são adequados. Na sequência, depois da etapa de lances, avalie a conformidade das propostas ou somente da proposta mais bem classificada, como permite o §1º do artigo 59 da Lei n. 14.133/2021, sob a mira do preço. Nesse quadro, a conformidade tocante ao objeto é avaliada antes da etapa de lances e a conformidade tocante ao preço é avaliada depois da etapa de lances. Aliás, essa é a opção mais adequada e justa para as situações em que há etapa de lances, porque não é adequado permitir que participe da etapa de lances licitante que apresentou proposta cujo objeto não cumpre as condições mínimas exigidas no edital. Ora, o licitante que apresenta objeto mais simples do que o exigido no edital, exatamente por essa razão, dispõe de custos menores e o seu preço tende a ser menor. Ao admiti-lo na etapa de lances, ele tende a deturpá-la, a oferecer preço irreal, que os demais licitantes, cujas propostas contemplam o objeto exigido no edital, não conseguem alcançar.

Portanto, por este raciocínio de Joel de Menezes Niebuhr, o momento para o exame de conformidade das propostas de preços apresentadas e em relação a quais licitantes podem ser determinado em função do modo de disputa da licitação:

- a) **No modo de disputa fechado, o exame de conformidade deve ocorrer antes do julgamento e em relação a todos os licitantes participantes;**
- b) **No modo de disputa aberto, o exame de conformidade é realizado em duas num primeiro momento apenas em relação ao objeto e deve abranger todos os licitantes participantes e, após a fase de lances, apenas para a proposta mais bem classificada, em relação ao preço e antes de julgamento.**

Pelo §2º do art. 59 da Lei nº 14.133/2021, a Administração poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada.

Esse dispositivo se mostra muito semelhante ao art. 48, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, com o diferenciar de que a Lei Nova, incorporando a doutrina e jurisprudência anteriores, determina que a realização de diligência antes de desclassificar uma proposta de preços por inexecuibilidade.

Portanto, tanto na situação desse §2º como no caso do §2º desse mesmo art. 59, o juízo preliminar da Administração de inexecuibilidade de determinada proposta de preços apresentada tem caráter de presunção relativa, cabendo a diligência para o licitante, se for o caso, apresentar prova do contrário.

No caso de obras e serviços de engenharia e arquitetura, nos termos do §3º do art. 59 da Lei nº 14.133/2021, em relação ao preço, as propostas das licitantes serão avaliadas quanto à sua **exequibilidade** e ao **sobrepço**, e para tanto a Administração deverá considerar o preço global, os quantitativos e os preços unitários tidos como

⁴⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022. (e-book).

relevantes, observado o critério de aceitabilidade de preços unitário e global a ser fixado no edital, conforme as especificidades do mercado correspondente.

Joel de Menezes Niebuhr chama a atenção para a redação do §3º do art. 59 da Lei nº 14.133/2021⁵⁰:

Pela literalidade do dispositivo, preço unitário irrelevante não importa na desclassificação das propostas. Então, precisa-se saber se o preço unitário é ou não relevante, o que deve ser esclarecido no edital ou nos documentos técnicos que o acompanham, com destaque para o termo de referência ou projeto básico.

É importante que o edital deve esclarecer quais quantitativos e preços unitários são considerados relevantes, para que a Administração saiba como proceder e para que os licitantes possam tomá-los na devida conta e orçá-los com maior detença, o que deflui do princípio da vinculação ao edital. O fato é que a desconformidade de preço de item unitário considerado irrelevante não é o bastante para a desclassificação da proposta, os parâmetros serão os preços global e unitários qualificados como relevantes, pouco importando o regime de empreitada.

É importante observar que a Lei nº 12.462/2011 (RDC), no §3º de seu art. 24, apresenta disciplinamento semelhante a esse da Lei nº 14.133/2021 e o Decreto Federal nº 7.581/2011 que regulamento tal Regime Diferenciado de Contratações Públicas assim define itens relevantes:

Art. 42. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, a economicidade da proposta será aferida com base nos custos globais e unitários.

(...)

§ 2º No caso de adoção do regime de empreitada por preço unitário ou de contratação por tarefa, os custos unitários dos itens materialmente relevantes das propostas não podem exceder os custos unitários estabelecidos no orçamento estimado pela administração pública, observadas as seguintes condições:

I - serão considerados itens materialmente relevantes aqueles de maior impacto no valor total da proposta e que, somados, representem pelo menos oitenta por cento do valor total do orçamento estimado ou que sejam considerados essenciais à funcionalidade da obra ou do serviço de engenharia;

A Lei nº 14.133/2021 fixou regras de desempate totalmente diferentes das previstas na Lei nº 8.666/1993.

Para Rafael Henrique Fortunato⁵¹:

O dispositivo ora em análise importou alguns critérios de desempate da Lei nº 12.462/2011 (RDC), com pequenas modificações, mas inovou ao disciplinar, no seu inciso IV, o desenvolvimento de Programas de Integridade como critério de desempate, estimulando práticas de prevenção à corrupção.

Portanto, os critérios de desempate segundo a Lei nº 14.133/2021 são:

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de

⁵⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022. (e-book).

⁵¹ SARAI, Leandro (org.). Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/2021 Comentada por Advogados Públicos. 2.ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p.732.

trabalho, conforme regulamento;

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

§ 1º Em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

I - empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize;

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.

§ 2º As regras previstas no caput deste artigo não prejudicarão a aplicação do disposto no art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Negociação

O art. 61 dispõe que, uma vez realizado o julgamento da proposta, isto é, quando a Administração, via de regra, estiver definido a proposta mais vantajosa, poderá realizar a negociação de condições mais vantajosa com o primeiro colocado:

Art. 61. Definido o resultado do julgamento, a Administração poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.

§ 1º A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado em razão de sua proposta permanecer acima do preço máximo definido pela Administração.

§ 2º A negociação será conduzida por agente de contratação ou comissão de contratação, na forma de regulamento, e, depois de concluída, terá seu resultado divulgado a todos os licitantes e anexado aos autos do processo licitatório.

A seguir, algumas afirmações feitas por Marçal Justen Filho⁵² ao comentar este dispositivo da Lei nº 14.133/2021:

- a) Em primeiro lugar, deve-se ter em vista que a negociação não é obrigatória, quando o valor ofertado for igual ou inferior ao orçamento estimado;
- b) O dispositivo autoriza a negociação e não condiciona a validade da oferta do licitante ao deferimento de uma redução adicional de preço. Essa é uma advertência indispensável, eis que se tornou comum no âmbito do pregão exigir que o licitante vencedor conceda vantagens adicionais, sob pena de ser revogada a licitação. Essa orientação não encontra respaldo legal. Mais ainda, essa conduta administrativa configura desvio de finalidade, eis que a revogação do certame não é um meio de constranger o licitante a sacrificar interesses legítimos;
- c) A negociação adicional pode ser justificada quando existirem indícios de que a situação ainda comporta a concessão de outras vantagens para a Administração. Não há cabimento em adotar a negociação de modo compulsório, sem que a Administração disponha de dados concretos que justifiquem a sua insistência.
- d) É indispensável a Administração tomar em vista que, se a disputa foi intensa e se foi atingido o menor preço possível, qualquer outra vantagem pode comprometer a exequibilidade da proposta;
- e) Será obrigatória a negociação no caso de a proposta selecionada como vencedora superar o valor máximo admitido, contemplado no orçamento estimado (sigiloso);
- f) Cabe insistir, uma vez mais, que a negociação apenas pode ocorrer se houver a divulgação do valor do orçamento. Não obstante o veto apostado à previsão do inc. II do art. 24, deve-se reputar que a negociação

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.763-768.

pressupõe o conhecimento pelo licitante do valor máximo aceitável.

7. Julgamento da habilitação

a) Fases de habilitação

Oportuna é a lição de Marçal Justen Filho sobre a habilitação em licitações públicas⁵³:

A habilitação consiste na titularidade dos requisitos previstos em lei e no edital para comprovação da idoneidade do sujeito para execução satisfatória do objeto licitado.

O vocábulo também é utilizado para indicar tanto a fase procedimental de avaliação das condições de licitar como a decisão proferida pela Administração.

Na acepção de fase procedimental, a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de sujeito para contratar com a Administração Pública. Na acepção de ato administrativo decisório, indica o ato pelo qual a Administração finaliza essa fase procedimental, decidindo sobre a presença das condições do direito de licitar.

O art. 62 da Lei nº 14.133/2021 apresenta o que se convencionou denominar requisitos de habilitação:

Art. 62. A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em:

- I – jurídica;
- II – técnica;
- III – fiscal, social e trabalhista;
- IV – econômico-financeira.

Os arts. 63 e 65 da Lei nº 14.133/2021 apresentam regras gerais sobre a fase de habilitação:

Art. 63. Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições:

I – poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação, e o declarante responderá pela veracidade das informações prestadas, na forma da lei;

II – será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento;

III – serão exigidos os documentos relativos à regularidade fiscal, em qualquer caso, somente em momento posterior ao julgamento das propostas, e apenas do licitante mais bem classificado;

IV – será exigida do licitante declaração de que cumpre as exigências de reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, previstas em lei e em outras normas específicas.

§ 1º Constará do edital de licitação cláusula que exija dos licitantes, sob pena de desclassificação, declaração de que suas propostas econômicas compreendem a integralidade dos custos para atendimento dos direitos trabalhistas assegurados na Constituição Federal, nas leis trabalhistas, nas normas infralegais, nas convenções coletivas de trabalho e nos termos de ajustamento de conduta vigentes na data de entrega das propostas.

§ 2º Quando a avaliação prévia do local de execução for imprescindível para o conhecimento pleno das condições e peculiaridades do objeto a ser contratado, o edital de licitação poderá prever, sob pena de inabilitação, a necessidade de o licitante atestar que conhece o local e as condições de realização da obra ou serviço, assegurado a ele o direito de realização de vistoria prévia.

§ 3º Para os fins previstos no § 2º deste artigo, o edital de licitação sempre deverá prever a possibilidade de substituição da vistoria por declaração formal assinada pelo responsável técnico do licitante acerca do conhecimento pleno das condições e peculiaridades da contratação.

§ 4º Para os fins previstos no § 2º deste artigo, se os licitantes optarem por realizar vistoria prévia, a

⁵³ Op. Cit., p.773.

Administração deverá disponibilizar data e horário diferentes para os eventuais interessados.

Art. 65. As condições de habilitação serão definidas no edital.

§ 1º As empresas criadas no exercício financeiro da licitação deverão atender a todas as exigências da habilitação e ficarão autorizadas a substituir os demonstrativos contábeis pelo balanço de abertura.

§ 2º A habilitação poderá ser realizada por processo eletrônico de comunicação a distância, nos termos dispostos em regulamento.

b) Habilitação jurídica

A habilitação jurídica foi disciplinada de forma bem sucinta pela Lei nº 14.133/2021 quando comparado com as regras previstas na Lei nº 8.666/1993:

Art. 66. A habilitação jurídica visa a demonstrar a capacidade de o licitante exercer direitos e assumir obrigações, e a documentação a ser apresentada por ele limita-se à comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada.

c) Qualificação técnico-profissional e técnico-operacional

A análise da qualificação técnico-profissional e técnico-operacional deverá observar a disciplina do art. 67 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

I – apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;

II – certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei;

III – indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

IV – prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;

V – registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso;

VI – declaração de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

§ 1º A exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação.

§ 2º Observado o disposto no caput e no § 1º deste artigo, será admitida a exigência de atestados com quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) das parcelas de que trata o referido parágrafo, vedadas limitações de

§ 3º Salvo na contratação de obras e serviços de engenharia, as exigências a que se referem os incisos I e II (apresentação de profissional e de atestado) do caput deste artigo, a critério da Administração, poderão ser substituídas por outra prova de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes, hipótese em que as provas alternativas aceitáveis deverão ser previstas em regulamento.

§ 4º Serão aceitos atestados ou outros documentos hábeis emitidos por entidades estrangeiras quando acompanhados de tradução para o português, salvo se comprovada a inidoneidade da entidade emissora.

§ 5º Em se tratando de serviços contínuos, o edital poderá exigir certidão ou atestado que demonstre que o licitante tenha executado serviços similares ao objeto da licitação, em períodos sucessivos ou não, por um prazo mínimo, que não poderá ser superior a 3 (três) anos.

Acórdão do Plenário do TCU 1.214/2013

§ 6º Os profissionais indicados pelo licitante na forma dos incisos I e III do caput deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, e será admitida a sua substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela Administração.

§ 7º Sociedades empresárias estrangeiras atenderão à exigência prevista no inciso V do caput deste artigo por meio da apresentação, no momento da assinatura do contrato, da solicitação de registro perante a entidade profissional competente no Brasil.

§ 8º Será admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição da disponibilidade do pessoal técnico referido nos incisos I e III do caput deste artigo.

§ 9º O edital poderá prever, para aspectos técnicos específicos, que a qualificação técnica seja demonstrada por meio de atestados relativos a potencial subcontratado, limitado a 25% (vinte e cinco por cento) do objeto a ser licitado, hipótese em que mais de um licitante poderá apresentar atestado relativo ao mesmo potencial subcontratado.

§ 10. Em caso de apresentação por licitante de atestado de desempenho anterior emitido em favor de consórcio do qual tenha feito parte, se o atestado ou o contrato de constituição do consórcio não identificar a atividade desempenhada por cada consorciado individualmente, serão adotados os seguintes critérios na avaliação de sua qualificação técnica:

I – caso o atestado tenha sido emitido em favor de consórcio homogêneo, as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada empresa consorciada na proporção quantitativa de sua participação no consórcio, salvo nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, em que todas as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada uma das empresas consorciadas;

II – caso o atestado tenha sido emitido em favor de consórcio heterogêneo, as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada consorciado de acordo com os respectivos campos de atuação, inclusive nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

§ 11. Na hipótese do § 10 deste artigo, para fins de comprovação do percentual de participação do consorciado, caso este não conste expressamente do atestado ou da certidão, deverá ser juntada ao atestado ou à certidão cópia do instrumento de constituição do consórcio.

§ 12. Na documentação de que trata o inciso I do caput deste artigo, não serão admitidos atestados de responsabilidade técnica de profissionais que, na forma de regulamento, tenham dado causa à aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do caput do art. 156 desta Lei em decorrência de orientação proposta, de prescrição técnica ou de qualquer ato profissional de sua responsabilidade.

d) Habilitação fiscal, social e trabalhista

O art. 68 apresenta as regras sobre as habilitações fiscal, social e trabalhista:

Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:

I – a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II – a inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III – a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV – a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

V – a regularidade perante a Justiça do Trabalho;

VI – o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

§ 1º Os documentos referidos nos incisos do *caput* deste artigo poderão ser substituídos ou supridos, no todo ou em parte, por outros meios hábeis a comprovar a regularidade do licitante, inclusive por meio eletrônico.

§ 2º A comprovação de atendimento do disposto nos incisos III, IV e V do *caput* deste artigo deverá ser feita na forma da legislação específica.

e) Habilitação econômico-financeira

A habilitação econômico-financeira tem previsão no art. 69 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

I – balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

II – certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

§ 1º A critério da Administração, poderá ser exigida declaração, assinada por profissional habilitado da área contábil, que ateste o atendimento pelo licitante dos índices econômicos previstos no edital.

§ 2º Para o atendimento do disposto no *caput* deste artigo, é vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior e de índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 3º É admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição de sua capacidade econômico-financeira, excluídas parcelas já executadas de contratos firmados.

§ 4º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer no edital a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

§ 5º É vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a avaliação de situação econômico-financeira suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

§ 6º Os documentos referidos no inciso I do *caput* deste artigo limitar-se-ão ao último exercício no caso de a pessoa jurídica ter sido constituída há menos de 2 (dois) anos.

Já o art. 70 da Lei nº 14.133/2021 apresenta as disposições residuais sobre a habilitação⁵⁴:

Art. 70. A documentação referida neste Capítulo poderá ser:

I – apresentada em original, por cópia ou por qualquer outro meio expressamente admitido pela Administração;

II – substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e que o registro tenha sido feito em obediência ao disposto nesta Lei;

III – dispensada, total ou parcialmente, nas contratações para entrega imediata, nas contratações

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.904.

em valores inferiores a 1/4 (um quarto) do limite para dispensa de licitação para compras em geral (R\$ 12.500,00) e nas contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento até o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Parágrafo único. As empresas estrangeiras que não funcionem no País deverão apresentar documentos equivalentes, na forma de regulamento emitido pelo Poder Executivo federal.

f) Saneamento de documentos exigidos em licitações

A redação do art. 64 não foi feliz para afastar de vez as dúvidas que repousam sobre o saneamento de documentos ou propostas apresentadas por licitantes.

Marçal Justen Filho observa que as disposições do art. 64 devem ser interpretadas conjuntamente com os arts. 12, inc. III, e 59, e que “a competência para a Administração promover o saneamento de defeitos no desenvolvimento de uma licitação não reside diretamente no texto da Lei 14.133/2021. Há um fundamento constitucional para isso. Isso significa que o § 1.º do art. 64 apresenta natureza declaratória, antes do que constitutiva da referida competência”⁵⁵.

Assim dispõe o art. 64 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

I – complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

II – atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.

§ 2º Quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

Em julgamento ocorrido em 26/05/2021, o Plenário do TCU prolatou o Acórdão nº 1.211/2021 oferecendo uma interpretação aos art. 64 da Lei nº 14.133/2021 e ao art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993. Essa jurisprudência foi reafirmada em pelo menos dois momentos posteriores:

Acórdão 1.211/2021-Plenário

SUMÁRIO

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO REGIDO PELO DECRETO 10.024/2019. IRREGULARIDADE NA CONCESSÃO DE NOVA OPORTUNIDADE DE ENVIO DE DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO AOS LICITANTES, NA FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS, SEM QUE O ATO TENHA SIDO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. PROCEDÊNCIA. REVOGAÇÃO DO CERTAME. MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA PREJUDICADA. CIÊNCIA AO JURISDICIONADO ACERCA DA IRREGULARIDADE. OITIVA DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA SOBRE A CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE MELHORIAS NO SISTEMA COMPRASNET.

Admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim). O pregoeiro,

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.794.

durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea "h"; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.

ACÓRDÃO 2.443/2021 - PLENÁRIO

9.3.1. promova a anulação da decisão da autoridade competente que reformou a decisão do pregoeiro quanto à habilitação da licitante Delurb Ambiental Ltda. no Pregão 45/2020, que ofertou o menor preço, com a consequente habilitação da citada Empresa, tendo em vista que a apresentação, em sede de diligência, do CAT 24097/2021 pela Empresa Delurb, emitido em 9/3/2021, destinado a atestar condição preexistente à abertura da sessão pública, não se configura motivo plausível para a inabilitação do licitante, conforme entendimento firmado no Acórdão 1211/2021-TCU-Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues;

ACÓRDÃO 2.673/2021 - PLENÁRIO

SUMÁRIO

REPRESENTAÇÃO DE LICITANTE. INABILITAÇÃO INDEVIDA. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR E REALIZAÇÃO DE OITIVAS. ANÁLISE DOS ELEMENTOS REMETIDOS. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. ASSINATURA DE PRAZO PARA ADOÇÃO DAS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS AO RETORNO DO CERTAME À FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. CIÊNCIAS. A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.

O Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, ainda sobre a vigência da Lei nº 8.666/1993, já manifestou entendimento no mesmo sentido:

PROCESSO TC Nº 1302015-8 - MEDIDA CAUTELAR REFERENTE AO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 423/2012 DA SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE DE PERNAMBUCO - PRESIDENTE E RELATOR: CONSELHEIRO DIRCEU RODOLFO DE MELO JÚNIOR

Trata-se de MEDIDA CAUTELAR requerida pela empresa Phonak do Brasil – Sistemas Auditológicos Ltda. para determinar a imediata suspensão do Pregão Eletrônico nº 423/2012, da Secretaria Estadual de Saúde de Pernambuco, cujo objeto é a aquisição de 14 unidades de aparelho para potencial evocado auditivo, conforme as especificações técnicas constantes do Termo de Referência.

(...)

Entendi que o dissenso está na interpretação a ser conferida ao artigo 43, § 3º da Lei de Licitação, segundo o qual é facultada à comissão de licitação ou à autoridade superior, em qualquer fase da licitação, "a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta". Ou seja, no caso concreto aplicar-se-ia a diligência em questão? A diligência seria uma faculdade ou estaria obrigada a Administração em procedê-la? Haveria violação aos Princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório, do Julgamento Objetivo e da Isonomia?

De fato, entendi, conforme argumentado pela representante, que, a despeito do que sugere a literalidade da redação empregada no artigo, nem a comissão de licitação e nem qualquer outro órgão administrativo possui competência discricionária para escolher entre realizar ou não realizar tais diligências e, quanto à vedação, contida no próprio artigo 43, § 3º, relativa à inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta, tenho que a intenção do legislador foi impedir que o pedido de diligências funcionasse como uma segunda oportunidade para aquelas empresas que não cumpriam as condições de habilitação no prazo. A representante, embora tenha claudicado na apresentação da documentação consentânea,

preenchia todas as condições reais de habilitação (produto que atende tecnicamente às características solicitadas no edital e que estava devidamente registrado na ANVISA).

Entendi que a autoridade deve valer-se das diligências em nome do interesse público com vistas a atingir os melhores resultados para a Administração. No caso em apreço, a CPLM tinha elementos claros que deixavam vislumbrar a possibilidade de troca do registro da ANVISA posto que, como argumentado pela representante, não havia dúvidas por parte da comissão de licitação de que o equipamento que a Phonak intentava fornecer era o SmartEP USB Jr., já que, em 11 de janeiro de 2013, em meio ao procedimento de verificação da documentação da Phonak, a comissão solicitou à Phonak o manual de uso do referido equipamento. Nessa ocasião, a Phonak enviou o manual de uso do SmartEP USB Jr., o que evidenciaria que a juntada do registro na ANVISA concernente ao Smart OAE era fruto de um engano.

De fato, a existência de dúvida obriga a comissão de licitação a diligenciar. Como o registro na ANVISA é documento público, disponível em banco de dados no site oficial da agência, uma simples consulta pelo nome do produto no endereço eletrônico da ANVISA seria suficiente para evidenciar que o equipamento SmartEP USB Jr. possuía registro e que a documentação fornecida foi fruto de um engano. A consulta é de fato muito simples e foi realizada por este julgador no site da ANVISA http://www7.anvisa.gov.br/datavisa/Consulta_Produto_correlato/consulta_correlato.asp. Basta colocar o nome do produto “SmartEP” que, facilmente, obtêm-se o seu registro na ANVISA. Não é razoável o parecer da Gerência de Projetos e Engenharia Clínica informando que a proposta da Phonak “não atende tecnicamente as características solicitadas pelo edital. Registro da ANVISA (número 80057980016)”, pois o produto atende tecnicamente às características solicitadas pelo edital, o que ocorreu foi a apresentação de documento de registro relativo a outro produto, fato facilmente comprovado, mormente pela gerência de Engenharia Clínica que deve deter expertise para o trato dessas questões. Desta forma, proteger-se-ia o interesse público garantindo-se a aquisição de equipamentos por preço significativamente menor, resultando em economia em torno de 25% aos cofres públicos.

Acrescente-se quanto à questão da diligência, conforme pugnou a Phonak em sua representação, que o Tribunal de Contas da União entende que o dever de diligência contido no artigo 43, § 3º tem de ser observado “de forma a flexibilizar formalismos que podem redundar na frustração ao caráter competitivo que deve reger as licitações na administração pública” (Acórdão 616/2010). Nesse mesmo sentido, também o voto do Ministro Ubiratan Aguiar no Acórdão 1899/2008, proferido em sessão do Plenário do TCU, o qual afirmou que havendo dúvida não é lícito ao agente público decidir em prejuízo do interesse coletivo, principalmente quando tal decisão inabilita proposta mais vantajosa para a Administração.

Jurisprudência selecionada do TCU sobre saneamento de vícios em documentos de habilitação e propostas de preços de licitantes:

Boletim de Jurisprudência nº 202

Acórdão 2742/2017 Plenário (Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz)

Licitação. Julgamento. Erro material. Composição de custo unitário. Preço unitário.

Estando os preços global e unitários ofertados pelo licitante dentro dos limites fixados pela Administração, é de excessivo rigor a desclassificação da proposta por divergência entre seus preços unitários e respectivas composições detalhadas de custos, por afronta aos princípios da razoabilidade, da ampla competitividade dos certames e da busca de economicidade nas contratações. Referida divergência se resolve com a retificação das composições, sem necessidade de modificações ou ajustes em quaisquer dos valores lançados na proposta a título de preços unitários.

Acórdão nº 830/2018 – Plenário

Enunciado

A mera existência de erro material ou de omissão na planilha de custos e de preços de licitante não enseja, necessariamente, a desclassificação antecipada da sua proposta, devendo a Administração promover diligência junto ao interessado para a correção das falhas, sem permitir, contudo, a

alteração do valor global originalmente proposto.

Acórdão nº 2.239/2018 – Plenário

Enunciado

É irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência, por afrontar o interesse público.

Acórdão nº 2.302/2012 – Plenário

Enunciado

Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências.

Acórdão nº 2.730/2015 – Plenário

Enunciado

Ao constatar incertezas sobre o cumprimento de disposições legais ou editalícias, especialmente dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para a tomada de decisão da Administração (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993).

8. Fase recursal e formalidades complementares

a) Impugnação ao edital da licitação

As regras sobre pedido de esclarecimentos e de impugnação ao edital da licitação estão revistas no art. 164 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 164. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame.

Parágrafo único. A resposta à impugnação ou ao pedido de esclarecimento será divulgada em sítio eletrônico oficial no prazo de até 3 (três) dias úteis, limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame.

Diferentemente da Lei nº 8.666/1993, a Nova Lei de Licitações e Contratos não faz distinção entre as pessoas que podem solicitar esclarecimentos ou impugnar os termos do edital do certame. Ou seja, seja uma pessoa física, uma pessoa jurídica, licitante ou não, todos têm igual direito, podendo formular o pedido no prazo de até 3 (três) úteis antes da data de abertura do certame.

Já a Administração tem o prazo de até 3 (três) dias úteis ou, excepcionalmente, até o último dia útil anterior à data de abertura do certame.

Em todo caso, a resposta à impugnação ao edital ou ao pedido de esclarecimento deverá ser divulgada em sítio eletrônico oficial.

A Lei nº 14.133/2021 não informa a quem será dirigido o pedido de esclarecimento ou a impugnação ao edital, mas, por uma questão de coerência com os atos de publicidade da licitação, essa pessoa deve ser ou o agente de contratação ou a comissão de contratação, a quem também cabe o dever de responder, ainda que a sua resposta seja subsidiada por outra área da Administração.

É de se observar que a contagem dos prazos para impugnar edital de licitação ou para apresenta pedidos de esclarecimento se conta para trás. Ou seja, se conta de forma regressiva a partir da abertura do certame.

Essa forma de contagem regressiva, ao longo do tempo, gerou dúvidas e polêmicas por entre aqueles que atuam em licitações públicas.

Todavia, apresenta-se a solução julgada mais correta para dirimir dúvida em contagem regressiva de prazos. Trata-se do entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 2.625/2008 – TCU – Plenário, cujo relator foi o Ministro Raimundo Carreiro, que assim assevera:

1.1.4. Todavia, cabem três ressalvas em relação à resposta da Caixa.

1.1.4.1. A primeira acerca da contagem legal dos prazos. No caso, o dia de início da contagem regressiva, a ser desconsiderado nos termos do art. 110 da Lei nº 8.666/93, foi o dia 11/7/2008. O primeiro dia útil foi o dia 10/7/2008. E o segundo dia útil, prazo limite para impugnação do edital, foi o dia 9/7/2008. Assim, equivoca-se a Caixa quando alega que “considerou de bom tom estender este prazo até as 08hs do dia 09/07”, uma vez que a lei estabelece a contagem dos prazos em dias, e não em horas.

Naquele caso da Caixa, reportado no Acórdão citado, a licitação aconteceu no dia 11/07/2008 e a impugnação poderia ser apresentada, a qualquer hora do expediente, no dia 09/07/2008, que é o segundo dia antes da licitação, como determina a contagem de prazo do artigo 110 da Lei 8.666/1993.

Também, o Tribunal de Contas da União manifestou entendimento semelhante no Acórdão nº 1/2007 (processo TC 014.506/2006-2) quando considerou ser tempestiva uma impugnação apresentada em 22/11/2005 (terça-feira) em face de um pregão que teria abertura em 24/11/2005 (quinta-feira). Do mesmo modo, através do Acórdão nº 382/2003 (processo TC 016.538/2002-2) julgou ser tempestiva uma impugnação apresentada em 27/9/2002 (sexta-feira) em face de uma licitação que ocorreria em 1/10/2002 (terça-feira).

Exemplo:

Domingo	Segunda	Terça	Quarta	Quinta	Sexta	Sábado
		1	2	3 Prazo para impugnar ou questionar	4	5
6	7	8 Sessão de abertura	9	10	11	12
13	14	15	16	17	18	19
20	21	22	23	24	25	26
27	28	29	30	31		

Art. 183. Os prazos previstos nesta Lei serão contados com exclusão do dia do começo e inclusão do dia do vencimento e observarão as seguintes disposições:

I - os prazos expressos em dias corridos serão computados de modo contínuo;

II - os prazos expressos em meses ou anos serão computados de data a data;

III - nos prazos expressos em dias úteis, serão computados somente os dias em que ocorrer expediente administrativo no órgão ou entidade competente.

§ 1º Salvo disposição em contrário, considera-se dia do começo do prazo:

I - o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação na internet;

II - a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a notificação for pelos correios.

§ 2º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente, se o expediente for encerrado antes da hora normal ou se houver indisponibilidade da comunicação eletrônica.

§ 3º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, se no mês do vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, considera-se como termo o último dia do mês.

b) Recurso hierárquico e pedido de reconsideração

A disciplina sobre recursos hierárquicos e pedidos de reconsideração se encontra no art. 165 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 165. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação ou de lavratura da 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;

II - pedido de reconsideração, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação, relativamente a ato do qual não caiba recurso hierárquico.

§ 1º Quanto ao recurso apresentado em virtude do disposto nas alíneas “b” e “c” do inciso I do caput deste artigo, serão observadas as seguintes disposições:

I - a intenção de recorrer deverá ser manifestada imediatamente, sob pena de preclusão, e o prazo para apresentação das razões recursais previsto no inciso I do caput deste artigo será iniciado na data de intimação ou de lavratura da ata de habilitação ou inabilitação ou, na hipótese de adoção da inversão de fases prevista no § 1º do art. 17 desta Lei, da ata de julgamento;

II - a apreciação dar-se-á em fase única.

§ 2º O recurso de que trata o inciso I do caput deste artigo será dirigido à autoridade que tiver editado o ato ou proferido a decisão recorrida, que, se não reconsiderar o ato ou a decisão no prazo de 3 (três) dias úteis, encaminhará o recurso com a sua motivação à autoridade superior, a qual deverá proferir sua decisão no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contado do recebimento dos autos.

§ 3º O acolhimento do recurso implicará invalidação apenas de ato insuscetível de aproveitamento.

§ 4º 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.

§ 5º Será assegurado ao licitante vista dos elementos indispensáveis à defesa de seus interesses.

Inicialmente, não se pode deixar de citar as palavras de Marçal Justen Filho⁵⁶:

A existência do recurso é uma garantia constitucional, que se relaciona intrinsecamente ao instituto do devido processo, da dissociação de competências decisórias e da natureza democrática da organização do poder político e da atividade administrativa, tal como exposto nos comentários ao art. 158, anteriormente.

Portanto, o recurso não é previsto por lei como uma liberalidade do legislador, mas a lei apenas dá aplicação a uma imposição assegurada pela Constituição quando consagrou a garantia do devido processo legal no art. 5.º, incs. LIV e LV.

Embora reconheça que o recurso é uma garantia constitucional, o Autor esclarece que os requisitos de admissibilidade devem ser observados⁵⁷:

- a) **A existência de uma decisão:** Não cabe recurso em hipótese em que não tenha existido decisão. A omissão em decidir pode legitimar o sujeito a se valer de algum instrumento em defesa de seus interesses, mas não autoriza o recurso;
- b) **O interesse recursal - a sucumbência:** Cabe o recurso contra decisão que produza lesão aos direitos ou afete os interesses de um licitante;
- c) **A legitimidade ativa:** O recurso é reservado ao sujeito que participa na licitação, de um procedimento auxiliar de licitação ou do contrato.

Sobre a distinção entre o **recurso hierárquico** (art. 165, inciso I) e o **pedido de reconsideração** (art. 165, inciso II), Marçal Justen Filho leciona que ela está na pessoa competente para emitir a decisão⁵⁸:

Na sistemática da Lei 14.133/2021, a distinção fundamental entre as duas hipóteses reside em que a competência para decidir o recurso é atribuída a uma autoridade hierarquicamente superior àquela

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.1.672-1.673.

⁵⁷ Op. cit., p.1.673-1.6

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.1.676.

que proferiu a decisão recorrida.

Já o pedido de reconsideração é dirigido à mesma autoridade, pleiteando a revisão da decisão anterior por ela mesma proferida.

Conforme a disciplina do art. 165 da Lei nº 14.133/2021, o recurso hierárquico:

- a) Tem prazo de interposição de 3 (três) dias úteis, contados da data da efetiva ciência pelo sujeito da existência da decisão;
- b) A oportunidade única, verificada quando do encerramento do procedimento;
- c) Necessidade da manifestação do interessado em recorrer;
- d) Não precisa haver motivação na manifestação de recorrer;
- e) Recebido o recurso, devem os interessados serem intimados;
- f) O prazo para apresentar contrarrazões é o mesmo para o recurso e terá início na data de intimação pessoal ou de divulgação da interposição do recurso
- g) Será dirigida à autoridade que proferiu a decisão impugnada;
- h) Esta autoridade tem o prazo de 5 (cinco) dias úteis para reconsiderar a decisão recorrida e findo este prazo deverá encaminhar o recurso com sua motivação para a autoridade superior;
- i) A autoridade superior tem o prazo 20 (vinte) dias úteis, contados do recebimento dos autos, para decidir o recurso interposto.

Sobre o cabimento do pedido de reconsideração, leciona Marçal Justen Filho⁵⁹:

Caberá pedido de reconsideração quanto a qualquer outro ato administrativo dotado de cunho decisório, que não esteja previsto no elenco do inc. I do art. 165. Assim, por exemplo, considere-se a hipótese de o licitante ser convocado para firmar o termo de contrato (ou aceitar ou retirar o documento equivalente). Suponha-se que o sujeito apresente um pleito de prorrogação do prazo, que venha a ser rejeitado pela autoridade e que seja reconhecido o inadimplemento absoluto do contrato. Essa hipótese não se enquadra no conceito de “rescisão de contrato”.

Para apresentar o recurso ou o pedido de reconsideração, a Lei nº 14.133/2021, em seu art. 165, §5º, assegura ao interessado vis dos elementos indispensáveis à defesa de seus interesses.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho afirma⁶⁰:

O particular, em vista de seus direitos e interesses no procedimento licitatório, tem direito a obter todas as informações em poder da Administração para interpor o recurso ou formular o pedido de reconsideração.

O § 5.º do art. 165 deve ser interpretado em termos, quando estabelece que o licitante tem direito de vista dos elementos indispensáveis à defesa de seus interesses. O juízo sobre a relevância dos documentos incumbe ao interessado, não à Administração. Portanto, não cabe à Administração, salvo em hipóteses de conduta teratológica do particular, negar a ele o acesso a documentos ou informações sob o argumento de que são irrelevantes. O particular pode exigir o acesso a todas as informações e a Administração somente pode opor-se a isso caso exista algum risco à segurança da sociedade ou do Estado. A existência de risco deverá ser verossímil e devidamente fundamentada pelo administrador público no ato que negar o acesso à informação requisitada.

c) Recurso administrativo quando da aplicação de sanção

O art. 166 da Lei nº 14.133/2021 disciplina o recurso quando da aplicação das sanções de advertência, multa ou

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.1.678.

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.1.678.

impedimento de licitar e contratar, disciplinadas no *caput* do art. 156, incisos I, II e III:

Art. 166. Da aplicação das sanções previstas nos incisos I, II e III do *caput* do art. 156 desta Lei caberá recurso no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação.

Parágrafo único. O recurso de que trata o *caput* deste artigo será dirigido à autoridade que tiver proferido a decisão recorrida, que, se não a reconsiderar no prazo de 5 (cinco) dias úteis, encaminhará o recurso com sua motivação à autoridade superior, a qual deverá proferir sua decisão no prazo máximo de 20 (vinte) dias úteis, contado do recebimento dos autos.

No caso de aplicação da sanção de declaração de inidoneidade (art. 156, inciso IV), cabe recurso disciplinado no art. 167 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 167. Da aplicação da sanção prevista no inciso IV do *caput* do art. 156 desta Lei caberá apenas pedido de reconsideração, que deverá ser apresentado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação, e decidido no prazo máximo de 20 (vinte) dias úteis, contado do seu recebimento.

Para Marçal Justen Filho, “a adoção de prazos diversos decorre de que, usualmente, a aplicação de sanções envolve questões de direito e de fato complexas. Há a necessidade de obtenção de documentos e de informações. A incidência do prazo exíguo do art. 165, § 2.º, implicaria lesão ao direito de ampla defesa”⁶¹.

Art. 168. O recurso e o pedido de reconsideração terão efeito suspensivo do ato ou da decisão recorrida até que sobrevenha decisão final da autoridade competente.

Parágrafo único. 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.

Pela Lei nº 14.133/2021, o recurso e o pedido de reconsideração têm o efeito devolutivo e suspensivo, cuja distinção é dada por Marçal Justen Filho:

- a) O efeito devolutivo consiste na atribuição à autoridade julgadora da competência para rever a decisão recorrida e editar uma nova, que substituirá a anterior. Para usar a terminologia comum, o recurso devolve à autoridade julgadora o conhecimento da controvérsia;
- b) O efeito suspensivo consiste na suspensão dos efeitos da decisão recorrida. A decisão recorrida não produzirá efeitos enquanto não houver o julgamento do recurso.

No Parágrafo único do art. 168, mais uma vez a Lei nº 14.133/2021 destaca a atuação da assessoria jurídica no processo de contratação, nesta oportunidade, quando do julgamento dos recursos apresentados.

Sobre este tema, Marçal Justen Filho destaca⁶²:

Todas as decisões da autoridade administrativa devem ser antecedidas da oportunidade para a manifestação do órgão de assessoramento jurídico. Impõe-se ouvir a assessoria jurídica antes de proferir decisão suscetível de recurso ou de pedido de reconsideração. Na sequência e se houver a efetiva interposição de recurso ou de pedido de reconsideração, é indispensável uma nova manifestação de cunho jurídico.

⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.1.682.

⁶² Op.cit., 1.683.

9. Instrumentos auxiliares – Sistema de registro de preços

a) Procedimentos auxiliares

Os procedimentos auxiliares consagrados pela Lei 14.133/2021 se desenvolvem sem vínculo com uma licitação específica e seus resultados podem ser aproveitados no curso de um número determinado ou indeterminado de certames ou contratações, tal como previsto por ocasião de sua realização⁶³.

A Lei nº 14.133/2021 assim dispõem em seu art. 78:

Art. 78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:

- I – credenciamento;
- II – pré-qualificação;
- III – procedimento de manifestação de interesse;
- IV – sistema de registro de preços;
- V – registro cadastral.

§ 1º Os procedimentos auxiliares de que trata o caput deste artigo obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento.

§ 2º O julgamento que decorrer dos procedimentos auxiliares das licitações previstos nos incisos II e III do caput deste artigo seguirá o mesmo procedimento das licitações.

Credenciamento

Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

- I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a 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 de licitação.

Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:

- I - a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;
- II - na hipótese do inciso I do caput deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;
- III - o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, deverá definir o valor da contratação;
- IV - na hipótese do inciso III do caput deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação;
- V - não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;

⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.1.125.

VI - será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.

Nas palavras de Edgar Guimarães⁶⁴:

Há casos em que a necessidade da Administração somente restará plena e satisfatoriamente atendida com a contratação do maior número possível de particulares. Nesta hipótese, com a devida e robusta justificativa do gestor público, a competição deixa de existir, porque todos os interessados que manifestarem interesse e atendam as condições previamente fixadas, serão contratados. Não há, portanto, uma relação de exclusão, fenômeno este presente nos certames licitatórios. Ao contrário, no credenciamento temos um processo de inclusão.

O procedimento administrativo de credenciamento, em sendo realizado por meio da inexigibilidade de licitação, tendo como fundamento legal a inviabilidade da competição prevista no caput do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993.

Fato é que a Lei nº 14.133/2021 contemplou esta figura jurídica, primeiramente, conceituando-a como “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”.

Ademais, na mesma linha adotada no âmbito das Cortes de Contas e na doutrina, o legislador da novel lei de licitação, acertadamente – diga-se de passagem –, elencou o credenciamento como uma hipótese de contratação direta. É o que se subtrai do artigo 74, inciso IV ao dispor que é inexigível a licitação nos casos de objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento.

Faço minhas as palavras de Eduardo Augusto Guimarães ao afirmar que o sistema de credenciamento traz algumas praticidades à Administração Pública, pois, evidentemente, desburocratiza suas ações com a diminuição do número de processos licitatórios e melhor aproveitamento dos recursos públicos, tendo em vista que, na maioria dos casos o preço a ser pago é previamente fixado no edital de chamamento público.

Pré-Qualificação

Art. 80. A pré-qualificação é o procedimento técnico-administrativo para selecionar previamente:

I - 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 - bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração.

§ 1º Na pré-qualificação observar-se-á o seguinte:

I - quando aberta a licitantes, poderão ser dispensados os documentos que já constarem do registro cadastral;

II - quando aberta a bens, poderá ser exigida a comprovação de qualidade.

§ 2º O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição de interessados.

§ 3º Quanto ao procedimento de pré-qualificação, constarão do edital:

I - as informações mínimas necessárias para definição do objeto;

II - a modalidade, a forma da futura licitação e os critérios de julgamento.

§ 4º A apresentação de documentos far-se-á perante órgão ou comissão indicada pela Administração, que deverá examiná-los no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis e determinar

⁶⁴ GUIMARÃES, Edgar. Instrumentos Auxiliares das Licitações e Contratações. In: DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella (coord.). Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133/21. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

correção ou reapresentação de documentos, quando for o caso, com vistas à ampliação da competição.

§ 5º Os bens e os serviços pré-qualificados deverão integrar o catálogo de bens e serviços da Administração.

§ 6º A pré-qualificação poderá ser realizada em grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores.

§ 7º A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, com alguns ou todos os requisitos técnicos ou de habilitação necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes.

§ 8º Quanto ao prazo, a pré-qualificação terá validade:

I - de 1 (um) ano, no máximo, e poderá ser atualizada a qualquer tempo;

II - não superior ao prazo de validade dos documentos apresentados pelos interessados.

§ 9º Os licitantes e os bens pré-qualificados serão obrigatoriamente divulgados e mantidos à disposição do público.

§ 10. A licitação que se seguir ao procedimento da pré-qualificação poderá ser restrita a licitantes ou bens pré-qualificados.

Edgar Guimarães observar ao comentar o art. 80 da Lei nº 14.133/2021⁶⁵:

A Lei nº 14.133/2021 ao disciplinar a figura da pré-qualificação, deu uma configuração jurídica um pouco diversa daquela que, resumidamente, explicitamos acima.

No que toca ao conceito, a novel lei de licitação a define como um “procedimento seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, destinado à análise das condições de habilitação total ou parcial, dos interessados ou do objeto”.

Trata-se de um procedimento administrativo prévio à instauração de uma licitação, destinado a coletar informações, documentos e até mesmo amostras de produtos a fim de constatar o preenchimento de certos requisitos por parte de interessados.

Procedimento de Manifestação de Interesse

Art. 81. A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.

§ 1º Os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos vinculados à contratação e de utilidade para a licitação, realizados pela Administração ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, e o vencedor da licitação deverá ressarcir os dispêndios correspondentes, conforme especificado no edital.

§ 2º A realização, pela iniciativa privada, de estudos, investigações, levantamentos e projetos em decorrência do procedimento de manifestação de interesse previsto no caput deste artigo:

I - não atribuirá ao realizador direito de preferência no processo licitatório;

II - não obrigará o poder público a realizar licitação;

III - não implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração;

IV - será remunerada somente pelo vencedor da licitação, vedada, em qualquer hipótese, a cobrança de valores do poder público.

⁶⁵ GUIMARÃES, Edgar. Instrumentos Auxiliares das Licitações e Contratações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133/21. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

§ 3º Para aceitação dos produtos e serviços de que trata o caput deste artigo, a Administração deverá elaborar parecer fundamentado com a demonstração de que o produto ou serviço entregue é adequado e suficiente à compreensão do objeto, de que as premissas adotadas são compatíveis com as reais necessidades do órgão e de que a metodologia proposta é a que propicia maior economia e vantagem entre as demais possíveis.

§ 4º O procedimento previsto no caput deste artigo poderá ser restrito a startups, assim considerados os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto, exigida, na seleção definitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração.

Importantes são as lições de Edgar Guimarães sobre o PMI⁶⁶:

O procedimento de manifestação de interesse – PMI, familiar aos contratos de concessão de serviços públicos e às parcerias público-privadas, foi incorporado na Lei nº 14.133/2021 na qualidade de procedimento auxiliar das licitações contratações.

O caput do artigo 81 de Lei nº 14.133/2021 dispõe que a *Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.*

O procedimento de manifestação de interesse – PMI é importante mecanismo administrativo que muito pode contribuir com a eficiência administrativa, a partir da busca da expertise do mercado privado para a solução e atendimento de certas necessidades públicas.

E acrescenta ainda o referido Doutrinador:

Trata-se, substancialmente, de procedimento administrativo prévio a uma eventual licitação por meio do qual a Administração Pública oferece à iniciativa privada a possibilidade de propor soluções técnicas para uma demanda específica ou até mesmo, sugestões de projetos que possam ser implementados visando a satisfação de um interesse público primário.

Por meio de uma relação de estrita colaboração, o mercado privado oferece sua expertise visando o aprimoramento de serviços e políticas públicas já existentes, como também expondo novas ideias, soluções e inovações para situações do cotidiano do Estado.

Como instrumento auxiliar das licitações e contratações públicas, por meio do PMI a Administração Pública obtém da iniciativa privada elementos técnicos e informações de suma importância que irão instruir o processo licitatório que poderá ser instaurado.

Nas precisas palavras de Cristiana Fortini e Renata Costa Rainho “o PMI possibilita que a administração pública, reconhecendo sua limitação em, isoladamente, construir os documentos necessários que balizarão possível futuro certame e a contratação pretendida, realize chamamento público para o desenvolvimento de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a estruturação desses empreendimentos. Nestes termos, é importante instrumento dialógico à disposição da administração pública brasileira”.

Registro Cadastral

Art. 87. Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas

⁶⁶ GUIMARÃES, Edgar. Instrumentos Auxiliares das Licitações e Contratações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133/21. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

(PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento.

§ 1º O sistema de registro cadastral unificado será público e deverá ser amplamente divulgado e estar permanentemente aberto aos interessados, e será obrigatória a realização de chamamento público pela internet, no mínimo anualmente, para atualização dos registros existentes e para ingresso de novos interessados.

§ 2º É proibida a exigência, pelo órgão ou entidade licitante, de registro cadastral complementar para acesso a edital e anexos.

§ 3º A Administração poderá realizar licitação restrita a fornecedores cadastrados, atendidos os critérios, as condições e os limites estabelecidos em regulamento, bem como a ampla publicidade dos procedimentos para o cadastramento.

§ 4º Na hipótese a que se refere o § 3º deste artigo, será admitido fornecedor que realize seu cadastro dentro do prazo previsto no edital para apresentação de propostas.

Art. 88. Ao requerer, a qualquer tempo, inscrição no cadastro ou a sua atualização, o interessado fornecerá os elementos necessários exigidos para habilitação previstos nesta Lei.

§ 1º O inscrito, considerada sua área de atuação, será classificado por categorias, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômico-financeira avaliada, de acordo com regras objetivas divulgadas em sítio eletrônico oficial.

§ 2º Ao inscrito será fornecido certificado, renovável sempre que atualizar o registro.

§ 3º 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.

§ 4º A anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado, de que trata o § 3º deste artigo, será condicionada à implantação e à regulamentação do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, apto à realização do registro de forma objetiva, em atendimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuírem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral.

§ 5º A qualquer tempo poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro de inscrito que deixar de satisfazer exigências determinadas por esta Lei ou por regulamento.

§ 6º O interessado que requerer o cadastro na forma do caput deste artigo poderá participar de processo licitatório até a decisão da Administração, e a celebração do contrato ficará condicionada à emissão do certificado referido no § 2º deste artigo.

Sobre o registro cadastral, Edgar Guimarães entende⁶⁷:

A Lei nº 14.133/2021 elegeu o registro cadastral como um dos procedimentos auxiliares das licitações e contratações públicas. Precisamos reconhecer que, assim como os outros procedimentos, o registral cadastral é instrumento que propicia, não apenas celeridade ao processo licitatório, segurança na contratação de um bom fornecedor ou prestador de serviço, mas, sobretudo, uma maior eficiência na gestão e controle da execução dos contratos administrativos.

Por ocasião dos nossos comentários à Lei nº 13.303/2016 – Lei das Estatais, anotamos entendimento no sentido de que o registro cadastral nada mais é do que um banco de dados alimentado e mantido pela Administração Pública, contendo uma série de documentos e informações relativas aos requisitos de habilitação, bem como ao desempenho apresentado pelo cadastrado nos contratos que lhe competem executar.

No âmbito federal, os órgãos e entidades da Administração Pública deverão utilizar o sistema de

⁶⁷ GUIMARÃES, Edgar. Instrumentos Auxiliares das Licitações e Contratações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133/21. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma de regulamento.

Entendemos que a obrigatoriedade da utilização do Portal Nacional de Contratações Públicas acima referida, não se trata de uma norma geral e, portanto, se aplica apenas e tão somente aos órgãos e entidades da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional da União.

Por se tratar de norma específica, sustentamos que os Estados, Municípios e o Distrito Federal, se já não o fizeram, devem editar regulamento e instituir sistema cadastral próprio, caso contrário, poderão, por mera liberalidade, adotar o de outra entidade federativa.

b) Sistema de registro de preços

A definição para sistema de registro de preços está no art. 6º, inciso XLV da Lei nº 14.133/2021:

Art. 6º (...)

XLV - sistema de registro de preços: conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras;

No art. 82, a Lei nº 14.133/2021 apresenta as regras que devem estar presentes no edital de licitação para sistema de registro de preços:

Art. 82. O edital de licitação para registro de preços observará as regras gerais desta Lei e deverá dispor sobre:

I – as especificidades da licitação e de seu objeto, inclusive a quantidade máxima de cada item que poderá ser adquirida;

II – a quantidade mínima a ser cotada de unidades de bens ou, no caso de serviços, de unidades de medida;

III – a possibilidade de prever preços diferentes:

a) quando o objeto for realizado ou entregue em locais diferentes;

b) em razão da forma e do local de acondicionamento;

c) quando admitida cotação variável em razão do tamanho do lote;

d) por outros motivos justificados no processo;

IV – a possibilidade de o licitante oferecer ou não proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital, obrigando-se nos limites dela;

V – o critério de julgamento da licitação, que será o de menor preço ou o de maior desconto sobre tabela de preços praticada no mercado;

VI – as condições para alteração de preços registrados;

VII – 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;

VIII – 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;

IX – as hipóteses de cancelamento da ata de registro de preços e suas consequências.

§ 1º O critério de julgamento de menor preço por grupo de itens somente poderá ser adotado quando for demonstrada a inviabilidade de se promover a adjudicação por item e for evidenciada a sua vantagem técnica e econômica, e o critério de aceitabilidade de preços unitários máximos deverá

ser indicado no edital.

§ 2º Na hipótese de que trata o § 1º deste artigo, observados os parâmetros estabelecidos nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 23 desta Lei, a contratação posterior de item específico constante de grupo de itens exigirá prévia pesquisa de mercado e demonstração de sua vantagem para o órgão ou entidade.

Contratação decorrente de SRP com objeto licitado em lote

Empresa: A

Item	Quant.	Valor unitário	Valor total
01 – Lápis	4.000	2,00	8.000,00
02 – Borracha	3.000	1,00	3.000,00
03 – Caneta	5.000	3,00	15.000,00
Valor total do lote			26.000,00

Empresa: B

Item	Quant.	Valor unitário	Valor total
01 – Lápis	4.000	2,50	10.000,00
02 – Borracha	3.000	1,20	3.600,00
03 – Caneta	5.000	2,50	12.500,00
Valor total do lote			26.100,00

Empresa: C

Item	Quant.	Valor unitário	Valor total
01 – Lápis	4.000	1,50	6.000,00
02 – Borracha	3.000	1,60	4.800,00
03 – Caneta	5.000	3,10	15.500,00
Valor total do lote			26.300,00

O art. 82 apresenta as seguintes disposições:

§ 3º É permitido registro de preços com indicação limitada a unidades de contratação, sem indicação do total a ser adquirido, apenas nas seguintes situações:

I – quando for a primeira licitação para o objeto e o órgão ou entidade não tiver registro de demandas anteriores;

II – no caso de alimento perecível;

III – no caso em que o serviço estiver integrado ao fornecimento de bens.

§ 4º Nas situações referidas no § 3º deste artigo, é obrigatória a indicação do valor máximo da despesa e é vedada a participação de outro órgão ou entidade na ata.

§ 5º O sistema de registro de preços poderá ser usado para a contratação de bens e serviços, inclusive de obras e serviços de engenharia, observadas as seguintes condições:

I – realização prévia de ampla pesquisa de mercado;

II – seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento; III – desenvolvimento obrigatório de rotina de controle;

IV – atualização periódica dos preços registrados;

V – definição do período de validade do registro de preços;

VI – inclusão, em ata de registro de preços, do licitante que aceitar cotar os bens ou serviços em preços iguais aos do licitante vencedor na sequência de classificação da licitação e inclusão do

licitante que mantiver sua proposta original.

§ 6º O sistema de registro de preços poderá, na forma de regulamento, ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade.

O registro de preços não acarreta obrigação de contratação para a Administração. Mas, se a Administração resolver contratar, o particular será obrigado a tanto. No entanto, a sua obrigação será limitada nas condições previstas no edital⁶⁸:

Art. 83. A existência de preços registrados implicará compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas, mas não obrigará a Administração a contratar, facultada a realização de licitação específica para a aquisição pretendida, desde que devidamente motivada.

Sobre o prazo de vigência e a possibilidade de prorrogação, previstos no 84, Marçal Justen Filho observa⁶⁹:

O art. 84 estabelece prazo de vigência de um ano. Portanto, não é cabível a fixação de prazos inferiores. Admite-se a prorrogação por mais um ano, desde que evidenciadas as condições vantajosas – mesmo depois de aplicado o reajuste ou a repactuação de preços.

O art. 84 da Lei nº 14.133/2021 apresenta a seguinte disciplina:

Art. 84. 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.

Parágrafo único. O contrato decorrente da ata de registro de preços terá sua vigência estabelecida em conformidade com as disposições nela contidas.

Na vigência da Lei nº 8.666/1993, o TCU emitiu o seguinte entendimento:

TCU – Acórdão nº 991/2009 – Plenário

Acórdão

9.2. responder ao interessado que, no caso de eventual prorrogação da ata de registro de preços, dentro do prazo de vigência não superior a um ano, não se restabelecem os quantitativos inicialmente fixados na licitação, sob pena de se infringirem os princípios que regem o procedimento licitatório, indicados no art. 3º da Lei nº 8.666/93;

A previsão de contratação de execução de obra e serviços de engenharia pelo sistema de registro de preços está no art. 85 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 85. A Administração poderá contratar a execução de obras e serviços de engenharia pelo sistema de registro de preços, desde que atendidos os seguintes requisitos:

I – existência de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional;

II – necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado.

O art. 86 da Lei nº 14.133/2021 traz uma série de regras sobre a operacionalização do sistema de registro de preços, com destaque para o instituto da **intenção de registro de preços**:

Art. 86. O órgão ou entidade gerenciadora deverá, na fase preparatória do processo licitatório, para fins de registro de preços, realizar procedimento público de intenção de registro de preços para, nos termos de regulamento, possibilitar, pelo prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis, a participação de outros órgãos ou entidades na respectiva ata e determinar a estimativa total de quantidades da contratação.

§ 1º O procedimento previsto no caput deste artigo será dispensável quando o órgão ou entidade gerenciadora for o único contratante.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.1.175.

⁶⁹ Op. cit., p.1.175.

O instituto da adesão à ata de registro de preços (“carona”) está previsto nos parágrafos do art. 86 da Lei nº 14.133/2021:

§ 2º Se não participarem do procedimento previsto no caput deste artigo, os órgãos e entidades poderão aderir à ata de registro de preços na condição de não participantes, observados os seguintes requisitos:

I – apresentação de justificativa da vantagem da adesão, inclusive em situações de provável desabastecimento ou descontinuidade de serviço público;

II – demonstração de que os valores registrados estão compatíveis com os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 desta Lei;

III – prévias consulta e aceitação do órgão ou entidade gerenciadora e do fornecedor.

§ 3º A faculdade conferida pelo § 2º deste artigo estará limitada a órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal que, na condição de não participantes, desejarem aderir à ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciadora federal, estadual ou distrital.

§ 4º As aquisições ou as contratações adicionais a que se refere o § 2º deste artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes.

§ 5º O quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços a que se refere o § 2º deste artigo não poderá exceder, na totalidade, ao dobro do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independentemente do

§ 6º A adesão à ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciadora do Poder Executivo federal por órgãos e entidades da Administração Pública estadual, distrital e municipal poderá ser exigida para fins de transferências voluntárias, não ficando sujeita ao limite de que trata o § 5º deste artigo se destinada à execução descentralizada de programa ou projeto federal e comprovada a compatibilidade dos preços registrados com os valores praticados no mercado na forma do art. 23 desta Lei.

§ 7º Para aquisição emergencial de medicamentos e material de consumo médico-hospitalar por órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, a adesão à ata de registro de preços gerenciada pelo Ministério da Saúde não estará sujeita ao limite de que trata o § 5º deste artigo.

§ 8º Será vedada aos órgãos e entidades da Administração Pública federal a adesão à ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade estadual, distrital ou municipal.

Sobre a adesão à ata de registro de preços, importante destacar que, em função do disciplinamento previsto na Lei nº 14.133/2021, o TCE-PE modificou entendimento até então firmado:

ACÓRDÃO Nº 740 / 2021

I. Os Acórdãos T.C. nºs 1850/2019 e 1855/2019 limitam-se a produzir efeitos para as adesões tardias a atas de registros de preços - denominadas de “Carona” - realizadas no período entre 09/12/2020 e 31/03/2021;

II. Ainda que no período entre 09/12/2020 e 31/03/2021, os Acórdãos T.C. nºs 1850/2019 e 1855/2019 não produzirão efeitos na hipótese de vigência de ato normativo legal ou infralegal dos órgãos jurisdicionados disciplinando os limites de quantitativos reservados às adesões tardias - “Carona” – a exemplo do Decreto Estadual nº 42.530/2015 e alterações seguintes;

III. A partir de 01/04/2021, os Acórdãos T.C. nºs 1850/2019 e 1855/2019 perdem a validade devendo ser desconsiderados pelos órgãos jurisdicionados;

IV. A partir de 01/04/2021, encontra-se vigente a Lei Federal nº 14.133/2021 (novo Estatuto de Licitações e Contratos) e conforme arts. 191, 193 e 194, até o decurso do prazo de 02 (dois) anos, a Administração poderá optar, através do Edital, por licitar ou contratar diretamente de acordo com

esta nova Lei ou de acordo com a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011, vedada a aplicação combinada daquela norma com alguma destas últimas;

V. Na hipótese do ente público optar nas adesões tardias a atas de registros de preços - “Carona” pela aplicação do novo Estatuto de Licitações e Contratos - Lei Federal nº 14.133/2021, deve observar os limites quantitativos previstos no art. 86, §§4º, 5º e 7º, quais sejam:

1. As aquisições ou as contratações adicionais dos órgãos não participantes não poderão exceder, por órgão ou entidade, a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes. (art. 86, §4º)

2. O quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços dos órgãos não participantes não poderá exceder, na totalidade, ao dobro do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem. (art. 86, §5º)

3. Para aquisição emergencial de medicamentos e material de consumo médico-hospitalar por órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, a adesão à ata de registro de preços gerenciada pelo Ministério da Saúde não estará sujeita ao limite de que trata o § 5º deste artigo. (art. 86, §7º)

Como bem observa Edgar Guimarães⁷⁰, a Lei nº 14.133/2021 não dispôs sobre o processo administrativo e o procedimento a ser adotado quando da adesão a uma ata de registro de preços. Neste silêncio, sugere o Autor ser seguida a proposta oferecida por Joel de Menezes Niebuhr em comentário ao Decreto Federal nº 7.892/2013⁷¹:

1º Passo: abre-se processo administrativo, devidamente autuado e numerado, a fim de juntar todos os documentos relativos à adesão à ata de registro de preços.

2º Passo: sugere-se que se produza espécie de termo de referência, com, no mínimo, três informações: **(i)** a indicação da necessidade do órgão ou da entidade, com as especificações técnicas do produto ou serviços que ela pretende contratar; **(ii)** a definição da quantidade pretendida; **(iii)** e a indicação do preço considerado adequado, precedido por pesquisa de preço realizada no mercado, juntando-se, como anexo, a cópia da pesquisa de preço.

3º Passo: pesquisa preliminar sobre atas de registro de preços disponíveis para adesão, com a indicação expressa, formal e justificada da que melhor atende as necessidades do órgão ou entidade que pretende a adesão em face dos elementos constantes do termo de referência (justificativa da vantajosidade).

4º Passo: o órgão ou entidade interessada dirige ofício à entidade detentora da ata de registro de preços solicitando informações, requerendo a adesão e indicando a quantidade que pretende contratar. São necessárias três informações: **(i)** se o edital prevê a possibilidade de adesão; **(ii)** se houve adesões anteriores e se ainda há quantidade disponível para nova adesão; **(iii)** se a entidade detentora da ata de registro de preços consente com a adesão.

5º Passo: a entidade detentora da ata de registro de preços consulta o signatário dela, o fornecedor ou prestador do serviço, requerendo a concordância dele.

6º Passo: o signatário da ata de registro de preços dirige ofício ou outro documento à entidade detentora da ata de registro de preços concordando ou não com a adesão.

7º Passo: o órgão ou entidade detentora da ata de registro de preços dirige ofício ao órgão ou entidade interessada, aderente, concordando ou não com a adesão, com cópia do ofício ou documento do signatário da ata de registro de preços.

⁷⁰ GUIMARÃES, Edgar. Instrumentos Auxiliares das Licitações e Contratações. In: DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella (coord.). Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133/21. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

⁷¹ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 146-147.

8º Passo: o processo de adesão à ata de registro de preços deve ser aprovado pela assessoria jurídica do órgão ou entidade interessada, aderente.

9º Passo: a autoridade competente do órgão ou entidade interessada, aderente, emite ato administrativo de adesão à ata de registro de preços.

10. Contratação direta

a) Processo de contratação direta

Os documentos que devem instruir um processo de contratação direta, seja ele por dispensa ou por inexigibilidade de licitação, estão previstos no art. 72 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

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.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

Juliano Heinen, comentando esse art. 72, afirma⁷²:

O art. 72 da Lei nº 14.133/21, ao mesmo tempo em que permitiu a contratação direta por meio de dispensa ou de inexigibilidade, também impôs uma série de requisitos para se possa contratar desta maneira. Em verdade, a maioria das obrigações listadas na referida norma não deixa de ser documentos básicos que se exigiria em qualquer outro certame ou contratação.

Joel de Menezes Niebuhr parece não entender diferente⁷³:

O artigo 72 da Lei n. 14.133/2021 indica os atos que necessariamente devem fazer parte do processo de contratação direta. A alta administração dos órgãos e entidades administrativas pode, em acréscimo, prever outros atos, que assegurem a adequada governança dos respectivos processos. A alta administração deve (obrigação e não mera faculdade) dispor sobre a tramitação interna de tais processos, os agentes administrativos que os devem conduzir, as instâncias, as alçadas e linhas de defesa tocantes ao controle. A obrigação decorre do parágrafo único do artigo 11 da Lei n. 14.133/2021:

⁷² HEINEN, Juliano. Comentários à Lei de Licitações Contratos Administrativos. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p.447.

⁷³ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022. (e-book).

Art. 11. [...]

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, 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.

A Consultoria Zênite apresenta a seguinte orientação para o fluxo do processo de contratação direta pela Nova Lei de Licitações e Contratos:

Fluxo do processo de contratação direta na Lei nº 14.133/2021



01 Formalização da demanda



Oficializar a necessidade da aquisição ou da contratação do serviço, pontuando, minimamente:

- Quantitativos;
- Identificação de possível data para fornecimento/início da execução, se for o caso;
- Indicação do agente que atuará na fiscalização contratual.

02 Se necessário, elaboração de ETP, análise de riscos, TR, projeto básico ou projeto executivo



Ponderar a adequação e a relevância de, no caso concreto, realizar as fases preliminares de estudo técnico preliminar (ETP) e de análise de riscos.

! LEMBRETES

Uma fase prévia de ETP se justifica em contratações nas quais há a necessidade de olhar para o mercado e ponderar soluções disponíveis para, então, definir a opção que melhor se ajusta aos objetivos da Administração.

Se a contratação é de baixo vulto ou, ainda, se não envolve complexidade ou riscos significativos a serem geridos (o que pode ser verificado a partir da experiência da Administração em contratações anteriores), é possível a não realização da etapa de análise de riscos.

Quando necessário, o ETP deve conter, minimamente:

- Descritivo da necessidade e levantamento de soluções disponíveis no mercado;
- Justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;
- Estimativa de quantidades;
- Estimativa do valor da contratação, detalhada em planilhas de preços unitários e global e memórias de cálculo;
- Posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação.

02

Se necessário, elaboração de ETP, análise de riscos, TR, projeto básico ou projeto executivo



Elaborar o termo de referência (TR) – ou o projeto básico e o projeto executivo no caso de obras e serviços de engenharia. O TR deve conter, minimamente:

- Definição da solução, em características e quantitativos, inclusive com o alinhamento aos instrumentos de planejamento do órgão/ente;
- Fundamentação jurídica da contratação direta;
- Requisitos da contratação e critérios de seleção do executor (com ênfase para os quesitos de habilitação a serem exigidos);
- Modelo de execução do objeto;
- Modelo de gestão do contrato;
- Critérios de medição e pagamento;
- Estimativas detalhadas dos preços;
- Indicação do recurso que fará frente à despesa, comprovando-se a adequação.

03

Estimativa de despesa



Trata-se de item integrante do ETP (quando elaborado), informação muitas vezes replicada (ainda que de forma sintética) no TR. Deve-se realizar a pesquisa de mercado para definir o parâmetro de preço que orientará a análise de adequação do valor a ser contratado em relação aos preços praticados no mercado.

! LEMBRETE

No caso de obras e serviços de engenharia, o orçamento estimado, detalhado, já integra o projeto básico.

04

Seleção justificada do fornecedor ou executor



Com amparo nos elementos e critérios definidos no TR – entre eles a habilitação, as características da solução necessária, o formato de execução e o preço referencial –, justificar a escolha do fornecedor/executor.

05

Se for o caso,
elaboração de
parecer jurídico
e técnico



Realizar o controle prévio de legalidade da contratação direta ou justificar a dispensa do parecer, se for o caso (art. 53 da Lei nº 14.133/2021).

06

Autorização
da autoridade
competente



Encaminhar os autos do processo de contratação direta para a autoridade competente, que poderá (art. 71, § 4º, da Lei nº 14.133/2021):

- Determinar o retorno dos autos para eventual saneamento de irregularidades/diligências complementares;
- Revogar ou anular o processo de seleção do fornecedor/executor para a contratação direta;
- Autorizar a contratação direta.

07

Assinatura
do contrato



Convocar o particular justificadamente selecionado para assinar o contrato ou retirar o instrumento substitutivo equivalente.

08

Publicidade



Publicar o ato da autoridade que autorizou a contratação direta ou o extrato do contrato em sítio eletrônico oficial.

Em 10 dias úteis da assinatura do contrato, divulgar no Portal Nacional de Contratações Públicas.

O art. 73 faz referência a responsabilização quando de uma contratação direta indevida:

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

b) Inexigibilidade de licitação

As regras específicas sobre a inexigibilidade de licitação estão no art. 74:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I – aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

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:

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;

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.

§ 1º Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

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

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do caput deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

§ 5º Nas contratações com fundamento no inciso V do caput deste artigo, devem ser observados os seguintes requisitos:

I – avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando

imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;

II – certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;

III – justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

Sobre a necessidade ou não de ser comprovada a singularidade, convém apresentar a doutrina de Edgar Guimarães e Ricardo Sampaio⁷⁴:

3.4.2. Insuficiência da compreensão literal da norma

A interpretação literal do dispositivo legal conduz à compreensão de que a Lei nº 14.133/2021 autoriza a contratação direta por inexigibilidade de licitação de qualquer um dos serviços indicados nas alíneas do inciso III em exame, desde que o contratado seja profissional ou empresa de notória especialização.

Isso porque, a redação do dispositivo informa ser inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização.

Ocorre que, precisamos deixar claro que não é qualquer serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual dentre aqueles listados nas alíneas do inciso III do art. 74 da Lei nº 14.133/2021 que pode ser contratado diretamente por inexigibilidade de licitação com empresas ou profissionais notoriamente especializados.

Dito de outro modo, ainda que a Lei nº 14.133/2021 não tenha estabelecido textualmente exigência nesse sentido, entendemos que a contratação direta por inexigibilidade de licitação com fundamento no inciso III do art. 74 em tela somente se justificará se o objeto, além de envolver a execução de serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual, apresentar natureza singular, ou seja, revelar-se excepcional, incomum ao cotidiano administrativo, diferenciando-se de outros similares a ponto de ser considerado peculiar, motivo pelo qual sua contratação requer a seleção de profissional ou empresa de notória especialização.

A razão para formarmos essa conclusão decorre do fato de que somente se admite a contratação direta por inexigibilidade de licitação quando inviável a competição e, no caso, o simples fato de o objeto pretendido envolver a execução de serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual não torna inviável a competição. Tanto isso é verdadeiro que a própria Lei nº 14.133/2021 estabelece no seu art. 36, § 1º, inciso I que para a contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado.

Ora, se o simples fato de o objeto consistir na execução de um serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual dentre aqueles descritos nas alíneas do inciso III do art. 74 fosse suficiente para justificar a sua contratação direta por inexigibilidade de licitação, não faria sentido a Lei nº 14.133/2021 prever que a contratação desses serviços justifica a adoção preferencial do critério de julgamento de técnica e preço.

Em relação à comprovação formal da ausência de alternativa a que se refere o §1º, do art. 74 da Lei nº 14.133/2021, Marçal Justen Filho orienta⁷⁵:

A comprovação da inexistência de alternativas para a Administração faz-se segundo o princípio da liberdade de prova. Pode dar-se por qualquer via, desde que idônea e satisfatória. Lembre-se que a inviabilidade de competição é uma questão não apenas jurídica, mas também fática. Alguns exemplos bastam para evidenciar a impossibilidade de estabelecer regras formais inalteráveis.

Também o referido Autor apresenta importantes definições para **serviço “técnico”, serviço técnico especializado**

⁷⁴ GUIMARÃES, Edgar; SAMPAIO, Ricardo. Dispensa e inexigibilidade de licitação. Aspectos jurídicos à luz da Lei 14.133/2021. ed. Forense. 2022.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.970.

e serviço técnico predominantemente intelectual:

Um **serviço configura-se como “técnico”** quando importar a aplicação do conhecimento teórico e da habilidade pessoal para promover uma alteração no universo físico ou social. A noção de “técnica” vincula-se à transposição para a vida prática de um conhecimento teórico, de modo a gerar uma utilidade efetiva e concreta.

Os serviços ditos “técnicos” caracterizam-se por envolverem a aplicação de metodologia formal para atingir determinado fim. A técnica pressupõe a operacionalização do conhecimento científico, permitindo aplicações práticas para uma teoria. Por meio de serviço técnico, obtém-se alteração no universo circundante e se atinge um resultado preordenado que se colimava.

(...)

A **especialização** significa a capacitação para exercício de uma atividade com habilidades que não estão disponíveis para um profissional ordinário ou padrão.

A especialização identifica uma capacitação maior do que a usual e comum e é produzida pelo domínio de uma área restrita, com habilidades que ultrapassam o conhecimento da média dos profissionais necessários ao desenvolvimento da atividade em questão. O especialista é aquele prestador de serviço técnico profissional que dispõe de uma capacitação diferenciada, permitindo-lhe solucionar problemas e dificuldades complexas.

(...)

O **serviço técnico predominantemente intelectual** é aquele que envolve uma habilidade individual, uma capacitação peculiar, relacionada com potenciais intelectuais personalíssimos. Promove-se uma espécie de “transformação” do conhecimento teórico em prático, o que envolve um processo intermediado pela capacidade humana.

A referência à natureza predominantemente intelectual não implica a ausência de habilidades manuais. Lembre-se que uma das hipóteses, prevista na al. “g”, inc. III, do art. 74, é a “restauração de obras de arte e de bens de valor histórico”. Serviço dessa natureza exige qualificação não apenas intelectual, mas também a destreza física.

Ao responder consulta, o TCE-PE, em 27/10/2021, proferiu deliberação mantendo entendimento anterior sobre a **contratação de advogados por inexigibilidade de licitação**:

Acórdão T.C. nº 1735/2021

CONSIDERANDO o artigo 25, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93, vigente à época da propositura da presente Consulta, em consonância com o novel Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos- Lei Federal nº 14.133, de 1º.04.2021,

Em, preliminarmente, CONHECER da presente Consulta e, no mérito, RESPONDER nos seguintes termos:

1. Na hipótese de os serviços advocatícios se consubstanciarem em tarefas ou atribuições cotidianas da administração pública, estes não poderão ser objeto de delegação a terceiros, uma vez que tais atividades devem ser desenvolvidas por profissionais habilitados por meio de concurso público;
2. A terceirização de serviços de natureza jurídica somente é admitida para atender a situações específicas, devidamente justificadas, de natureza não continuada, quando não possam ser atendidas por profissionais do próprio ente público, por contrariar o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal;
3. A terceirização de atividades advocatícias previstas em plano de cargos do órgão ou entidade só é permitida em caráter excepcional nas hipóteses de demanda excessiva, incompatível com o volume de serviço a ser executado por servidores do quadro próprio da Administração ou ainda diante de especificidades do objeto a ser executado;
4. A contratação de serviços advocatícios poderá ser condicionada à cláusula de êxito do ação, devendo o pagamento ao particular contratado somente ocorrer após o trânsito em julgado da decisão judicial favorável à Administração Pública, incidente sobre a base de cálculo determinada

pela Justiça ao final da demanda, atendidos os ditames previstos no artigo 85, parágrafos 2º e 3º, do Código Processual Civil Brasileiro, de 2015, além do que – especificamente quanto aos valores pagos – observados os limites percentuais expressamente fixados no parágrafo terceiro do mencionado dispositivo legal;

5. Poderá haver também – cumulativamente com os honorários descritos no item anterior, a pactuação de parcela fixa a título de contraprestação dos serviços advocatícios, observada a tabela de honorários da OAB - Ordem dos Advogados do Brasil.

c) Dispensa de licitação

As hipóteses de dispensa de licitação estão tratadas no art. 75 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 75. É dispensável a licitação:

I – para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (**108.040,82**), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;

II – para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (**54.020,41**), no caso de outros serviços e compras;

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 relação às hipóteses dos incisos I, II e III, do art. 75 da Lei nº 14.133/2021, verifica-se:

§ 1º Para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão ser observados:

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.

Sobre o conceito para unidade gestora, Edgar Guimarães e Ricardo Sampaio⁷⁶ afirmam:

De acordo com essas disposições, a aferição do fracionamento deverá ocorrer por unidade gestora de recursos públicos. Ainda que a Lei nº 14.133/2021 não estabeleça essa condição expressamente, entendemos possível concluir que, se um mesmo órgão ou entidade possuir mais de uma unidade gestora, assim consideradas as unidades com competência para gerir recurso orçamentários de modo a empenhá-los para fazer frente a realização de despesas, cumprirá aferir o fracionamento com base nas ações de cada unidade gestora, não se impondo realizar qualquer tipo de somatório.

Já a Instrução Normativa SEGES/ME nº 67, de 8 de julho de 2021, que dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, de que trata a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, estabeleceu que para os fins de aferir os limites de valores a que se refere o §1º do art. 75 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 4º (...)

§ 2º Considera-se ramo de atividade a partição econômica do mercado, identificada pelo nível de subclasse da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE.

A seguir os §§2º a 4º do art. 75 da Lei nº 14.133/2021 acrescentam:

⁷⁶ GUIMARÃES, Edgar; SAMPAIO, Ricardo. Dispensa e inexigibilidade de licitação. Aspectos jurídicos à luz da Lei 14.133/2021. ed. Forense. 2022.

§ 2º Os valores referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão duplicados para compras, obras e serviços contratados por consórcio público ou por autarquia ou fundação qualificadas como agências executivas na forma da lei.

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

§ 4º As contratações de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo serão preferencialmente pagas por meio de cartão de pagamento, cujo extrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

Sobre o procedimento do §3º do art. 75 da Lei nº 14.133/2021, convém lembrar que no âmbito federal foi instituída a Instrução Normativa SEGES/ME nº 67, de 8 de julho de 2021, que dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, de que trata a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Sua utilização por órgãos ou entidades de outras esferas federativas se dá quando da execução de recursos da União decorrentes de transferências voluntárias:

Art. 1º Esta Instrução Normativa dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, de que trata a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

Art. 2º Os órgãos e entidades da Administração Pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, quando executarem recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, deverão observar as regras desta Instrução Normativa.

Ainda sobre as dispensas de licitação pelo valor, o §7º do art. 75 estabelece que não serão computados para fins de limite com gasto em serviços de manutenção de veículos automotores de propriedade do órgão ou entidade contratante, incluído o fornecimento de peças, às contratações nos valores de até R\$ 8.643,27 (valor atualizado pelo Decreto Federal nº 10.992/2021):

§ 7º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo às contratações de até R\$ 8.000,00 (oito mil reais) de serviços de manutenção de veículos automotores de propriedade do órgão ou entidade contratante, incluído o fornecimento de peças.

As demais hipóteses de dispensa de licitação estão nos IV a XVI, do art. 75 da Lei nº 14.133/2021.

Marçal Justen Filho faz a seguinte comparação entre os dispositivos da Lei 8.666/1993 e aqueles constantes da Lei 14.133/2021:

art. 24 da Lei 8.666/1993	art. 75 da Lei 14.133/2021
inc. I	inc. I
Inc. II	inc. II
Inc. III	inc. VII
inc. IV	inc. VIII
inc. V	inc. III, al. "a"
inc. VI	inc. X
inc. VII	inc. III, al. "b"
inc. VIII	inc. IX
inc. IX	inc. VI
inc. X	(inc. V do art. 75)
inc. XI	XXVI
inc. XII	inc. IV, al. "e"
inc. XIII	inc. XV
inc. XIV	inc. IV, al. "b"
inc. XV	inc. IV, al. "k"
inc. XVI	sem equivalente
inc. XVII	inc. IV, al. "a"
inc. XVIII	inc. IV, al. "i"

inc. XIX	inc. IV, al. "g"
inc. XX	inc. XIV
inc. XXI	inc. IV, al. "c"
inc. XXII	sem equivalente
inc. XXIII	sem equivalente
inc. XXIV	sem equivalente
inc. XXV	inc. IV, al. "d"
inc. XXVI	inc. XI
inc. XXVII	inc. IV, al. "j"
inc. XXVIII	inc. IV, al. "p"
inc. XXIX	inc. IV, al. "h"
inc. XXX	sem equivalente
inc. XXXI	inc. V
inc. XXXII	inc. XII
inc. XXXIII	sem equivalente
inc. XXXIV	inc. XVI
inc. XXXV	sem equivalente

11. Contratos administrativos

O contrato administrativos está disciplinado nos artigos 89 a 154 da Lei nº 14.133/2021:

Formalização: art. 89 a 95

Cláusulas: art. 92

Garantias: art. 96 a 102

Alocação de riscos: art. 103

Prerrogativas da administração: art. 104

Duração dos contratos: art. 105 a 114

Execução dos contratos: art. 115 a 123

Alteração dos contratos e dos preços: art. 124 a 136

Hipóteses de extinção dos contratos: art. 137 a 139

Recebimento do objeto do contrato: art. 140

Pagamentos: art. 141 a 146

Nulidades dos contratos: art. 147 a 150

Meios alternativos de resolução de controvérsias: art. 151 a 154

a) Formalização dos contratos – desistência da contratação

O art. 90 da Lei nº 14.133/2021 traz regras sobre a convocação do licitante vencedor assinar o termo de contrato ou aceitar ou retirar instrumento equivalente:

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

(...)

§ 2º Será facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou não retirar o instrumento equivalente no prazo e nas condições estabelecidas, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições propostas pelo licitante vencedor.

§ 3º Decorrido o prazo de validade da proposta indicado no edital sem convocação para a contratação, ficarão os licitantes liberados dos compromissos assumidos.

A novidade em relação a convocação de licitantes remanescentes do processo licitatório está no §4º do art. 90:

Art. 90. (...)

§ 4º Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos do § 2º deste artigo, a Administração, observados o valor estimado e sua eventual atualização nos termos do edital, poderá:

I – convocar os licitantes remanescentes para negociação, na ordem de classificação, com vistas à obtenção de preço melhor, mesmo que acima do preço do adjudicatário;

II – adjudicar e celebrar o contrato nas condições ofertadas pelos licitantes remanescentes, atendida a ordem classificatória, quando frustrada a negociação de melhor condição.

b) Publicidade dos contratos

As regras de publicidade dos contratos administrativos estão no art. 94:

Art. 94. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura:

I – 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação;

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

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

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

§ 3º No caso de obras, a Administração divulgará em sítio eletrônico oficial, em até 25 (vinte e cinco) dias úteis após a assinatura do contrato, os quantitativos e os preços unitários e totais que contratar e, em até 45 (quarenta e cinco) dias úteis após a conclusão do contrato, os quantitativos executados e os preços praticados.

§ 4º (VETADO)

§ 5º (VETADO)

Esquemáticamente:

Divulgação do inteiro teor do instrumento de contrato (condição de eficácia):

Portal Nacional de Contratações Públicas

Prazos:

20 dias úteis no caso de licitação

10 dias úteis no caso de contratação direta

Contratos de emergência têm eficácia a partir de sua assinatura, mas devem ser divulgados

No caso de obras, divulgação em sítio oficial:
Em até 25 dias úteis, dos quantitativos e dos preços unitários contratados
Em até 45 dias úteis após a conclusão, dos quantitativos executados e dos preços praticados

c) Formalização de instrumento de contrato

A Lei nº 14.133/2021 fixou as situações em que o instrumento de contrato poderá ser dispensado:

Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:

I – dispensa de licitação em razão de valor;

II – compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.

§ 1º Às hipóteses de substituição do instrumento de contrato, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 92 desta Lei.

§ 2º 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).

d) Garantias contratual

As regras de garantias prestadas na execução contratual sofreram modificações, especialmente a modalidade seguro-garantia:

Art. 96. A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

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;

III – fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.

§ 2º 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.

§ 3º 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.

Nos arts. 98 a 101, a Lei nº 14.133/2021 disciplina as condições de prestação da garantia contratual:

Art. 98. Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos, a garantia poderá ser de até 5% (cinco por cento) do valor inicial do contrato, autorizada a majoração desse percentual para até 10% (dez por cento), desde que justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos.

Parágrafo único. Nas contratações de serviços e fornecimentos contínuos com vigência superior a 1 (um) ano, assim como nas subseqüentes prorrogações, será utilizado o valor anual do contrato para definição e aplicação dos percentuais previstos no caput deste artigo.

Art. 99. Nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada prevista no art. 102 desta Lei, em percentual equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato.

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.

Art. 101. Nos casos de contratos que impliquem a entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, o valor desses bens deverá ser acrescido ao valor da garantia.

Sobre o seguro-garantia, afirma Marçal Justen Filho⁷⁷:

O seguro-garantia consiste em contrato firmado entre o particular contratado e instituição seguradora, pelo qual esta última compromete-se a arcar com o risco de eventos danosos, relativos à inexecução da prestação devida à Administração Pública. Constará como beneficiária a pessoa

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.1.262.

integrante da Administração, cabendo ao particular o pagamento do prêmio do seguro.

O seguro-garantia é tratado no art. 97 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 97. O seguro-garantia 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 nas contratações regidas por esta Lei:

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 mesmas condições e coberturas da apólice vigente e desde que nenhum período fique descoberto, ressalvado o disposto no § 2º do art. 96 desta Lei.

Quando o objeto da licitação incidir sobre a contratação de obra ou serviço de engenharia, a opção pela escolha da modalidade de garantia poderá ser afastada, podendo o edital exigir a modalidade seguro-garantia:

Art. 102. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que:

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.

Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições:

I – caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice;

II – caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.

As regras sobre o seguro-garantia podem ser assim esquematizadas:



A Circular SUSEP nº 662, de 11 de abril de 2022, dispõe sobre o seguro-garantia e revogou a Circular SUSEP nº 477/2013 que até então tratava do tema.

e) Matriz de riscos

A análise de risco na fase contratual tem previsão no art. 102 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 103. 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.

§ 1º A alocação de riscos de que trata o caput deste artigo 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.

§ 2º Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado.

§ 3º A alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.

§ 4º A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.

§ 5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

I – às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124 desta Lei;

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

§ 6º Na alocação de que trata o caput deste artigo, poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública poderão definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação e quantificação financeira.

Sobre a matriz de riscos, leciona Joel de Menezes Niebuhr⁷⁸:

⁷⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022. (e-book).

O objetivo final da matriz é alocar os riscos entre os contratantes. Isso significa que a responsabilidade e os reflexos financeiros e patrimoniais produzidos em razão da ocorrência do risco devem ser suportadas pelo contratante a quem o risco foi alocado. Logo, o contratante que teve o risco alocado para si não faz jus à reparação ou mesmo à revisão do contrato em razão da ocorrência do risco. A responsabilidade é dele, que deve arcar com os seus reflexos.

Pondera-se que quem define a matriz de risco é a Administração, dado que ela é quem produz o edital e a minuta do contrato. Então, diferente do que costuma ocorrer nos contratos privados, a matriz de risco não é negociada, ponderada, ela é imposta pela Administração, que identifica os riscos e os distribui de maneira discricionária.

f) Duração dos contratos

Uma das importantes inovações previstas na Lei nº 14.133/2021 em matéria de contratos é a duração destes:

Art. 105. A duração dos contratos regidos por esta Lei será a prevista em edital, e 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.

Duração dos contratos

Previsão em edital

Observar no momento da contratação e a cada exercício

Disponibilidade de crédito orçamentário e previsão no PPA quando superior a um exercício

No caso de **serviços e fornecimentos contínuos**, o prazo de duração tem previsão nos art. 106 e 107:

Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes:

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.

§ 1º A extinção mencionada no inciso III do caput deste artigo ocorrerá apenas na próxima data de aniversário do contrato e não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 (dois) meses, contado da referida data.

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de

informática.

Art. 107. 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.

As definições para **serviços e fornecimentos contínuos** são dadas pelo art. 6º da Lei nº 14.133/2021:

Art. 6º (...)

XV - serviços e fornecimentos contínuos: serviços contratados e compras realizadas pela Administração Pública para a manutenção da atividade administrativa, decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas;

XVI - serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra: aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que:

- a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços;
- b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos;
- c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos;

XVII - serviços não contínuos ou contratados por escopo: aqueles que impõem ao contratado o dever de realizar a prestação de um serviço específico em período predeterminado, podendo ser prorrogado, desde que justificadamente, pelo prazo necessário à conclusão do objeto;

Os contratos decorrentes de dispensa de licitação enquadrada numa das hipóteses previstas nas alíneas “f” e “g” do inciso IV e nos incisos V, VI, XII e XVI do caput do art. 75 podem ter duração de até 10 anos:

Art. 108. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 10 (dez) anos nas hipóteses previstas nas alíneas “f” e “g” do inciso IV e nos incisos V, VI, XII e XVI do caput do art. 75 desta Lei.

A Lei nº 14.133/2021 apresenta a possibilidade de formalização de **contrato com prazo indeterminado** em seu art. 109:

Art. 109. 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.

A duração dos **contratos de eficiência** está estabelecida no art. 110:

Art. 110. Na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, os prazos serão de:

- I – até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento;
- II – 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.

Incorporando a doutrina sobre o tema, o art. 11 da Lei nº 14.133/2021 disciplinou a **prorrogação dos contratos de escopo**:

Art. 111. Na contratação que previr a conclusão de escopo predefinido, o prazo de vigência será automaticamente prorrogado quando seu objeto não for concluído no período firmado no contrato.

Parágrafo único. Quando a não conclusão decorrer de culpa do contratado:

- I – o contratado será constituído em mora, aplicáveis a ele as respectivas sanções administrativas;

II – a Administração poderá optar pela extinção do contrato e, nesse caso, adotará as medidas admitidas em lei para a continuidade da execução contratual.

Marçal Justen Filho faz a seguinte distinção entre o contrato por escopo e o contrato por tempo ou por duração⁷⁹:

Alude-se a **contrato de escopo** para indicar avença que impõe ao contratado executar um objeto dotado de individualidade, cuja execução satisfaz o interesse do credor e implica o exaurimento do vínculo contratual. Suponha-se um contrato de obra pública, que tem por objeto a execução pelo contratado de um edifício. Cabe ao contratado adotar todas as providências pertinentes. Concluída a obra e entregue à Administração, o contrato se extingue.

(...)

Já os **contratos de duração** se caracterizam pela fixação de um período de tempo para o devedor executar uma prestação, cujo conteúdo se renova seguidamente. Assim se passa, por exemplo, com os serviços de vigilância. O contratado está obrigado a desempenhar todas as atividades pertinentes, durante um período de tempo. A circunstância de executar a prestação durante um dia, uma semana ou um mês não acarreta a extinção do contrato.

O art. 112 traz a previsão da observância de lei especial em matéria de prazos contratuais:

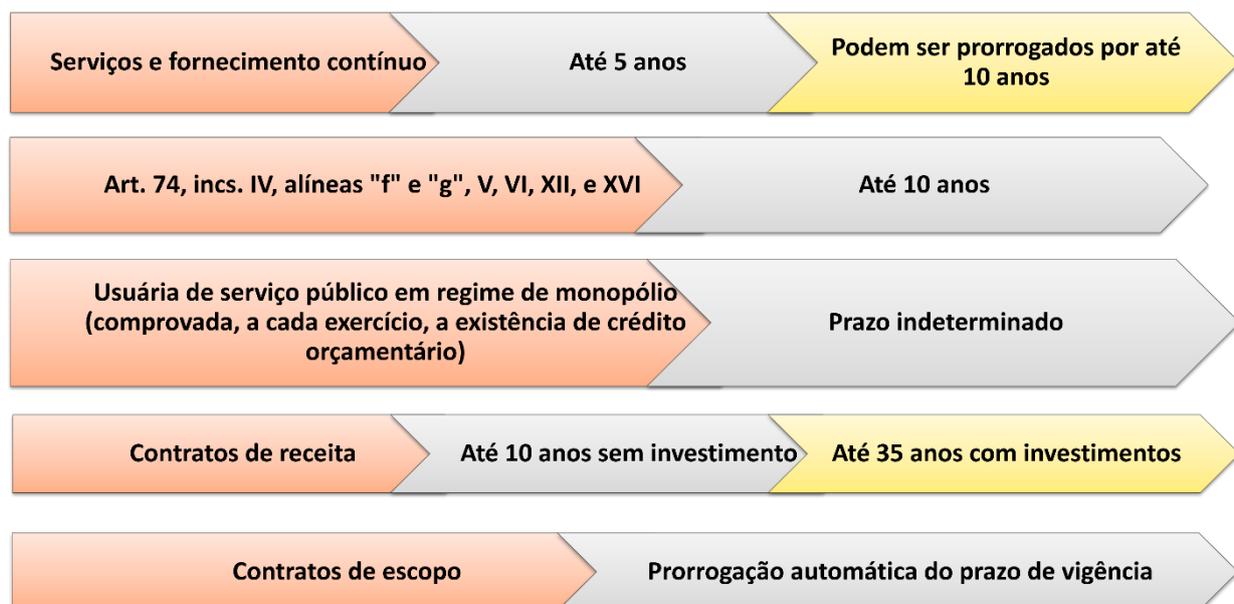
Art. 112. Os prazos contratuais previstos nesta Lei não excluem nem revogam os prazos contratuais previstos em lei especial.

Os arts. 113 e 114 tratam da duração dos **contratos sob o regime de fornecimento e prestação de serviço associado e de operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação**:

Art. 113. 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, este limitado a 5 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto inicial, autorizada a prorrogação na forma do art. 107 desta Lei. (decenal)

Art. 114. O contrato que prever a operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação poderá ter vigência máxima de 15 (quinze) anos.

Um resumo esquemático sobre a duração dos contratos é mostrado a seguir:



⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.1.294-1.295.



g) Contratação com remuneração variável

Para Marçal Justen Filho⁸⁰:

A contratação com remuneração variável consiste numa avença em que o particular assume a obrigação de executar prestação definida segundo parâmetros mínimos de qualidade, com a possibilidade de variação da remuneração em vista da execução de objeto dotado de atributos mais vantajosos do que os previstos originalmente.

O art. 144 da Lei nº 14.133/2021 disciplina a contratação com remuneração variável:

Art. 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.

§ 1º O pagamento poderá ser ajustado em base percentual sobre o valor economizado em determinada despesa, quando o objeto do contrato visar à implantação de processo de racionalização, hipótese em que as despesas correrão à conta dos mesmos créditos orçamentários, na forma de regulamentação específica.

§ 2º A utilização de remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração para a contratação.

h) Meios alternativos de resolução de controvérsias

A Lei nº 14.133/2021, em seus arts. 151 a 154, apresenta a possibilidade de serem usados meios alternativos para a resolução de controvérsias decorrentes da execução contratual:

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo 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.

Sobre esses meios alternativos de resolução de controvérsias, Marçal Justen Filho pontifica:

A conciliação e a mediação

A conciliação e a mediação são institutos muito próximos, o que justifica o seu tratamento de modo unitário.

Em ambos os casos, uma terceira pessoa – que pode ser um agente público – busca aproximar as partes para a obtenção de uma solução consensual, que se configure como aceitável para eliminar ou prevenir o litígio entre as partes.

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.1.524.

Alude-se à conciliação para indicar situações mais simples e rápidas, usualmente versando sobre controvérsias de menor amplitude ou gravidade.

A mediação pode envolver um procedimento mais demorado e complexo, inclusive abrangendo a produção de provas.

Em ambos os casos, não existe a produção de uma decisão por uma terceira parte. Os litigantes atingem a uma solução consensual, que pode ser resultante da tomada de consciência quanto aos riscos e inconveniências da instauração ou prosseguimento de um processo formal. Essa solução consensual pode envolver, inclusive, concessões recíprocas, que configurem uma transação, tal como prevista no art. 840 do Código Civil.

O comitê de resolução de disputas

O comitê de resolução de disputas consiste na previsão consensual entre as partes da atribuição a um terceiro da função de examinar e decidir sobre incertezas, dúvidas e controvérsias relativamente a questões específicas atinentes à prestação contratual.

A arbitragem

A arbitragem consiste na atribuição a um terceiro, por vontade das partes, do poder jurídico para instaurar um processo e emitir uma decisão final e apta a produzir coisa julgada sobre litígio versando sobre direitos disponíveis.

Arbitragem de direito é aquela em que os árbitros decidirão a controvérsia fundamentando-se nas regras de direito. Arbitragem por equidade é aquela em que o árbitro decide a controvérsia fora das regras de direito de acordo com seu real saber e entender. Poderá reduzir os efeitos da lei e decidir de acordo com seu critério de justo. Para que o árbitro possa decidir por equidade as partes devem prévia e expressamente autorizá-lo:

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Na leitura deve se ter que “é muito conveniente que a arbitragem seja prevista já no edital. Mais ainda, é muito recomendável que o edital já estabeleça as condições essenciais relativamente à arbitragem. (...) A ausência de previsão da arbitragem no edital (e, como decorrência, no contrato) não impede a sua adoção em momento posterior”⁸¹:

Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Sobre a escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas, aludida no art. 154 da Lei nº 14.133/2021, observa Marçal Justen Filho⁸²:

A Administração tem o ônus de indicar o árbitro, quando instaurada a arbitragem. Essa escolha não dependerá de licitação e resultará de uma avaliação discricionária. Idêntica consideração se aplica relativamente à escolha da instituição arbitral. A indicação de árbitro e instituição arbitral é um ato jurídico unilateral, que traduz uma avaliação da Administração quanto à solução mais satisfatória e adequada.

(...)

A Administração tem o dever de realizar a escolha da instituição arbitral e do árbitro segundo critérios técnico-jurídicos.

É obrigatória a escolha de uma instituição arbitral dotada de confiabilidade, respeitada no mercado e que seja conhecida por sua atuação eficiente e satisfatória. Para fundamentar a sua decisão, a Administração deve recorrer aos especialistas do setor, especialmente para evitar escolher entidade destituída de experiência e (ou) sem condições de assegurar o desenvolvimento satisfatório da

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.1.589.

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.1.590.1.591.

arbitragem.

Quanto ao árbitro, é indispensável a realização de escolha fundada na reputação do sujeito, no conhecimento especializado sobre os temas envolvidos no litígio e na experiência do acompanhamento (como árbitro ou como advogado) de litígios de conteúdo similar.

Assim disciplina o art. 154 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

12. Sanções administrativas

a) Sanções

O art. 155 da Lei nº 14.133/2021 traz o rol de condutas praticadas por licitante ou contratado que podem levar a aplicação de sanções:

Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

- I - dar causa à inexecução parcial do contrato;
- II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;
- III - dar causa à inexecução total do contrato;
- IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame;
- V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;
- VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;
- VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;
- VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;
- IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;
- X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;
- XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;
- XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. [Lei anticorrupção empresarial]

O cometimento de uma das condutas referidas no art. 155 pode levar a aplicação de sanção segundo as disposições do art. 156 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

- I - advertência;
 - II - multa;
 - III - impedimento de licitar e contratar;
 - IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.
- § 1º Na aplicação das sanções serão considerados:
- I - a natureza e a gravidade da infração cometida; II - as peculiaridades do caso concreto;
 - III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;
 - IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública;
 - V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

§ 2º A sanção prevista no inciso I do caput deste artigo será aplicada exclusivamente pela infração administrativa prevista no inciso I do caput do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave.

§ 3º A sanção prevista no inciso II do caput deste artigo, calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por

qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 desta Lei.

§ 4º A sanção prevista no inciso III do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos.

§ 5º A sanção prevista no inciso IV do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do caput do art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.

§ 6º A sanção estabelecida no inciso IV do caput deste artigo será precedida de análise jurídica e observará as seguintes regras:

I - quando aplicada por órgão do Poder Executivo, será de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal e, quando aplicada por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade;

II - quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública no desempenho da função administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades referidas no inciso I deste parágrafo, na forma de regulamento.

§ 7º As sanções previstas nos incisos I, III e IV do caput deste artigo poderão ser aplicadas cumulativamente com a prevista no inciso II do caput deste artigo.

§ 8º Se a multa aplicada e as indenizações cabíveis forem superiores ao valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado, além da perda desse valor, a diferença será descontada da garantia prestada ou será cobrada judicialmente.

§ 9º A aplicação das sanções previstas no caput deste artigo não exclui, em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública.

Esquemáticamente, temos:

Sanção	Conduta (art. 155)
Advertência	Inciso I (quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave)
Multa, no percentual entre 0,5% e 30%, inclusive, do valor do contrato licitado ou celebrado, e calculada conforme edital ou contrato	Quaisquer condutas do art. 155
Impedimento de licitar e contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos	Incisos II, III, IV, V, VI e VII (quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave)
Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, que impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos	Incisos VIII, IX, X, XI e XII, bem como nos casos dos incisos II, III, IV, V, VI e VII quando se justificar a imposição de penalidade mais grave
Na aplicação das sanções serão considerados: a) a natureza e a gravidade da infração cometida; b) as peculiaridades do caso concreto; c) as circunstâncias agravantes ou atenuantes; d) os danos que dela provierem para a Administração Pública; e) a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle (§1º, art. 156)	
As sanções aplicadas não excluem a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública (§9º, art. 156)	

b) Procedimento de apuração e aplicação de sanção

A Lei nº 14.133/2021, diferentemente das Leis nº 8.666/1993 e 10.520/2002, apresenta disposições sobre o procedimento de apuração e aplicação de sanção:

Art. 157. Na aplicação da sanção prevista no inciso II do caput do art. 156 desta Lei, será facultada a defesa do interessado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de sua intimação.

Art. 158. A aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do caput do art. 156 desta Lei requererá a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir.

§ 1º Em órgão ou entidade da Administração Pública cujo quadro funcional não seja formado de servidores estatutários, a comissão a que se refere o caput deste artigo será composta de 2 (dois) ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, preferencialmente com, no mínimo, 3 (três) anos de tempo de serviço no órgão ou entidade.

§ 2º Na hipótese de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão, o licitante ou o contratado poderá apresentar alegações finais no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação.

§ 3º Serão indeferidas pela comissão, mediante decisão fundamentada, provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas.

§ 4º A prescrição ocorrerá em 5 (cinco) anos, contados da ciência da infração pela Administração, e será:

I - interrompida pela instauração do processo de responsabilização a que se refere o caput deste artigo;

II - suspensão pela celebração de acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013;

III - suspensão por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa.

Admite-se a cumulação em um único processo administrativo da ocorrência, da autoria e do sancionamento relativos a infrações previstas na Lei 14.133/2021 (ou em outra lei que disponha sobre os mesmos temas) e daquelas contempladas na Lei 12.846/2013⁸³:

Art. 159. Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei.

Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se for 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, se houver manifestação favorável do tribunal de contas competente, das sanções previstas na sua respectiva lei orgânica.

c) Desconsideração da personalidade jurídica

O disciplinamento da desconsideração da personalidade jurídica feita no art. 160 da Lei nº 14.133/2021 traz segurança jurídica à Administração Pública e a licitantes;

Art. 160. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, e, nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.1.643.

serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.

d) Publicidade da sanção aplicada no CEIS e no CNEP

A Lei Anticorrupção previu a criação do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – Ceis (art. 23) e do Cadastro Nacional de Empresas Punidas – Cnep (art. 22). O diploma estabeleceu as regras específicas sobre o tema. Estabeleceu inclusive que caberia comunicar ao CEIS a imposição das sanções cominadas na Lei 8.666/1993. O art. 161 reitera a determinação, atualizando a referência à Lei 14.133/2021. Estabelece prazo de quinze dias úteis para a comunicação aos referidos cadastros⁸⁴:

Art. 161. Os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos deverão, no prazo máximo 15 (quinze) dias úteis, contado da data de aplicação da sanção, informar e manter atualizados os dados relativos às sanções por eles aplicadas, para fins de publicidade no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), instituídos no âmbito do Poder Executivo federal.

Parágrafo único. Para fins de aplicação das sanções previstas nos incisos I, II, III e IV do caput do art. 156 desta Lei, o Poder Executivo regulamentará a forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos.

e) Multa compensatória

O art. 162 disciplina a multa moratória e a possibilidade de sua conversão em compensatória:

Art. 162. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado a multa de mora, na forma prevista em edital ou em contrato.

Parágrafo único. A aplicação de multa de mora não impedirá que a Administração a converta em compensatória e promova a extinção unilateral do contrato com a aplicação cumulada de outras sanções previstas nesta Lei.

Para Igor Pereira Pinheiro *et al*⁸⁵:

O artigo 162 refere-se à multa moratória, que não se confunde com a multa punitiva prevista no artigo 156. Enquanto a multa punitiva consiste em uma sanção propriamente dita e deve observar os requisitos e procedimentos dos artigos 156 a 161, a multa moratória decorre do próprio contrato, quando há o atraso injustificado na sua execução. Por isso, esta multa não se sujeita aos percentuais do artigo 156, § 3º e não depende de processo administrativo sancionatório, por não constituir pena. Em verdade, a multa moratória incidirá automaticamente quando houver o descumprimento de uma verdadeira mora “*ex re*” (art. 397, caput, do Código Civil – Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor).

Caso não haja mais utilidade no cumprimento da obrigação, a prévia incidência da multa moratória não impede que a Administração rescinda o contrato e converta a multa em compensatória, ante ao inadimplemento absoluto do contratado. Isso porque, a depender do objeto, o cumprimento adestempo pode não mais ser útil ao interesse público que se almejava com a contratação, devendo a multa funcionar como uma verdadeira indenização à Administração Pública, sem prejuízo da aplicação cumulada das sanções previstas no artigo 156.

Já Joel de Menezes Niebuhr afirma:

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.1.662.

⁸⁵ PINHEIRO, Igor Pereira *et al*. Nova lei de licitações anotada e comparada. Leme, SP: Mizuno, 2021. p.434.

O artigo 409 do Código Civil enuncia que a multa (cláusula penal) pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora. Nos dois primeiros casos, está-se diante da multa compensatória. No último, da multa moratória. Em síntese, a multa moratória faz frente aos prejuízos decorrentes do não cumprimento dos prazos de execução, e a multa compensatória faz frente ao descumprimento de outras obrigações contratuais que geram prejuízos para a parte que não lhe deu causa.

O artigo 162 da Lei n. 14.133/2021 preceitua que “o atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado a multa de mora, na forma prevista em edital ou em contrato”.

A seguir o mesmo Autor completa:

A multa moratória e a compensatória não devem ser aplicadas em vista dos mesmos fatos. Insista-se que os seus pressupostos são distintos: se o contratado atrasa a execução do contrato, então a multa é moratória; se o contratado descumpre outras obrigações contratuais, então a multa é compensatória.

O atraso prolongado da execução do contrato pode levar a sua rescisão. (...)

Em tese, nos casos em que a mora leva à rescisão do contrato, seria legítimo aplicar multa de mora sobre os dias de atraso na execução do contrato, que visam cobrir os prejuízos referentes aos sobreditos dias em atraso, e aplicar a multa compensatória pela extinção do contrato, dado que a extinção contratual gera prejuízos específicos, que extravasam os meros dias de atraso na execução – como os custos de nova contratação, perda de materiais, postergação da entrega definitiva do objeto e outros. No entanto, o supracitado parágrafo único do artigo 162 da Lei n. 14.133/2021 proíbe essa solução, que implica cumulação da multa moratória e da compensatória. Nos termos do dispositivo, se for o caso de extinção contratual em razão da mora do contratado, a multa de mora deve se converter em compensatória/rescisória. Essa conversão deve ser prevista em contrato, podendo, naturalmente, ser majorada, uma vez que, insista-se, os prejuízos decorrentes da rescisão são mais amplos que os da mera mora.

Aliás, é bom reforçar que a multa moratória e a compensatória devem ser previstas e disciplinadas no instrumento convocatório ou no contrato, que deve dispor sobre os fatos que ensejam a aplicação de uma e de outra, bem como sobre os respectivos valores. Se o edital ou o contrato não trata das multas, elas não podem ser aplicadas.

f) Reabilitação de licitante ou contratado

O art. 163 disciplina a reabilitação de licitante ou contratado que sofre alguma sanção:

Sanções

Art. 163. É admitida a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigidos, cumulativamente:

I - reparação integral do dano causado à Administração Pública; II - pagamento da multa;

III - transcurso do prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade;

IV - cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo;

V - análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos neste artigo.

Parágrafo único. A sanção pelas infrações previstas nos incisos VIII e XII do caput do art. 155 desta Lei exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.

Referências (e bibliografia indica)

- BITTENCOURT, Sidney. Nova Lei de Licitações passo a passo: comentando, artigo por artigo, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.
- CARVALHO, Matheus; BELÉM, Bruno; CHARLES, Ronny. Temas Controvertidos da Nova Lei de Licitações e Contratos. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133/21. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.
- DOTTI, Marinês Restelatto. A indevida restrição à concessão do tratamento privilegiado às entidades de menor porte. ONLL – Observatório da Nova Lei de Licitações, 14 jan. 2020. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/14/a-indevida-restricao-a-concessao-do-tratamento-privilegiado-as-entidades-de-menor-porte/>. Acesso em 14 fev. 2021.
- GUIMARÃES, Edgar. Instrumentos Auxiliares das Licitações e Contratações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133/21. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021
- FERNANDES, Felipe; PENNA, Rodolfo. Nova Lei de Licitações e Contratos para a Advocacia Pública. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.
- FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022. (e-book)
- HEINEN, Juliano. Comentários à Lei de Licitações Contratos Administrativos. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.
- JACOBY FERNANDES, Ana Luiza; JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses; JACOBY FERNANDES, Murilo. Contratação Direta sem Licitação na Nova Lei de Licitações: Lei nº 14.133/2021. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- LIMA, Jonas. Senado aprova nova Lei de Licitações. Consultor Jurídico, 10 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-10/senado-aprova-lei-licitacoes-texto-segue-sancao>. Acesso em 16 dez. 2020.
- MADUREIRA, Cláudio. Licitações, Contratos e Controle Administrativo: descrição Sistemática da Lei nº 14.133/2021 na Perspectiva do Modelo Brasileiro de Processo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.
- MARINELA, Fernanda; CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Editora Juspodivm.
- NIEBUHR, Joel de Menezes et al. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022. (e-book).
- NÓBREGA, Theresa Christine de Albuquerque (coord.). Comentários à Lei nº 14.133/2021: Desafios, Oportunidades e Transformações das Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: MP Editora, 2021.
- NOHARA, Irene Patrícia Diom. Nova Lei de licitações e contratos [livro eletrônico]: comparada. 1. ed. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2021. (e-book).
- PINHEIRO, Igor Pereira et al. Nova lei de licitações anotada e comparada. Leme, SP: Editora Mizuno, 2021.
- SANTANA, José Vieira de. Modalidades de licitação, critérios de julgamento e modo de disputa aplicáveis para a contratação de obra e serviços de engenharia segundo a Lei nº 14.133/2021. In: ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa; SARAIVA, Leonardo. Obras públicas e serviços de engenharia na nova lei de licitações e contratos (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- SANTOS, Franklin Brasil. Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes. 3. ed. ver. ampl.e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- SARAI, Leandro (org.). Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/2021 Comentada por Advogados Públicos. 2.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.
- TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 12.ed.rev. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.