

LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

teoria e jurisprudência

Victor Aguiar Jardim de Amorim

Prefácio

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

Apresentação

Senador Antonio Anastasia

4ª edição

Atualizada de acordo com a Lei nº 14.133/2021

SENADO FEDERAL



SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2021 – 2022

Senador Rodrigo Pacheco

PRESIDENTE

Senador Veneziano Vital do Rêgo

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Romário

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Irajá

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Elmano Férrer

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Rogério Carvalho

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Weverton

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTES DE SECRETÁRIO

Senador Jorginho Mello

Senador Luiz do Carmo

Senadora Eliziane Gama

Senador Zequinha Marinho

Secretaria de Editoração e Publicações
Coordenação de Edições Técnicas

LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

teoria e jurisprudência

Victor Aguiar Jardim de Amorim

4. ed.
Brasília – 2021

Edição do Senado Federal
Diretora-Geral: Ilana Trombka
Secretário-Geral da Mesa: Gustavo A. Sabóia Vieira

Impressa na Secretaria de Editoração e Publicações
Diretor: Rafael André Chervenski da Silva

Produzida na Coordenação de Edições Técnicas
Coordenador: Aloysio de Brito Vieira

Revisão e editoração:
Serviço de Publicações Técnico-Legislativas

Edição atualizada até 22/11/2021.

O conteúdo desta obra é de responsabilidade do autor e não reflete necessariamente a opinião e os entendimentos da Administração do Senado Federal.

A524l Amorim, Victor Aguiar Jardim de, 1986-

Licitações e contratos administrativos : teoria e jurisprudência / Victor Aguiar Jardim de Amorim. – 4. ed. – Brasília, DF : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2021.

290 p.

Conteúdo: Teoria geral da contratação pública – Fase preparatória: o planejamento de contratação pública – Os agentes responsáveis pelo procedimento de contratação – As modalidades de licitação e a estrutura do procedimento – Fase de seleção do fornecedor: o rito procedimental da licitação – Procedimentos especiais – Contratação direta: afastamento do dever de licitar – Contratos administrativos – Infrações e sanções nas contratações públicas.

ISBN: 978-65-5676-152-7 (Impresso)

ISBN: 978-65-5676-153-4 (PDF)

ISBN: 978-65-5676-154-1 (ePub)

1. Licitação, legislação, Brasil. 2. Contrato administrativo, Brasil. 3. Contratação de obras e serviços, Brasil. 4. Permissão de serviços públicos, Brasil.

CDDir 341.3527

Coordenação de Edições Técnicas
Senado Federal, Bloco 08, Mezanino, Setor 011
CEP: 70165-900 – Brasília, DF
Telefone: (61) 3303-3579
E-mail: livraria@senado.leg.br

Sumário

Prefácio · 13

Apresentação · 15

Apresentação do autor · 17

Nota do autor à 4ª edição · 18

Principais siglas utilizadas nesta obra · 20

Capítulo 1

Teoria geral da contratação pública · 23

1 Conceito de licitação · 23

1.1 Licitação sob a perspectiva econômica · 24

2 Panorama constitucional das contratações públicas · 26

2.1 Os regimes de contratação pública no Brasil · 26

2.2 Competência normativa sobre licitações e contratos administrativos · 27

2.3 Compreensão doutrinária e jurisprudencial acerca das normas gerais · 28

2.4 As normas gerais editadas pela União sobre licitações e contratos · 30

2.5 A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) · 32/ 2.5.1 Tentativa de indicação não exaustiva de normas gerais e normas específicas na Lei nº 14.133/2021 · 33/ 2.5.2 O regime transitório da Lei nº 14.133/2021 e a revogação prospectiva da Lei nº 8.666/1993 · 35/ 2.5.2.1 Cláusulas especiais de transitoriedade para Municípios de até 20.000 habitantes · 36

2.6 Regulamentos e hierarquia normativa · 37

3 Obrigatoriedade de licitar · 39

3.1 Regime especial de licitação para as empresas estatais (Lei nº 13.303/2016) · 40

3.2 Regime contratual das entidades paraestatais e do terceiro setor · 42/ 3.2.1 Entidades paraestatais · 42/ 3.2.2 Terceiro setor · 43

4 Princípios · 45

4.1 Princípios gerais da Administração Pública e seus corolários · 45/ 4.1.1 Legalidade · 45/ 4.1.2 Impessoalidade e igualdade · 47/ 4.1.3 Moralidade e probidade administrativa · 47/ 4.1.4 Publicidade e transparência · 47/ 4.1.5 Eficiência (economicidade, vantajosidade e formalismo moderado) · 49

4.2 Princípios setoriais das contratações públicas · 51/ 4.2.1 Competitividade · 52/ 4.2.2 Vinculação ao edital (ato ou instrumento convocatório) · 52/ 4.2.3 Julgamento objetivo · 53/ 4.2.4 Desenvolvimento nacional sustentável · 53/ 4.2.5 Os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade · 54/ 4.2.6 O postulado da segurança jurídica · 55

Capítulo 2

Fase preparatória: o planejamento da contratação pública · 63

- 1 **As macrofases do processo de contratação pública · 63**
- 2 **Planejamento da contratação: visão sistêmica e governança · 65**
- 3 **Os instrumentos e artefatos de planejamento · 68**
 - 3.1 Plano anual de contratações · 68
 - 3.2 Documento de formalização da demanda · 69
 - 3.3 Estudos preliminares · 70
 - 3.4 Documento essencial de planejamento: termo de referência e projeto básico · 71
 - 3.5 Anteprojeto · 73
 - 3.6 Projeto executivo · 73
 - 3.7 Estimativa de custos: pesquisa de preços · 74/ 3.7.1 Estimativa de custos para obras e serviços de engenharia · 76
- 4 **Formalidades para obras e serviços de engenharia · 78**
 - 4.1 Regimes de execução para obras e serviços de engenharia · 79/ 4.1.1 Distinção entre empreitada por preço global e empreitada por preço unitário · 80/ 4.1.2 Distinção entre empreitada por preço global e empreitada integral · 81/ 4.1.3 O regime de contratação integrada · 82/ 4.1.4 O regime de contratação semi-integrada · 82/ 4.1.5 Previsões específicas para os regimes de contratação integrada e semi-integrada · 83
- 5 **Formalidades para as compras · 83**
 - 5.1 A questão do parcelamento das compras · 85
 - 5.2 A questão da indicação de marcas · 87
- 6 **Minuta do edital de licitação · 88**
- 7 **A análise de legalidade da fase preparatória · 88**
 - 7.1 Adoção de minutas-padrão de editais e a possibilidade de dispensa da análise jurídica · 89
- 8 **A autorização da deflagração do processo licitatório e da divulgação do edital · 90**

Capítulo 3

Os agentes responsáveis pelo procedimento de contratação · 95

- 1 **Requisitos gerais de designação dos agentes públicos que desempenharão as funções essenciais à aplicação da Lei nº 14.133/2021 · 97**
- 2 **O agente de contratação · 98**
 - 2.1 Competências e atribuições do agente de contratação · 99
 - 2.2 Equipe de apoio ao agente de contratação · 101
 - 2.3 O pregoeiro · 101
 - 2.4 A comissão de contratação · 102
 - 2.5 A comissão especial na modalidade concurso · 102
 - 2.6 Os agentes públicos integrantes dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno · 103
- 3 **Apoio conferido pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno · 105**
 - 3.1 Suporte conferido por terceiros · 106
- 4 **Responsabilidade e responsabilização dos agentes de contratação · 106**
 - 4.1 A qualificação do erro grosseiro · 107/ 4.1.1 A responsabilização por opiniões técnicas · 110

Capítulo 4

As modalidades de licitação e a estrutura do procedimento · 115

1 Critérios para a definição das modalidades · 116

1.1 Definições e enquadramento de obra, serviços e bens *comuns* e *especiais* · 117 | 1.1.1 Concorrência para serviços comuns de engenharia · 120 | 1.1.2 A problemática da obra comum · 122

1.2 Proposição de um roteiro para definição da modalidade licitatória · 123

2 Critérios de julgamento das propostas · 123

2.1 Regra especial para o critério de julgamento a ser adotado para a contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual · 125

3 Modos de disputa · 126

Capítulo 5

Fase de seleção do fornecedor: o rito procedimental da licitação · 131

1 Procedimento do leilão · 131

2 Procedimento do concurso · 133

3 Procedimento do diálogo competitivo · 134

4 Procedimento da concorrência e do pregão · 136

4.1 A possibilidade de *inversão de fases* · 137

4.2 A possibilidade de exigência de garantia para participar do certame · 138

4.3 Etapas da fase externa nas modalidades concorrência e pregão · 138 | 4.3.1 Etapa de divulgação do edital · 138 | 4.3.1.1 Publicidade do edital · 140 | 4.3.1.1.1 Disponibilidade do edital e seus anexos no PNCP · 141 | 4.3.1.1.2 A publicação do extrato do edital em diário oficial e em *jornal diário de grande circulação* · 142 | 4.3.1.1.3 A publicidade adicional dos editais · 144 | 4.3.1.1.4 Regras transitórias excepcionais · 144 | 4.3.1.2 Prazo mínimo de divulgação do edital · 145 | 4.3.1.3 Alteração do edital: necessidade de reabertura do prazo de divulgação · 146 | 4.3.1.4 Impugnação · 147 | 4.3.1.4.1 Legitimidade e formalidade para impugnar · 148 | 4.3.1.4.2 Contagem do prazo para a impugnação · 148 | 4.3.1.4.3 Competência para o julgamento da impugnação · 148 | 4.3.1.4.4 Prazo para a resposta à impugnação: efeito suspensivo da impugnação? · 149 | 4.3.1.4.5 Impugnação intempestiva: preclusão da alegação de nulidade do edital? · 149 | 4.3.1.5 Pedido de esclarecimento · 150 | 4.3.2 Etapa de apresentação das propostas · 150 | 4.3.3 Etapa de lances · 151 | 4.3.4 Etapa de julgamento da proposta · 151 | 4.3.4.1 Critérios de desempate e preferências legais · 153 | 4.3.4.1.1 Critérios de desempate diante de empate real · 153 | 4.3.4.1.2 Observância de preferência diante da manutenção do empate · 154 | 4.3.4.2 Benefícios concedidos às MEs e às EPPs · 155 | 4.3.4.2.1 Limites de aplicação dos benefícios para as MEs e EPPs de acordo com o art. 4º da NLL · 156 | 4.3.4.2.2 Repercussões da LC nº 123/2006 na fase de julgamento das propostas · 157 | 4.3.4.2.3 Repercussões da LC nº 123/2006 na fase de habilitação · 158 | 4.3.4.3 Outros benefícios previstos para ME e EPP no art. 48 da LC nº 123/2006 · 158 | 4.3.4.3.1 Licitação exclusiva · 159 | 4.3.4.3.2 Cota reservada · 160 | 4.3.4.3.3 Afastamento da obrigatoriedade de concessão dos benefícios previstos no art. 49 da LC nº 123/2006 · 161 | 4.3.4.4 Elementos específicos da fase de julgamento das propostas · 162 | 4.3.5 Etapa de habilitação · 164 | 4.3.5.1 Habilitação jurídica · 164 | 4.3.5.2 Habilitação técnica · 165 | 4.3.5.3 Habilitação econômico-financeira · 168 | 4.3.5.4 Regularidade fiscal, social e trabalhista · 170 | 4.3.5.5 Exigências

de documentos habilitatórios: limites legais e razoabilidade · 172 | 4.3.5.6 Momento de apresentação da documentação de habilitação · 173 | 4.3.5.7 Formalidades dos documentos de habilitação · 174 | 4.3.5.8 Realização de diligências para complementação e esclarecimentos acerca do conteúdo da documentação de habilitação · 175 | 4.3.5.9 Realização de diligências para o saneamento de falhas das propostas e da documentação de habilitação · 177 | 4.3.5.10 Participação de consórcios e habilitação · 179 | 4.3.6 Etapa recursal · 181 | 4.3.6.1 Juízo de admissibilidade em relação à manifestação da intenção de recurso? · 182 | 4.3.6.2 Não apresentação das razões recursais no prazo legal · 183 | 4.3.6.3 Efeito suspensivo · 184 | 4.3.6.4 Formalidades e procedimento do julgamento · 184 | 4.3.6.5 Efeitos da reconsideração pela autoridade recorrida · 184 | 4.3.7 Encerramento da licitação · 185 | 4.3.7.1 Determinação de saneamento dos vícios · 185 | 4.3.8 Homologação da licitação · 186 | 4.3.9 Revogação e anulação da licitação · 186

Capítulo 6

Procedimentos especiais · 193

1 Registro cadastral · 193

- 1.1 O chamamento público anual · 194
- 1.2 O requerimento de cadastro · 194
- 1.3 Registros de reputação do fornecedor · 195
- 1.4 Possibilidade de realização de licitação restrita a fornecedores cadastrados · 196

2 Audiência e consulta pública · 196

- 2.1 Formalidades · 197

3 Procedimento de manifestação de interesse · 197

- 3.1 PMI restrito a *startups* · 199

4 Pré-qualificação · 199

- 4.1 O procedimento de pré-qualificação · 200

5 Credenciamento · 200

6 Sistema de Registro de Preços · 201

- 6.1 Objeto do registro de preços · 202
- 6.2 Procedimento de realização · 203 | 6.2.1 SRP mediante licitação · 203 | 6.2.2 SRP com base em processos de dispensa e inexigibilidade de licitação · 204 | 6.2.3 Intenção de registro de preços · 204 | 6.2.3.1 O órgão participante · 205 | 6.2.4 Realização de registro de preços com agrupamento de itens · 205
- 6.3 Cadastro de reserva · 207
- 6.4 Prazo de duração da ARP · 207
- 6.5 A formalização da ARP · 208
- 6.6 A formalização da contratação dos fornecedores registrados e o acionamento da ARP · 208
- 6.7 Possibilidade de alteração das condições registradas na ARP · 208
- 6.8 Adesão *tardia*: a figura do *carona* · 209 | 6.8.1 Vedação de adesão verticalizada · 210

Capítulo 7

Contratação direta: afastamento do dever de licitar · 213

1 Fundamentos para o afastamento do dever de licitar · 213

2 Inexigibilidade de licitação · 214

- 2.1 Fornecedor exclusivo · 214
- 2.2 Contratação de serviços artísticos · 215
- 2.3 Contratação de serviços técnicos especializados · 216
- 2.4 Contratação por meio de credenciamento · 218
- 2.5 Aquisição ou locação de imóvel singular · 219
- 3 Licitação dispensável · 220**
 - 3.1 Dispensa em razão do valor do objeto da contratação · 220
 - 3.2 Dispensa em razão de licitação deserta ou fracassada · 221
 - 3.3 Dispensa em razão do tipo, origem ou destinação de objeto · 222
 - 3.4 Hipóteses circunstanciais de dispensa de licitação · 224
 - 3.5 Hipóteses de dispensa de licitação conforme a natureza jurídica e as características do contratado · 224
- 4 Licitação dispensada · 225**
 - 4.1 Alienação de bens imóveis · 225
 - 4.2 Alienação de bens móveis · 226
 - 4.3 Concessão de título de propriedade ou de direito real de uso de imóvel · 227
- 5 Formalidades para a realização de contratação direta · 228**

Capítulo 8

Contratos administrativos · 233

- 1 Noções gerais · 233**
 - 1.1 Regime jurídico · 234
 - 1.2 Aplicação da cláusula *exceptio non adimpleti contractus* · 235
- 2 Elementos básicos do contrato administrativo (cláusulas necessárias) · 237**
- 3 Convocação do particular para a assinatura do contrato · 238**
- 4 Formalismo dos contratos administrativos · 240**
 - 4.1 Exceção ao contrato escrito · 241
 - 4.2 Publicidade dos contratos · 242 | 4.2.1 Regras específicas de publicidade dos contratos · 242
- 5 Garantias contratuais · 243**
 - 5.1 Garantia especial para obras e serviços de engenharia (*performance bond*) · 244
- 6 Vigência dos contratos administrativos · 245**
 - 6.1 O início do prazo de vigência · 246
 - 6.2 Extensão e prorrogação da vigência dos contratos administrativos · 246
- 7 Alterações do contrato administrativo · 247**
 - 7.1 Alterações qualitativas · 248 | 7.1.1 Cálculo dos limites percentuais nas alterações quantitativas · 248 | 7.1.2 Limites percentuais em contratos com pluralidade de itens · 250 | 7.1.3 Alteração quantitativa em contratação para prestação de serviços continuados · 250 | 7.1.4 Limite percentual em caso de supressão · 251 | 7.1.5 Indenização ao contratado em caso de supressão · 251
 - 7.2 Alterações qualitativas · 251 | 7.2.1 Há limite para as alterações qualitativas unilaterais? · 251 | 7.2.2 (Im)possibilidade de alteração do objeto contratado · 252 | 7.2.3 Alteração qualitativa com inserção de novos bens e serviços · 253

- 7.3 Elementos da alteração para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato · 254
- 7.4 Aumento ou redução superveniente de tributos e encargos legais · 255
- 7.5 Outros institutos de alteração contratual · 256 / 7.5.1 Atualização monetária · 256 / 7.5.2 Reajuste em sentido estrito · 256 / 7.5.3 Repactuação · 257 / 7.5.3.1 Contagem do interregno mínimo de 12 meses em caso de repactuação · 257 / 7.5.3.2 O direito à repactuação está sujeito a preclusão? · 258
- 7.6 Formalização das alterações contratuais · 259
- 8 Fiscalização e gestão do contrato administrativo · 260**
 - 8.1 Segregação de funções · 261
 - 8.2 Fiscalização e responsabilidade pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais · 261
- 9 Subcontratação · 262**
 - 9.1 A impossibilidade de subcontratação total · 263
- 10 Recebimento do objeto contratual · 263**
 - 10.1 Dever de pagamento pela Administração · 264 / 10.1.1 Observância da ordem cronológica de pagamento · 264 / 10.1.2 A vedação do pagamento antecipado · 265
 - 10.2 Dever de rejeição pela administração · 265
 - 10.3 Rejeição parcial e pagamento: a glosa · 265
 - 10.4 Responsabilidade do contratado · 266
- 11 Extinção dos contratos administrativos · 266**
 - 11.1 Requisitos para a extinção unilateral e consensual · 267
 - 11.2 Requisitos para a anulação do contrato administrativo · 268
- 12 Meios alternativos de resolução de controvérsias · 269**

Capítulo 9

Infrações e sanções nas contratações públicas · 275

- 1 Tipos infracionais · 275**
- 2 Sanções cabíveis · 276**
 - 2.1 Procedimentos para a aplicação das sanções · 278
 - 2.2 Prazo de defesa · 279
 - 2.3 Formalidades específicas para a apuração das infrações passíveis da sanção de *impedimento* e de *declaração de inidoneidade* · 279
 - 2.4 Possibilidade de recurso contra a aplicação da penalidade · 280
 - 2.5 Aplicação definitiva da sanção e atualização dos cadastros unificados · 280
- 3 Obrigatoriedade de instauração de processo administrativo sancionatório · 281**
- 4 Prescrição · 282**
- 5 Reabilitação · 283**
- 6 Extensão dos efeitos da sanção: a desconsideração da personalidade jurídica · 283**
 - 6.1 A desconsideração da personalidade jurídica baseada em indícios e presunções · 284
- 7 Consensualidade e atividade sancionatória da Administração · 286**



Prefácio

A nova lei de licitações e contratos – Lei nº 14.133, de 1º/4/2021 – apresenta profundas alterações no processo de seleção de empresas e pessoas físicas e na execução da despesa contratual. É consabido que o regime republicano implica especial atenção na execução da despesa pública. Um tema que ainda desafia juristas e legisladores é o exato equilíbrio entre o dever de tratar a todos de forma isonômica, assegurar a proposta mais vantajosa para o Poder Público e garantir a exequibilidade do futuro contrato.

Trata-se de tema que não tem modelo pronto para ser importado pelo Brasil, pois a cultura no serviço público e na sociedade exige o ajustamento de institutos próprios. Em evento realizado em Washington pelo Banco Mundial, o Brasil foi escolhido como 4º país em transparência, mas o primeiro a demonstrar que esse atributo é ineficaz no combate à corrupção.

A experiência nacional revela a necessidade de atualizar permanentemente os operadores do Direito especializadíssimos em licitações e contratos. A doutrina e os precedentes de julgamentos apresentam notável linha evolutiva e pouco a pouco consolidam a passagem segura para os gestores públicos e fornecedores.

A obra *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência* ingressou no mercado em 2017, com distintivo traço singular que à época destaquei: “Sintetiza, com propriedade, o conhecimento de temas do cotidiano dos profissionais envolvidos no assunto, com enfoque específico na apresentação da interpretação dominante. Poupa o leitor de pesquisas extensas e dos erros mais comuns do acesso à internet, mostrando-se como ferramenta extremamente útil na lide do dia a dia.”

Contudo, nesta nova edição, o autor superou a si mesmo. Começando pela completa reorganização da obra, com novos capítulos e alterações dos capítulos da obra anterior. Continua com seu modo peculiar de escrever e apresentar as impressões acolhidas na função de magistério, âmbito em que é igualmente prestigiado. Nesta obra enfrenta temas novos, como a competência regulatória das unidades federadas, atualiza e traz uma reflexão das decisões judiciais. O conhecimento e a experiência que acumulou na vivência prática do tema e a sabedoria para lidar com desafios somam-se à fidalguia com que trata os alunos e os colegas professores, os quais inevitavelmente se transformam em amigos admiradores.

Mestre em Direito Constitucional, Victor Aguiar Jardim de Amorim é também mestre em Direito Público e professor reconhecido em cursos de pós-graduação

de grande prestígio em Brasília. Victor Amorim agrega como diferencial a visão prática advinda da atuação como pregoeiro e presidente da comissão permanente de licitação do Tribunal de Justiça de Goiás e, posteriormente, do Senado Federal.

Esse traço distintivo, próprio daqueles que têm sólida formação jurídica, revela nas páginas a seguir uma compreensão aguçada dos novos desafios que a Lei nº 14.133/2021 representa agora para o gestor público e as empresas. O autor alinha-se com os operadores do Direito que repudiam a ideia de que na prática a teoria é diferente. A boa teoria, vivenciada por quem enfrenta os desafios, na prática é ainda melhor.

Por isso, a ciência jurídica – a ciência do dever-ser – é fortalecida com obras produzidas por doutrinadores e pesquisadores como o mestre Victor Amorim. Dessa forma, seus leitores voltam a acreditar no Direito como ciência. Suas explicações didáticas, própria dos devotados ao magistério, facilitam a compreensão de temas complexos.

A leitura da obra não deve ser apenas para consulta. Conhecer esse livro é compreender de uma forma diferenciada a própria lei. A síntese e a coesão servirão aos que preferem o texto objetivo, com respostas prontas às perguntas e questões já antevistas pelo autor.

Todos esses ganhos presentes nesta quarta edição agora são maximizados na aplicação da nova lei de licitações e contratos pelo jovem mestre Victor Amorim e, por isso, continuo somando aplausos ao seu trabalho e desejo bom proveito aos seus alunos e leitores.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹

¹ Jorge Ulisses Jacoby Fernandes é advogado, consultor, conferencista e palestrante, professor de Direito Administrativo e mestre em Direito Público pela Universidade de Pernambuco. Foi conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal (2001-2006), membro do Conselho Interministerial de Desburocratização, procurador-geral do Ministério Público no Tribunal de Contas do Distrito Federal (1997-2001), procurador do Ministério Público no Tribunal de Contas do Distrito Federal (1990-1997) e juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (1989-1990).

Apresentação

O livro *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*, do professor Victor Aguiar Jardim de Amorim, especialista em Direito Público, tem-se consolidado como importante referência para os que querem conhecer e aprofundar-se no tema das contratações públicas, matéria de fundamental importância para a Administração Pública e para a boa prestação dos serviços públicos no Brasil. Editada desde 2017 pela Coordenação de Edições Técnicas – a editora do Senado Federal –, a obra ganha agora uma revisão completa em virtude da nova Lei, cuja tramitação, enquanto ainda era apenas projeto, contou com o acompanhamento e o entusiasmo do autor.

Nessa obra, ele trata de todos os aspectos previstos para o processo licitatório, desde o planejamento da licitação até a execução do contrato, apresentando as principais ideias e finalidades da norma legal de forma objetiva, clara e didática, elencando ainda parte da jurisprudência dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União acerca da matéria. A obra é, assim, um suporte importante para os que querem compreender melhor a nova Lei e seus desdobramentos ao longo dos próximos anos. Por esse esforço louvável registro os meus cumprimentos ao professor Victor Amorim.

Mais do que o fim de esforços legislativos visando à modernização da Lei nº 8.666, de 21/6/1993, a promulgação da Lei nº 14.133 em 1º/4/2021 marca o início de uma base jurídica mais adaptável aos desafios atuais e futuros para as contratações públicas.

Ao longo de sua vigência, a Lei nº 8.666/1993 sofreu diversas críticas, notadamente quanto ao engessamento do processo licitatório, o aumento dos custos de transação, o excesso de obras inacabadas e a dificuldade de promover transparência e eficiência para as contratações da Administração. Por essa razão, durante os últimos 27 anos observou-se o advento de uma série de leis que ou alteravam o próprio texto da lei ou buscavam afastar-se do regime previsto na Lei nº 8.666/1993 – caso da Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), da Lei nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações) e da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais). Esses diplomas representaram importantes avanços em matéria de contratações públicas, muitos dos quais foram aproveitados na redação da nova Lei, como a inversão das fases de habilitação e julgamento, a maior dinamicidade na apresentação das propostas, a padronização na aquisição de bens e o procedimento de manifestação de interesse, entre outras inovações.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos é resultado de oito anos de processo legislativo por meio do qual construímos um texto que incorporou o que de

melhor surgiu em matéria de contratações públicas. Avaliamos e inserimos disposições com as mais diversas origens no sistema jurídico brasileiro: leis que alteraram a Lei nº 8.666/1993; leis esparsas sobre contratações; decisões judiciais reiteradas; decretos e outros atos regulamentares do Poder Executivo; súmulas e decisões dos Tribunais de Contas. Ademais, a nova Lei apresenta importantes inovações, como a consolidação normativa do diálogo competitivo, inspirado no modelo consagrado pela União Europeia.

O novo diploma propõe-se solucionar as críticas de seu antecessor. Com as disposições acerca do Portal Nacional de Contratações Públicas e a centralização da divulgação de editais, buscamos conferir maior transparência nos procedimentos licitatórios. No mesmo sentido, um capítulo inteiro da lei dedica-se às formas de garantia das contratações, com o objetivo de dar maior eficiência ao gasto público e aumentar o grau de certeza de que o objeto da licitação será concretizado. A diminuição dos custos de transação foi um dos principais pontos de atenção durante a tramitação do então projeto de lei. Assim, conseguimos avançar na definição de regras que conferem maior segurança jurídica aos contratantes, com a possibilidade de pagamento em conta vinculada, e ao próprio Poder Público, com o detalhamento do que é possível e do que é proibido nos processos licitatórios.

Em suma, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos bebeu em diversas fontes. Certamente não é uma norma perfeita, assim como nenhuma outra o é. Porém, felizmente é um avanço, fruto de debates e de um esforço de quase uma década do Congresso Nacional, baseado nas principais necessidades da Administração em todas as esferas.

Tais inovações são apenas exemplos de medidas constantes de uma reforma dos procedimentos e contratos públicos. Por essa razão, torna-se imperativa a sistematização das novas regras de maneira didática e objetiva, para que gestores públicos, operadores do Direito, empresários e população de um modo geral, sejam capazes de compreender e aplicar as novas normas. Este objetivo é cumprido de maneira efetiva na presente obra do professor Victor Amorim, na medida em que decodifica as informações de maneira simples e acessível ao seu público.

Boa leitura!

Senador Antonio Anastasia²

² Antonio Anastasia é senador da República por Minas Gerais, estado que governou entre 2010 e 2014; ex-ministro do Trabalho (1998); professor licenciado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; e mestre em Direito Administrativo pela mesma universidade.

Apresentação do autor

Ainda que abordados nos manuais de Direito Administrativo, os temas contemplados no assunto *licitações e contratos administrativos* merecem um olhar próprio e sistematicamente organizado em razão de sua especificidade e importante aplicação prática no dia a dia da Administração Pública.

Nesse sentido, é objetivo deste livro apresentar a teoria geral de licitações e contratos administrativos com base na análise dogmática e jurisprudencial da Constituição da República Federativa do Brasil, da Lei nº 14.133/2021 e da legislação correlata.

É importante salientar que não são objeto de análise nesta obra os procedimentos previstos nas Leis nºs 8.987/1995 (licitação para concessão e permissão de serviços públicos), 11.079/2004 (licitações de parceria público-privada) e 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação), dada a sua especificidade e especialidade.

O livro – que tem como público-alvo os servidores públicos que direta ou indiretamente atuam na área de contratações e compras governamentais e os alunos de graduação (não apenas do Direito, mas também de cursos que contemplam o assunto, como Administração, Contabilidade, entre outros) – trata objetivamente os temas, cotejando a exposição dogmática com os entendimentos jurisprudenciais mais significativos.

Com esse intento, a obra apresenta abordagem inédita em relação a outros respeitáveis trabalhos acerca de licitações e contratos administrativos, porquanto a organização, a ordem e a fluência dos tópicos tendem a seguir uma linha progressiva e lógica de aprendizado, sem obedecer necessariamente à sequência de assuntos traçada pela Lei nº 14.133/2021. Assim, busca-se uma melhor metodologia de exposição da matéria, contemplando os que estão iniciando o estudo sobre licitações e contratos.

Como já se afirmou, a exposição do entendimento jurisprudencial é primordial para o estudo do assunto, dadas as implicações práticas das licitações e dos contratos no cotidiano da atuação administrativa. Daí decorre a relevância que se deve conferir às premissas externadas nos julgados do Tribunal de Contas da União, o qual, no exercício de sua atribuição constitucional de controle externo dos órgãos e das entidades da Administração Pública federal, enfrenta as consequências práticas e os problemas interpretativos das normas sobre contratação pública.

Victor Aguiar Jardim de Amorim

Nota do autor à 4ª edição

Desde sua 1ª edição em 2017, o livro *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência* teve um sucesso maior que o esperado. Com tiragem de 1.500 exemplares, esgotada com apenas dez meses de comercialização, o trabalho ainda foi agraciado com o Prêmio 19 de Março, concedido pelo Instituto Negócios Públicos, como a melhor obra sobre licitações publicada no ano de 2017. Com 58,2% de preferência entre os votantes de todo o Brasil, o autor recebeu o prêmio em março de 2018, durante a cerimônia de abertura do 13º Congresso Brasileiro de Pregoeiros, em Foz do Iguaçu (PR).

Diante do alcance dos objetivos traçados com o lançamento da 1ª edição no sentido de difusão objetiva dos conceitos e questões práticas envolvendo a temática de licitações e contratos administrativos, vislumbrou-se a necessidade de uma nova edição da obra. Nesse ensejo, em 2018 a 2ª edição buscou contemplar as inovações normativas importantes supervenientes à data de conclusão dos originais da 1ª edição (agosto de 2017), como a Lei nº 13.500/2017 e os Decretos nºs 9.178/2017, 9.412/2018 e 9.450/2018.

Depois de um interregno de quase dois anos necessário para maior reflexão, aprofundamento e revisão dos conceitos fixados nas edições anteriores, em 2020 foi lançada a 3ª edição: uma obra substancialmente nova, não apenas em razão da necessária atualização em face das mudanças legislativas – em especial o Decreto nº 10.024/2019 (novo regulamento federal do pregão eletrônico) –, mas também por terem sido praticamente reescritos os Capítulos 1, 2 e 4, de modo a oferecer ao leitor maior densidade a respeito do regime jurídico das licitações e ao planejamento das contratações.

Em 1º/4/2021, depois de mais de sete anos de tramitação do Projeto de Lei do Senado Federal nº 559/2013, foi sancionada enfim a tão esperada nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que recebeu o número 14.133, com intenso acompanhamento do processo legislativo pelo autor³. Por se tratar de um novo marco regula-

³ Desde a origem do projeto de alteração geral da Lei nº 8.666/1993 no Senado Federal, o autor acompanhou intensamente o trâmite do processo legislativo. Ainda em 2013, conforme Ofício nº 074/2013-GSWMOR, de 17/6/2013, foi designado como Assessor Técnico da Comissão Especial de Modernização da Lei de Licitações, constituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 19/2013, responsável pela redação original do PLS nº 559/2013. Na Comissão Especial da Câmara dos Deputados para a apreciação do PL nº 1.292/1995, a partir do Requerimento nº 40/2018, foi convidado, na qualidade de especialista, para manifestar-se em audiência realizada no dia 25/4/2018, tendo, na oportunidade, apresentado diversas sugestões ao então relator, o deputado João Arruda. Na apreciação do substitutivo no Plenário da Câmara dos Deputados durante o mês de junho de 2019, sua contribuição foi salutar para a formulação de diversas Emendas de Plenário que vieram a ser aprovadas e

tório das contratações públicas no Brasil, tornou-se imperioso o desenvolvimento da 4ª edição, configurando uma completa reformulação do livro, tendo em vista que as edições anteriores se baseavam substancialmente na análise dogmática das disposições das Leis nºs 8.666/1993 e 10.520/2002.

Buscou-se nesta 4ª edição imprimir uma óptica multifacetária relativamente às contratações públicas, não se restringindo ao simples olhar jurídico, em vista da relevância conferida aos elementos de gestão e logística pública, governança e controle de riscos. Ademais, por se encontrar a licitação na interface da relação entre a Administração Pública e o mercado, não nos furtamos de trazer ao livro constructos essenciais da análise econômica do Direito, com aportes da teoria dos leilões, tão necessária para a evolução da perspectiva do estudo da matéria no Brasil.

Outro grande desafio digno de nota é a prognose das continuidades e rupturas da jurisprudência do TCU, porquanto ainda não houve tempo hábil para a sedimentação de entendimentos sobre a Lei nº 14.133/2021.

Ainda em 2021, não poderíamos deixar de prover os leitores com os nossos estudos sobre a nova Lei de Licitações, ainda que se calcuem em impressões preliminares e incipientes. Com efeito, por mais paradoxal que pareça, já se inicia a atualização da 4ª edição, pois muitas novidades ainda estão por vir à medida que são editadas as regulamentações de diversos aspectos dos procedimentos de contratação e enfrentados os sentidos interpretativos pelo Poder Judiciário, pelos Tribunais de Contas e pela advocacia pública.

Novamente, agradeço aos colegas da Secretaria de Editoração e Publicações do Senado Federal por acreditarem e por se envolverem fraternalmente no projeto, dedicando-se com afincamento para que a 4ª edição fosse lançada ainda em 2021. Nesse ponto, preciso registrar o impecável processo de revisão promovido pela Coordenação de Edições Técnicas. Posso dizer, com orgulho, que a equipe da Coedit proporcionou um livro com o mesmo rigor ortográfico e de formatação da clássica *Revista de Informação Legislativa!*

Enfim, mais uma vez, conto com a colaboração de todos os leitores para assegurar a longevidade do projeto: críticas e sugestões para o aprimoramento do livro serão sempre salutares e imprescindíveis.

Victor Aguiar Jardim de Amorim

que impactaram substancialmente na redação final do substitutivo. Com o retorno do projeto de lei ao Senado Federal e sua apreciação definitiva em dezembro de 2020 (PL nº 4.253/2020), o autor prestou relevantes auxílios aos parlamentares e às unidades técnicas da Casa na análise do substitutivo da Câmara dos Deputados e na consolidação da redação final aprovada pelo Plenário do Senado em 10/3/2021.

Principais siglas utilizadas nesta obra

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGU – Advocacia-Geral da União

ARP – Ata de Registro de Preços

ART – Anotação de Responsabilidade Técnica

BDI – Benefícios e Despesas Indiretas

CAT – Certidão de Acervo Técnico

CEIS – Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas

CFC – Conselho Federal de Contabilidade

CNEP – Cadastro Nacional de Empresas Punidas

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DNRC – Departamento Nacional de Registro Comercial

DOU – *Diário Oficial da União*

EPG – Empreitada por preço global

EPU – Empreitada por preço unitário

EPP – Empresa de Pequeno Porte

ETP – Estudo Técnico Preliminar

IRP – Intenção de Registro de Preço

LC – Lei Complementar

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942)

ME – Microempresa

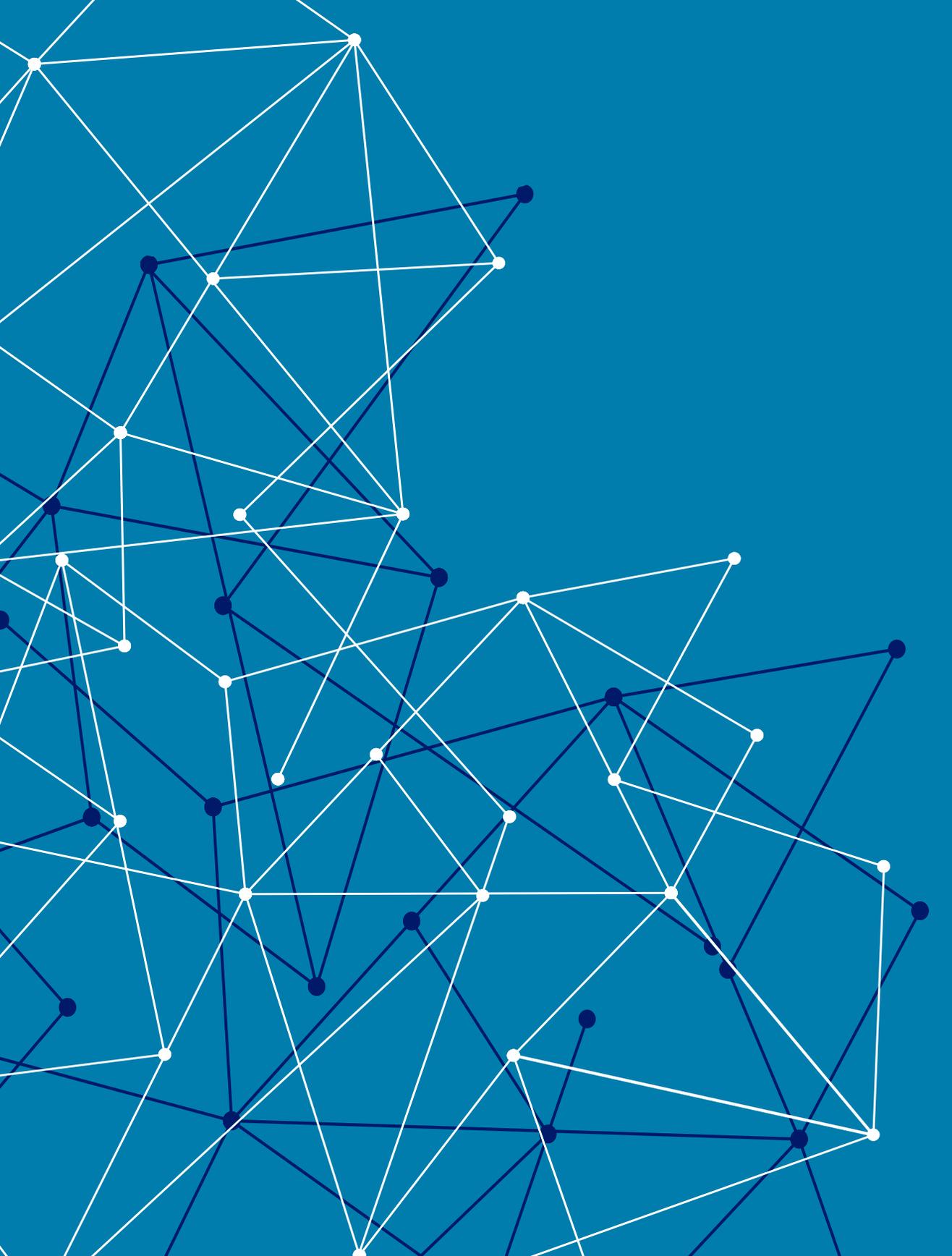
MPDG – Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão

MPOG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

NLL – Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021)

PB – Projeto Básico

PL – Projeto de Lei da Câmara dos Deputados
PLS – Projeto de Lei do Senado Federal
PNCP – Portal Nacional de Contratações Públicas
RDC – Regime Diferenciado de Contratação
RE – Recurso Extraordinário
REsp – Recurso Especial
RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
RNCP – Rede Nacional de Contratações Públicas
Seges – Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia
SGD – Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia
Sicaf – Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores
Sisg – Sistema de Serviços Gerais
SLTI – Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão
SRP – Sistema de Registro de Preços
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TCU – Tribunal de Contas da União
TR – Termo de Referência



Teoria geral da contratação pública

Da sistemática da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), notadamente do art. 37, XXI, emerge um comando elementar para o Estado brasileiro: as contratações públicas deverão ser realizadas mediante “processo de licitação pública”.

O mesmo dispositivo constitucional prevê a possibilidade de a legislação estabelecer exceções à regra de licitar, o que viabilizaria, como abordado no Capítulo 7, os procedimentos de contratação direta sem a realização de licitação. Mesmo diante da ocorrência de hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, há que se observar o caráter formal da contratação e a incidência das regras e princípios ínsitos no regime contratual público.

O inciso XXI do art. 37 da CRFB – que, por óbvio, demanda detalhamento por meio de normas legais e regulamentares – estabelece as balizas básicas para a compressão do que se reputará por núcleo essencial da licitação no Brasil: processo

que assegure *igualdade de condições a todos os concorrentes*, com cláusulas que estabeleçam *obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta*, nos termos da lei, o qual somente permitirá as *exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações* (BRASIL, [2021a], grifos nossos).

1 Conceito de licitação

A *licitação* pode ser compreendida como o *procedimento administrativo formal*¹ pelo qual, sob determinação legal, uma *pessoa governamental*², com base em *condições previamente estipuladas* e em *observância aos princípios da Administração Pública*,

¹ Como se informa no tópico 1 do Capítulo 2, a discussão doutrinária sobre a distinção entre *processo* e *procedimento* não será objeto da presente obra. Optou-se pela expressão *procedimento* em razão da menção feita no inciso XI do art. 24 da CRFB, considerando ser do tipo concorrente a competência legislativa acerca das contratações públicas (ver tópico 2.2 deste Capítulo 1).

² Com esteio em Mello (2009, p. 519), utilizou-se em termos genéricos a expressão *pessoa governamental* em razão de que o dever de licitar, estabelecido por diretriz constitucional e legal, pode recair não apenas sobre órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, mas também sobre pessoas jurídicas de direito privado, conforme se observa do tópico 3 do Capítulo 1.

busca selecionar a proposta mais vantajosa para a consecução de uma pretensão contratual voluntária.

De acordo com Silva (2007, p. 1.075), o termo *licitação* deriva da expressão latina *licitatione* (“arrematar em leilão”) e está, pois, relacionado à ideia de disputa, de hasta pública. Conforme tratado pela doutrina administrativista, apresenta sinônimos como *procedimento licitatório*, *certame*, *prélio*, *disputa*, entre outros.

Por *pretensão contratual* entende-se toda e qualquer espécie de tratativa bilateral passível de ser realizada: aquisição de bens, contratação de serviços e obras, alienação de bens móveis e imóveis, concessão e permissão de serviços públicos, concessão e permissão de uso de bem público, entre outras espécies de avenças contratuais.

A expressão *sob determinação legal* foi utilizada no desenvolvimento do conceito apresentado para contemplar a regra geral instituída no inciso XXI do art. 37 da CRFB: quando pretender realizar uma contratação (de qualquer espécie), uma pessoa governamental deverá, a rigor, realizar prévio procedimento licitatório. As exceções a tal regra deverão estar especificadas na legislação.

Por se tratar de um *procedimento administrativo*, a licitação deve ser compreendida como um conjunto ordenado e sucessivo de atos praticados por agentes públicos (ou nessa condição) e por particulares objetivando a consecução de um efeito final consubstanciado na seleção da proposta de contratação mais vantajosa.

Desse modo, a vontade da Administração em empreender uma contratação materializa-se no *procedimento*, porquanto, em se tratando da atuação governamental, “toda a expressão de vontade se subordina sempre, à luz dos postulados de um Estado de Direito, a um procedimento normativamente disciplinado” (OTERO, 2016, p. 21) – daí a importante compreensão da *procedimentalização da atividade administrativa*, assegurando amplo controle social e participação dos interessados.

Afinal, como pontua Otero (2016, p. 32), “seguir o procedimento administrativo é obedecer ao itinerário que o legislador achou mais justo, adequado e racional para se obter a expressão da vontade administrativa”, de modo que “o procedimento se torna fonte de legitimação decisória, permitindo que a aceitabilidade social das decisões se faça independentemente de seu conteúdo”.

1.1 Licitação sob a perspectiva econômica

Face ao surgimento de uma necessidade pública e delineada a melhor solução para seu atendimento, a Administração é compelida a buscar um parceiro privado para a consecução da demanda. Como não detém conhecimento seguro acerca

do preço de determinado objeto, a Administração vale-se da licitação como mecanismo “para revelar informação e determinar a melhor proposta com base na informação recebida” (NÓBREGA, 2020, p. 35).

Sob o prisma econômico, considera-se licitação o mecanismo pelo qual, com base na revelação incentivada de informações, se busca o equilíbrio entre a defesa dos interesses da Administração e a maximização das recompensas objetivadas pelos licitantes. Nessa perspectiva, a licitação seria um jogo pelo fato de a revelação das informações (tanto pelo jogador-licitante quanto pelo jogador-Administração) tender a um equilíbrio nas estratégias dos *players*, pois há codependência entre as suas ações. Assim,

licitação é um mecanismo de coordenação que de acordo com as informações estabelecidas pelo Governo e pelos licitantes acaba por estabelecer diversos *equilibria* [...] na construção das regras de licitação, muitas vezes estaremos diante de um jogo bayesiano simultâneo, caracterizando um mecanismo de revelação direto (NÓBREGA, 2020, p. 30).

Depreende-se disso a importância da chamada *teoria dos jogos* na análise dos mecanismos de concorrência, pois lida com a “análise de comportamento estratégico onde os tomadores de decisão interagem, sendo que o resultado de suas ações depende também das ações dos outros” (HILBRECHT, 2019, p. 109).

Para Nóbrega (2020, p. 31), as licitações no Brasil são “jogos de informação incompleta”, pelos quais se busca o *melhor preço* (tipo ideal), sendo que o *melhor valor* jamais corresponderá ao valor real de mercado, mas apenas à informação disponível para a Administração (referencial) agregada à valoração dada pelos concorrentes³. Indubitavelmente, como concluiu Vickrey (1961), a *assimetria de informação* é inerente aos leilões *lato sensu*.

Na qualidade de compradora, a Administração tem a assimetria de informação como problema fundamental; por isso, deve desenvolver os mecanismos de licitação justamente para reduzi-la ou atenuá-la, de modo a gerar incentivos eficazes de revelação de informações confiáveis (ou sinceras) pelos licitantes. Busca-se, nesse desiderato, evitar a chamada *seleção adversa*, bem estudada por Akerlof (1970) no célebre artigo *The Market for Lemons: quality uncertainty and the market mechanism*.

³ Ver Nóbrega, Camelo e Torres ([2020], p. 17): “Via de regra, a pesquisa de preços nas licitações públicas pretende identificar o preço de referência, para determinada contratação. É ilusório imaginar que ela, no mais das vezes, encontrará exatamente o preço transacional ou mesmo o propalado preço justo da contratação. A função dessa pesquisa é apresentar um parâmetro, uma referência necessária à valoração pelo poder público, elemento importante para a definição do preço contratado. Assim, a precificação envolve diversos fatores e a estimativa de custos nas contratações públicas, em regra, indica um parâmetro (preço de referência), uma baliza do valor potencialmente apresentado pelo mercado. Apenas ao final do procedimento de uma licitação ou mesmo de uma contratação direta, podemos falar que alcançamos o preço transacional”.

Compreendida a licitação como um *jogo* no desenho do mecanismo (estruturação do procedimento), devem-se observar os comportamentos estratégicos dos jogadores, a interação entre os tomadores de decisão e a dependência entre as ações dos *players*. Afinal, em tal *jogo*, considerando que as pessoas agem com base em incentivos (maximização de recompensa)⁴, há que se apurar, por meio de uma análise de comportamento, a racionalidade dos jogadores ao ofertarem seus lances a fim de alocarem eficientemente os incentivos para a revelação da informação e, assim, maximizar os interesses da Administração na escolha da proposta mais vantajosa e com menores custos de transação possíveis (“tempo do processo”)⁵.

Para além do olhar meramente jurídico, essa constatação é elementar para reconhecer que as licitações envolvem aspectos multidisciplinares fundamentais para a estruturação dos procedimentos de disputa, a definição dos critérios de julgamento mais adequados e o fluxo da fase de lances e das tratativas negociais, inclusive nas contratações diretas.

2 Panorama constitucional das contratações públicas

2.1 Os regimes de contratação pública no Brasil

O inciso XXVII do art. 22 em conjunto com o art. 173, § 1º, III, da CRFB prevê dois grandes regimes de contratação pública no Brasil:

- a) da Administração Pública direta, autárquica e fundacional; e
- b) das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista).

Como se verá no tópico 3 deste Capítulo, em situações “híbridas” – como a das organizações paraestatais e privadas que venham a aplicar recursos públicos, ainda que não se enquadrem categoricamente num dos dois grandes regimes alhures abordados – deverão ser observados os princípios da Administração Pública e seus

⁴ Para isso, sugere-se a leitura de Nóbrega (2020, p. 24-34, 42-47) e Gico Junior (2019, p. 18-21, 26-28).

⁵ “[A] conduta dos agentes econômicos é racional maximizadora [...] A grande implicação desse postulado para a juseconomia é que se os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar uma outra conduta, a realizar outra escolha. Em resumo, pessoas respondem a incentivos [...] Se as pessoas respondem a incentivos, então, do ponto de vista de uma ética consequencialista, as regras de nossa sociedade devem levar em consideração a estrutura de incentivos dos agentes afetados e a possibilidade de que eles mudem de conduta caso essas regras sejam alteradas” (GICO JUNIOR, 2019, p. 19-21).

⁶ “Os indivíduos não irão repartir informações privadas ou exercer esforços que não possam ser observados se não houver apropriados incentivos. Assim, a ideia correta de eficiência não é a de Pareto, mas sim aquela de maximização de incentivos” (NÓBREGA, 2020, p. 26).

corolários; constitui, pois, um peculiar regime de contratação, mas com a necessária afetação de interesse público.

2.2 Competência normativa sobre licitações e contratos administrativos

Com base na técnica de repartição vertical de competência, o inciso XXVII do art. 22 da CRFB estabelece que caberá à União definir as “normas gerais” de licitação e contratos administrativos, permitindo, por outro lado, aos demais entes federativos legislar sobre normas específicas de acordo com as suas particularidades.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III (BRASIL, [2021a]).

Compete à União, portanto, a edição de normas gerais tanto para o regime da Administração direta, autárquica e fundacional, quanto para o regime contratual das empresas estatais.

Consoante entendimento já sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao cotejar o art. 22, XXVII, com os arts. 24, inciso XI, §§ 1º e 2º, e 30, II, da CRFB, conclui-se que a competência legiferante em matéria de contratação pública é do tipo concorrente.

É de se questionar, então: as normas gerais de licitação e contratação, editadas pela União, têm por contraponto, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, normas específicas ou normas suplementares? Resposta: a competência que assiste aos Estados e ao Distrito Federal, em matéria de licitação, é de natureza suplementar. Embora topograficamente inserida no art. 22 da Constituição Federal, a competência da União para legislar sobre licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações Públicas Diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios se limita à edição de “normas gerais” (inciso XXVII do art. 22 da CF), assim como a competência legislativa de todas as matérias referidas no art. 24 da Constituição (§ 1º do art. 24 da CF). Ademais, inexistindo lei federal sobre normas gerais de licitação, ficam os Estados autorizados a exercer a competência legislativa plena para atender a suas peculiaridades (§ 3º do art. 24 da CF). A não ser assim, o que se tem é recusa aos Estados-membros quanto a sua própria autonomia administrativa, quebrantando o princípio federativo (BRASIL, 2015b, p. 13)⁷.

⁷ Voto do ministro Ayres Britto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.059/RS.

Se por um lado compete à União definir as normas gerais sobre o tema, por outro é permitido aos demais entes federativos legislar sobre normas específicas de acordo com as suas particularidades. Logo, apenas as normas gerais são de obrigatoria observância para as demais esferas de governo, que ficam liberadas para regular diversamente o restante.

Cumpra anotar a importância do estabelecimento de um critério definidor do alcance da normatização da União quanto à licitação e aos contratos administrativos. Tal critério funda-se na distinção entre *normas gerais* e *normas específicas*. Com efeito, quando a União estabelece uma norma geral, ela ostenta a condição de *lei nacional*: é aplicável em todo o território e deve ser observada indistintamente por todos os entes federativos. Noutra via, ao criar *norma específica* sobre o assunto, ela terá âmbito federal e só atingirá a própria União. Quanto à distinção entre os conceitos de *lei nacional* e *lei federal* vale transcrever ensinamento de Ataliba (apud CARMONA, 2010, p. 56): “a) lei nacional – veicula normas gerais, é produto legislativo do Estado federal, transcende à esfera de qualquer pessoa política; b) lei federal – vincula todo aparelho administrativo da União e todas as pessoas que a ela estejam subordinadas ou relacionadas”.

2.3 Compreensão doutrinária e jurisprudencial acerca das normas gerais

Em matéria de contratação pública, há notória cizânia doutrinária⁸ relativa à definição de quais regras são *normas gerais* e quais são *normas específicas*.

Para fins didáticos, cumpre mencionar o clássico artigo de Moreira Neto (1988), que, ao promover um amplo levantamento da doutrina nacional e estrangeira sobre o tema, apresenta sinteticamente as características essenciais das *normas gerais*:

- a) estabelecem princípios, linhas mestras e regras jurídicas gerais;
- b) não podem entrar em pormenores, nem muito menos esgotar o assunto legislado;
- c) devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos;
- d) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas;
- e) só cabem quando preencham lacunas constitucionais ou disponham sobre áreas de conflito;
- f) devem referir-se a questões fundamentais;

⁸ Ver o tópico “Sistematização dos entendimentos doutrinários” na obra de Carmona (2010, p. 57-58).

- g) são limitadas no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados; e
- h) não são normas de aplicação direta.

Com esteio na análise de tais características, Moreira Neto (1988, p. 161-162) conclui:

- 1º – A União está limitada à edição de diretrizes nacionais que se dirigem precipuamente aos legisladores estaduais, para os quais são cogentes, direta e imediatamente eficazes.
- 2º – As normas específicas baixadas pela União juntamente com as normas gerais ou os aspectos específicos por acaso nestas contidas, não têm aplicação aos Estados-Membros, considerando-se normas particularizantes federais, dirigidas ao Governo Federal.
- 3º – Não existindo legislação estadual específica, tanto as diretrizes nacionais contidas nas normas gerais quanto sua pormenorização federal de modo subsidiário aplicam-se direta e imediatamente às relações concretas nelas previstas.
- 4º – Inexistindo normas gerais da União sobre qualquer assunto ou aspecto que deva ser legislado pela modalidade de competência concorrente limitada, o Estado-Membro poderá legislar amplamente a respeito, prevalecendo sua legislação até que sobrevenham diretrizes nacionais que com ela sejam incompatíveis.
- 5º – A norma específica estadual que regular, direta e imediatamente, uma relação ou situação jurídica concretamente configurada afasta a aplicação de norma federal coincidente, salvo se contrariar, diretrizes principiológicas de norma geral, na terceira hipótese acima.
- 6º – Em razão de sua inafastável característica nacional, não será norma geral a que dispuser sobre organização, servidores e bens dos Estados ou Municípios mas, em consequência, simples norma inconstitucional.

No âmbito do STF não há definição do conceito *normas gerais*, o que dificulta a identificação do espaço de atuação normativa dos entes federativos em tal assunto. Todavia, merece repercussão o entendimento sufragado pelo STF em 25/2/2015 na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.060/SC:

1. *O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam privativas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, tudo isso em conformidade com o pluralismo político, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, V).*
2. *A invasão da competência legislativa da União invocada no caso sub judice envolve, diretamente, a confrontação da lei atacada com a Constituição (CRFB, art. 24, IX e parágrafos), não havendo que se falar nessas hipóteses em ofensa reflexa à Lei Maior. Precedentes do STF: ADI nº 2.903, rel. Min. Celso de Mello, DJe-177 de 19-09-2008; ADI nº 4.423, rel. Min. Dias Toffoli, DJe-225 de 14-11-2014; ADI nº 3.645, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 01-09-2006.*
3. *A prospective overruling, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, revela oportuno ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura prima facie em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, para que passe a prestigiar, como regra*

geral, as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição de 1988 (BRASIL, 2015c, p. 1-2, grifos nossos).

Consagrou-se a analogia feita pelo ministro Carlos Velloso em seu voto na Medida Cautelar (MC) na ADI nº 927/RS (BRASIL, 1993, p. 47), segundo o qual a norma geral traz uma moldura do quadro a ser pintado pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Tal analogia é bem desenvolvida por Horta (apud CARMONA, 2010, p. 61, grifo nosso):

a lei de normas gerais deve ser uma lei quadro, uma moldura legislativa. A lei estadual suplementar introduzirá a lei de normas gerais no ordenamento do Estado, mediante o preenchimento dos claros deixados pela lei de normas gerais, de forma a aperfeiçoá-la às peculiaridades locais. É manifesta a importância desse tipo de legislação em federação continental, como a brasileira, marcada pela diferenciação entre grandes e pequenos Estados, entre Estados industriais em fase de alto desenvolvimento e Estados agrários e de incipiente desenvolvimento industrial, entre Estados exportadores e Estados consumidores.

Na oportunidade do julgamento dessa MC, vislumbrou-se a tentativa de conceituar *norma geral*, mas não houve consenso. Em seu voto, assentou o ministro relator Carlos Velloso (BRASIL, 1993, p. 47-48):

Penso que essas “normas gerais” devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Penso que “norma geral”, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências [...] “não são normas gerais as que se ocupem de detalhamentos, pormenores, minúcias, de modo que nada deixam à criação própria do legislador a quem se destinam, exaurindo o assunto de que tratam” [...] “são normas gerais as que se contenham no mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos fundamentais, abrindo espaço para que o legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeito a seus comandos genéricos, básicos”.

A despeito da inexistência de um critério preciso para a caracterização de *norma geral* e *norma específica*, com base na análise jurisprudencial é possível depreender que a Suprema Corte considera normas gerais os princípios, os fundamentos e as diretrizes conformadoras do regime licitatório no Brasil.

2.4 As normas gerais editadas pela União sobre licitações e contratos

Com o propósito de definir as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos para o regime da Administração direta, autárquica e fundacional, a União editou a Lei nº 14.133/2021 (em substituição à Lei nº 8.666/1993) e, para o regime das empresas estatais, a Lei nº 13.303/2016.

Contudo, com base na diferenciação entre *lei nacional* e *lei federal*, as Leis nºs 14.133/2021 e 13.303/2016 apresentam não apenas *normas gerais* – de âmbito nacional –, mas também normas de cunho específico. Fica claro que não foi intenção do legislador federal esgotar nessas duas Leis toda a matéria atinente às contratações públicas, dispensando dos demais entes a necessidade de especificar a disciplina do tema de acordo com as suas particularidades. No caso, o que desborda de ambas as Leis em caráter de *norma geral* será de aplicação específica para a Administração Pública federal (no caso da primeira) e para as empresas estatais federais (no caso da segunda). Caso contrário, se tais normas se limitassem a estabelecer apenas os princípios, as diretrizes e os fundamentos das licitações e contratos, não haveria disciplinamento específico dos procedimentos licitatórios realizados pelos órgãos e empresas públicas federais.

Saliente-se que a edição dessas Leis não exauriu a competência legislativa da União para editar normas gerais sobre os regimes de contratação pública. Não há qualquer óbice para que a União discipline o assunto em outros diplomas normativos, como foi feito no caso da Lei nº 8.987/1995 (Concessão de serviços públicos), da Lei nº 11.079/2004 (Parcerias público-privadas), da Lei Complementar (LC) nº 123/2006 – que nos arts. 42 a 49 estabelece regras gerais para tratamento diferenciado para microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) nas contratações públicas – e da Lei nº 12.232/2010 (Contratação de serviços de publicidade).

NORMAS GERAIS EDITADAS PELA UNIÃO SOBRE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	
Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações)	Lei nº 8.666/1993 (Lei geral de licitações) Lei nº 10.520/2002 (Lei do pregão) Lei nº 12.462/2011 (Regime diferenciado de contratação)
Lei nº 8.987/1995 (Concessão e permissão de serviços públicos)	
Lei nº 11.079/2004 (Parcerias público-privadas)	
LC nº 123/2006 (seus arts. 42 a 49 estabelecem normas de tratamento diferenciado para as MEs e EPPs)	
Lei nº 12.232/2010 (Contratação de serviços de publicidade)	
Lei nº 13.303/2016 (Lei das estatais)	

Fonte: elaborado pelo autor.

Dada sua especificidade e especialidade, os procedimentos previstos nas Leis nºs 8.987/1995, 11.079/2004 e 12.232/2010 não serão objeto de análise na presente obra, cujo propósito é apresentar a teoria geral de licitações e dos contratos administrativos.

2.5 A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021)⁹

Após quase oito anos de tramitação no Congresso Nacional, em 1º/4/2021 foi sancionada, promulgada e publicada a Lei nº 14.133/2021, também chamada de nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLL), que corresponde ao marco normativo do regime de contratação da Administração direta, autárquica e fundacional.

Quanto às licitações propriamente ditas, a maior novidade foi a instituição de uma modalidade denominada *diálogo competitivo*, com a extinção das modalidades *tomada de preços* e *convite*. Foram mantidas, como padrão, as modalidades *concorrência* e *pregão*, com a introdução de uma modelagem de disputa mais dinâmica e menos estática se comparada com a Lei nº 8.666/1993, baseada nos modos aberto, fechado ou na combinação de ambos. É prevista como regra a tradicional sequência de fases do pregão: primeiro o julgamento de propostas, com fase de lances (inclusive para a concorrência) e somente depois a análise de habilitação apenas do licitante vencedor.

A nova norma prevê a possibilidade, a critério da Administração, de inversão de fases – ou seja, primeiro a habilitação e depois o julgamento das propostas. Esse instrumento é fundamental para, diante da particularidade e sensibilidade de alguns objetos, atenuar os riscos de participações aventureiras e conferir maior segurança à Administração quanto à avaliação de propostas apenas em relação aos fornecedores que tenham demonstrado previamente sua aptidão e capacidade de contratar com o Poder Público. Nesse mesmo intento, é preciso lembrar que há importantes instrumentos auxiliares que poderão ser acoplados aos procedimentos licitatórios como a *pré-qualificação* (de licitantes e de produtos), de modo a afastar as atuais distorções e críticas quanto ao rito atual da modalidade pregão e do regime diferenciado de contratação (RDC), notadamente: a) em relação a uma pressuposta baixa qualidade de disputa decorrente da verificação das condições de contratar com a Administração somente após o fim da disputa; e b) por um fetiche dos agentes públicos – fomentado, em grande parte, pelos órgãos de controle – na busca de menor preço, desatrelado da preocupação com a qualidade e a performance da solução a ser contratada.

Em nossa opinião, ainda que não tenham sido adotados os mecanismos mais modernos desenvolvidos pelos estudos econômicos da teoria dos leilões – como a sinalização (*signaling*) e a reputação (*rating*) dos potenciais fornecedores –, a dinamicidade dos modos de disputa e a sequência procedimental *propostas-habilitação* (com possibilidade de inversão) tendem a imprimir maior celeridade e eficácia aos certames.

⁹ O tópico foi desenvolvido com base no artigo escrito em coautoria com Luiz Fernando Bandeira de Mello; ver Mello e Amorim (2021).

Ainda que mantido o regime jurídico-contratual fundado na ideia da supremacia e indisponibilidade do interesse público, o novo texto introduz uma importante e necessária lógica de consensualidade nas contratações com a previsão de meios alternativos de resolução de controvérsias, como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Por sua vez, o foco nos procedimentos de planejamento das contratações e na capacitação, pré-requisitos de investidura e matriz de competências dos agentes públicos, parece conduzir a um ambiente negocial mais transparente e menos nebuloso, dada a maior eficácia e a redução das intercorrências, incompletudes e vícios nos mecanismos de seleção e na própria gestão dos contratos administrativos. Porém, essa visão contém um grande risco: a enorme disparidade entre as realidades dos serviços da União e, em especial, os dos Municípios. As detalhadas exigências de planejamento possivelmente levarão a uma ampliação do tempo necessário à etapa preliminar da licitação, particularmente no nível municipal, onde a estrutura de trabalho para planejamento e o nível de formação e atualização dos agentes públicos tendem a ser menores.

Apesar desse aspecto, a primazia conferida à estruturação dos instrumentos de planejamento – em especial, os estudos preliminares e a estimativa de despesa – induzirá à maior aproximação e diálogo com o mercado, o que poderá implicar a mudança de perspectiva quanto às licitações, menos jurídico-formal e mais econômica, passando as contratações públicas a serem compreendidas como meio de negócio e o mercado, como parceiro.

Em termos gerais, a nova norma atinge dois intentos claros: consolidar numa única lei as normas esparsas sobre contratações, buscando uma sistematicidade orgânica dos procedimentos, e positivar diversos entendimentos do TCU sobre a temática de licitações e contratos administrativos.

Nessa perspectiva (de certa forma, restringindo autonomia normativa e de gestão dos demais entes federativos), busca-se a uniformização e a redução da litigiosidade – administrativa e judicial – em torno de disposições controversas, que em geral tratam de requisitos de proposta e habilitação e alterações supervenientes nos contratos administrativos.

2.5.1 Tentativa de indicação não exaustiva de normas gerais e normas específicas na Lei nº 14.133/2021

Com apoio na jurisprudência do STF e nas manifestações contidas em estudos especializados ainda sob a égide da Lei nº 8.666/1993, não há dúvida de que, a despeito da redação do *caput* do seu art. 1º, a Lei nº 14.133/2021 dispõe não só sobre *normas*

gerais, em atendimento ao art. 22, XXVII, da CRFB, mas também sobre *normas específicas*, sendo estas aplicáveis apenas no âmbito da Administração Pública federal.

Esclarecido tal ponto, há que se aprofundar a análise dos dispositivos da NLL com o fito de apresentar um esboço de mapeamento que delimite com a maior clareza possível as normas de caráter específico para, desse modo, evidenciar o espaço de criação normativa a ser ocupada pelos Estados e pelos Municípios na disciplina dos procedimentos normativos realizados por suas respectivas entidades administrativas.

O que seria *norma geral* na Lei nº 14.133/2021?

- princípios e as diretrizes gerais estabelecidas nos arts. 1º a 5º e 11;
- definição das modalidades de licitação, tendo em vista expressa previsão no inciso XXVII do art. 22 da CRFB;
- estabelecimento dos critérios de julgamento no art. 33;
- critérios de preferência e de tratamento diferenciado prevista no art. 60¹⁰;
- requisitos máximos de habilitação fixadas nos arts. 66 a 69¹¹;
- garantia a qualquer cidadão de impugnar o ato convocatório e de solicitar esclarecimentos (art. 164);
- previsão dos atos decisórios passíveis de interposição de recurso administrativo contida no inciso I do art. 165;
- prazos mínimos para a interposição dos recursos¹²; e
- taxatividade dos casos de dispensa de licitação (art. 75).

¹⁰ Quanto aos critérios de preferência e de tratamento diferenciado no âmbito de licitações e contratos, por envolverem uma perspectiva de ponderação do legislador federal face ao princípio da isonomia e o objetivo do desenvolvimento nacional sustentável, os Estados e Municípios deverão ater-se às hipóteses previstas no art. 60 da NLL, sendo-lhes vedado instituir novas hipóteses de preferência que afetem diretamente o procedimento de julgamento e apreciação das propostas.

¹¹ Como a fixação das condições de habilitação estão necessariamente relacionadas com os contornos estabelecidos pelo legislador federal a respeito do princípio da ampla participação em sede de licitações públicas, entende-se que é vedado aos Estados e Municípios fixar requisitos abstratos que potencializem a dificuldade de participação nos certames, restringindo, assim, a competição. Todavia, é admissível que a legislação estadual ou municipal discrimine o rol dos arts. 66 a 69 da NLL, de modo a pormenorizar a forma de apresentação dos documentos ali relacionados, desde que não impliquem ampliação indireta das restrições constantes na NLL.

¹² É evidente que a fixação dos prazos não pode desvirtuar ou esvaziar o núcleo essencial do direito de petição de modo que as condições materiais de defesa do licitante sejam praticamente inviabilizadas pelo exíguo prazo recursal previsto. Com suporte em tais considerações, pode-se concluir que os Estados e os Municípios poderão fixar prazos de recursos diferentes dos previstos no art. 165 da NLL, desde que no mínimo respeitem os prazos fixados nessa norma.

Desde que preservem os princípios, as diretrizes, a estrutura substancial do procedimento e o núcleo essencial dos requisitos de participação e direitos dos licitantes estabelecidos na Lei nº 14.133/2021, os pormenores relativos à regulamentação dos procedimentos licitatórios poderão ser normatizados de maneira específica pelos Estados, Distrito Federal e Municípios naquilo que lhes for peculiar:

- definição de prazos e requisitos adicionais de publicidade dos editais e contratos;
- iter procedimental relativo à ordem de realização das etapas da licitação;
- forma e prazos de interposição dos recursos administrativos, desde que respeitados os limites mínimos traçados pelo art. 165 da NLL;
- procedimento e condições para a alienação dos bens pertencentes à Administração dos Estados, Distrito Federal e Municípios (arts. 76 e 77);
- regulamentação sobre registros cadastrais e catálogos de padronização; e
- regulamentação acerca dos procedimentos auxiliares.

2.5.2 O regime transitório da Lei nº 14.133/2021 e a revogação prospectiva da Lei nº 8.666/1993

O art. 193, II, da Lei nº 14.133/2021 prevê a revogação da Lei nº 8.666/1993, da Lei nº 10.520/2002 (Lei do pregão) e dos arts. 1º ao 47-A da Lei nº 12.462/2011 (RDC) decorridos dois anos da publicação da NLL. Não se trata, por conseguinte, de previsão de *vacatio legis* da Lei nº 14.133/2021, mas de uma norma com efeitos revocatórios prospectivos.

A “parte criminal” da Lei nº 8.666/1993 (correspondente aos arts. 89 a 108) foi revogada pela Lei nº 14.133/2021 desde 1º/4/2021, conforme prevê o inciso I do seu art. 193. Em virtude do art. 178 da nova lei, foi introduzido no Código Penal (CP) (Decreto-lei nº 2.848/1940) o Capítulo II-B, denominado *Dos crimes em licitações e contratos administrativos*, aplicável às ações e omissões típicas praticadas em quaisquer processos de contratação, independentemente do regime, inclusive o das empresas estatais¹³.

Assim, considerando a coexistência por dois anos dos grandes marcos legais do regime de contratação da Administração direta, autárquica e fundacional (Leis

¹³ Nesse sentido é a previsão da parte final do § 1º do art. 1º da Lei nº 14.133/2021: “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*” (BRASIL, 2021c, grifo nosso).

n^{os} 14.133/2021 e 8.666/1993), a NLL estabeleceu no art. 191 um regime transitório para regular tal coexistência:

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 (BRASIL, 2021c).

Portanto, até 31/3/2023, cada órgão ou entidade pode optar por um regime normativo para cada procedimento de contratação – licitação, dispensa ou inexigibilidade. Contudo, tal opção deverá contemplar a regulação completa de todo o processo de contratação, do planejamento à execução contratual, não se admitindo a combinação entre os regimes, como expresso na parte final do *caput* do art. 191 da NLL.

Em caso de opção pelo regime da Lei n^o 8.666/1993, os contratos decorrentes do processo de licitação, dispensa ou inexigibilidade serão por ela regidos durante toda a sua vigência. A depender da vigência inicial e da possibilidade de prorrogação dos contratos, mesmo após 1^o/4/2023 estar-se-ia diante da ultratividade da Lei n^o 8.666/1993, ao regular contratos específicos firmados até 31/3/2023.

2.5.2.1 Cláusulas especiais de transitoriedade para Municípios de até 20.000 habitantes

Ainda que venham a optar pela utilização da Lei n^o 14.133/2021 nos termos do art. 191, os órgãos e entidades de Municípios com até 20.000 habitantes contam com cláusulas especiais de transitoriedade previstas no art. 176, sendo-lhes assegurado o prazo de seis anos da publicação da NLL para cumprimento:

- a) dos requisitos fixados no art. 7^o e *caput* do art. 8^o da NLL para a designação dos agentes públicos e dos agentes de contratação¹⁴, respectivamente;
- b) do comando de preferencialidade de realização dos certames na forma eletrônica¹⁵; e

¹⁴ Conforme se verá no tópico 2 do Capítulo 3, ainda que o legislador federal tenha buscado imprimir o caráter de norma geral aos requisitos de designação dos agentes previstos nos arts. 7^o e 8^o, entendemos que se trata de norma específica; admite-se, pois, disposição diversa estabelecida por Estados, Distrito Federal e Municípios.

¹⁵ Pela redação do inciso II do art. 176, tratar-se-ia de “obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o § 2^o do art. 17 desta Lei”. Note-se, contudo, que esse parágrafo não estabelece como obrigatória a forma eletrônica das licitações, mas como “preferencial”: “§ 2^o As licitações serão realizadas *preferencialmente* sob

c) das regras de publicidade dos atos de contratação em sítio eletrônico oficial.

De acordo com o parágrafo único do art. 176, enquanto não adotarem o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), os Municípios de até 20.000 habitantes 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 (BRASIL, 2021c).

2.6 Regulamentos e hierarquia normativa

O sistema jurídico brasileiro, por ser composto de normas de naturezas e origens distintas, é estruturado de forma hierárquica, despontando a Constituição como a norma fundamental, da qual as demais normas retiram, de forma direta ou indireta, o seu fundamento de validade.

Segundo os incisos II a VII do art. 59 da CRFB, as normas oriundas diretamente do texto constitucional são denominadas *atos normativos primários*. Desde que observados os limites formais e materiais traçados no texto constitucional, os atos normativos primários poderão inovar na ordem jurídica: instituir, restringir, limitar ou condicionar substancialmente direitos.

Considerando o inerente grau de abstração das leis, desponta a necessidade de regulamentação para a consecução dos seguintes objetivos: a) uniformizar os procedimentos a serem observados pela Administração para a execução da lei; b) precisar o conteúdo de conceitos genéricos e indeterminados existentes na lei; e c) delimitar os contornos da competência discricionária legal (MOTTA, 2007, p. 161).

Nesse sentido, o inciso IV do art. 84 da CRFB instituiu o chamado *poder regulamentar*, conferindo ao presidente da República a competência para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. A despeito de se apontar esse dispositivo constitucional como fundamento para o poder regulamentar (que trata da competência do presidente da República), numa lógica de observância da independência (que tem como uma das facetas a autonomia administrativa), há que se observar a competência regulamentar dos demais Poderes (Legislativo e Judiciário) e dos órgãos que gozam de tal autonomia de acordo com o texto constitucional: Ministério

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” (BRASIL, 2021c, grifos nossos). Ademais, conforme a parte final desse dispositivo, reputamos que, mesmo diante da aplicação do art. 176, II, deverá o órgão municipal promotor do certame presencial registrar a sessão pública em áudio e vídeo, providenciando a juntada dos registros nos autos.

Público, Defensoria Pública e Tribunais de Contas (MOTTA, 2007). Por simetria, o mesmo raciocínio aplica-se ao âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Os chamados *regulamentos* são, portanto, atos normativos secundários, que retiram seu fundamento de validade das leis e não diretamente da Constituição. Conforme observa Motta (2007, p. 139),

tais atos encontram-se, necessariamente, em patamar hierárquico inferior à lei e, conseqüentemente, a ela subordinados. Submetem-se com totalidade, por isso, aos dois subprincípios componentes do princípio da legalidade: reserva legal e preferência da lei. É dizer: ainda que retirem seu fundamento de validade implicitamente da Constituição, não poderão imiscuir-se no campo reservado para regulação pelas leis. Da mesma forma, estarão sujeitos a controle de legalidade a posteriori no caso de superveniência de lei reguladora.

Assim, a principal característica do regulamento é sua *subordinação à lei*, devendo ser com ela *compatível*, sem *jamais inovar substancialmente* na ordem jurídica¹⁶. Diante de eventual inovação, como uma restrição a direito além daquela prevista em lei, o regulamento será ilegal naquilo que transpuser os limites de conformação regulamentar¹⁷.

No sistema brasileiro, além dos decretos e resoluções (editados por órgãos colegiados e conselhos), como atos normativos de típico exercício regulamentar, é possível identificar diversos instrumentos que veiculam *regulamentos*, tais como portarias, instruções normativas, orientações normativas, deliberações normativas e despachos normativos de aprovação de pareceres.

Em matéria de licitações e contratos, é fundamental a compreensão da complexidade real do poder regulamentar das autoridades brasileiras, em especial a estrutura hierarquizada do sistema. É possível depreender regulamentações de segundo grau, em geral materializadas em portarias, instruções ou orientações normativas. Diversos são os exemplos de decretos expedidos pelo presidente da República que contêm disposição sobre a disciplina subsidiária por autoridades subordinadas ao

¹⁶ “O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, *caput*, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração só pode atuar de acordo com o que a lei determina. Desta sorte, ao expedir um ato que tem por finalidade regulamentar a lei (decreto, regulamento, instrução, portaria etc.), não pode a Administração inovar na ordem jurídica, impondo obrigações ou limitações a direitos de terceiros” (REsp nº 584.798/PE (BRASIL, 2004, p. 1)).

¹⁷ “Como de sabinça, a validade dos atos normativos secundários (entre os quais figura o decreto regulamentador) pressupõe a estrita observância dos limites impostos pelos atos normativos primários a que se subordinam (leis, tratados, convenções internacionais, etc.), sendo certo que, se vierem a positivar em seu texto uma exegese que possa irromper a hierarquia normativa sobrejacente, viciar-se-ão de ilegalidade e não de inconstitucionalidade (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI 531 AgR, Rel. ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 11.12.1991, DJ 03.04.1992; e ADI 365 AgR, Rel. ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 07.11.1990, DJ 15.03.1991)” (RMS nº 21.942/MS (BRASIL, 2011, p. 2)).

chefe do Poder Executivo federal¹⁸. De acordo com Motta (2007, p. 186), trata-se dos chamados *atos normativos derivados de segundo grau* – ou, simplesmente, *regulamentos de regulamentos*¹⁹.

Especialmente nesse âmbito merece destaque o papel de normatização do *órgão central* do Sistema de Serviços Gerais (Sisg), cuja atribuição encontra fundamento no § 1º do art. 30 do Decreto-lei nº 200/1967²⁰, atualmente desempenhado pela Secretaria de Gestão (Seges) do Ministério da Economia (ME)²¹. Em verdade, é frequente a edição de instruções normativas de grande repercussão para o desempenho das atividades dos gestores públicos federais no âmbito das contratações, destacando-se, ainda com fundamento na Lei nº 8.666/1993, a Instrução Normativa (IN) nº 5/2017 (contratação de serviços sob o regime de execução indireta) e a IN nº 73/2020 (pesquisa de preços)²².

Por se tratar de uma espécie de regulamentação de segundo grau, defende-se a existência de uma relação direta de hierarquia entre tais instrumentos e os regulamentos, de modo que se devem considerar aqueles como inaplicáveis diante da extrapolação de limites de *normatização complementar*²³.

3 Obrigatoriedade de licitar

A obrigatoriedade da realização de licitações públicas encontra seu imperativo normativo nos arts. 37, XXI, e 173, § 1º, III, da CRFB.

Quanto à Administração direta, a obrigação de licitar abrange todos os órgãos administrativos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como os órgãos

¹⁸ Ver o art. 11 do Decreto nº 7.174/2010; o art. 17, I, do Decreto nº 9.373/2018; o art. 59 do Decreto nº 10.024/2019, entre outros.

¹⁹ Ver o art. 87, III, da CRFB.

²⁰ “Art. 30. Serão organizadas sob a forma de sistema as atividades de pessoal, orçamento, estatística, administração financeira, contabilidade e auditoria, e serviços gerais, além de outras atividades auxiliares comuns a todos os órgãos da Administração que, a critério do Poder Executivo, necessitem de coordenação central. [...] § 1º Os serviços incumbidos do exercício das atividades de que trata este artigo consideram-se integrados no sistema respectivo e ficam, conseqüentemente, sujeitos à orientação normativa, à supervisão técnica e à fiscalização específica do órgão central do sistema, sem prejuízo da subordinação ao órgão em cuja estrutura administrativa estiverem integrados” (BRASIL, [1998]).

²¹ Conforme o Decreto nº 9.745/2019.

²² Com o advento da Lei nº 14.133/2021, a Seges do ME editou a Instrução Normativa nº 65, de 7/7/2021, que dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e a contratação de serviços em geral, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

²³ “[S]empre haverá subordinação dos atos normativos derivados de segundo grau a diploma de hierarquia superior. Admitindo-se, em razão da necessidade de concreção, a existência de sucessivos atos para possibilitar a execução das normas superiores (‘regulamentos de regulamentos’), de acordo com a organização das estruturas administrativas, é imperativo posicioná-los corretamente no escalonamento imposto pelo ordenamento” (MOTTA, 2007, p. 186).

dotados de autonomia constitucional como os Tribunais de Contas, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Em relação à Administração indireta, submetem-se ao regime da Lei nº 14.133/2021 as entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público: as autarquias – incluindo as agências reguladoras e executivas – e as fundações.

Da mesma forma, submetem-se à NLL os Conselhos Profissionais (autarquias especiais ou corporativas), dado o entendimento do STF, no julgamento da ADI nº 1.717/DF, de que – diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 58, *caput*, e §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da Lei nº 9.469/1998 –, foi reconhecida a natureza autárquica dos Conselhos Profissionais, ou seja, foi afirmada sua personalidade jurídica de direito público.

No Acórdão nº 1.386/2005 (Plenário), o TCU considerou a natureza autárquica e a capacidade tributária ativa, e pugnou pela submissão dos Conselhos de Profissionais ao regime contratual da Lei nº 8.666/1993. Com esteio nas mesmas premissas, compreende-se a manutenção do entendimento do TCU quanto à submissão das autarquias especiais ou *corporativas* à NLL.

Vale lembrar que, ao contrário do que ocorre com os Conselhos Profissionais (autarquias especiais), a obrigatoriedade de licitar não se impõe à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), porquanto – de acordo com o entendimento do STF externado na ADI nº 3.026/DF²⁴ –, por não integrar a Administração Pública, a OAB não estaria sujeita à observância das normas de Direito Administrativo.

3.1 Regime especial de licitação para as empresas estatais (Lei nº 13.303/2016)

Em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, a parte final do inciso XXVII do art. 22 da CRFB preconiza que tais entidades deverão realizar suas respectivas licitações com base no disposto no art. 173, § 1º, III. De acordo com esse dispositivo, lei específica disporá sobre “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública” (BRASIL, [2021a]), a serem realizadas pelas empresas estatais que explorem atividade econô-

²⁴ “2. Não procede a alegação de que a OAB se sujeita aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no Direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como ‘autarquias especiais’ para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas ‘agências’. 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada” (BRASIL, 2006, p. 478).

mica. A disciplina normativa foi instituída pela Lei nº 13.303/2016, que estabelece o Estatuto Jurídico da Empresa Pública.

Em relação à obrigatoriedade de licitação, é relevante distinguir os dois “ramos” de atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista: a *exploração de atividade econômica* (art. 173, CRFB) e a *prestação de serviços públicos* (art. 175, CRFB).

De acordo com a Lei nº 13.303/2016, às disposições do estatuto jurídico da empresa pública relativas às licitações e aos casos de dispensa e de inexigibilidade estão sujeitas as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sob o regime de monopólio da União ou seja relativa à prestação de serviços públicos.

Por conseguinte, as empresas públicas e sociedades de economia mista – sejam *exploradoras de atividade econômica*, sejam *prestadoras de serviço público* – não se submetem aos ditames da Lei nº 14.133/2021, pois estão submetidas à Lei nº 13.303/2016²⁵.

É preciso salientar que, nos termos do § 3º do art. 28 da Lei nº 13.303/2016, não haverá a obrigatoriedade de licitar quando o objeto do contrato a ser celebrado se relacionar à *atividade-fim* da empresa pública ou sociedade de economia mista.

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

[...]

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I – comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no *caput*, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;

II – nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo (BRASIL, 2016).

²⁵ A própria Lei nº 13.303/2016, em seu art. 32, inciso IV, dispõe que “[n]as licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: [...] IV – adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (BRASIL, 2016). Relativamente a essa remissão à Lei nº 10.520/2002, há celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca da vinculação das empresas estatais, quando da realização de licitação, a regime jurídico diverso da Lei nº 13.303/2016. Sobre isso, ver Amorim (2018).

Logo, no caso da Caixa Econômica Federal (empresa pública) ou do Banco do Brasil (sociedade de economia mista), por exemplo, não há que se falar em obrigatoriedade de licitar quando celebrarem contratos ligados à sua *atividade-fim* (abertura de conta corrente, realização de empréstimos etc.). Entretanto, tais instituições financeiras deverão realizar licitação quando o objeto do contrato se relacionar à *atividade-meio*, como a execução de obra para construção de uma sede ou contratação de empresa para prestar serviços de limpeza e conservação de seus prédios.

Mesmo antes do advento da Lei nº 13.303/2016, tem sido aplicável o entendimento do TCU de que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica não estão obrigadas a licitar nas seguintes hipóteses: a) a contratação estar diretamente relacionada com suas atividades finalísticas; e b) os trâmites inerentes ao procedimento licitatório constituem óbice intransponível à atividade da empresa estatal que atue em ambiente concorrencial.

3.2 Regime contratual das entidades paraestatais e do terceiro setor

3.2.1 Entidades paraestatais

A expressão *entidade paraestatal* é utilizada para designar “uma categoria heterogênea de instituições associativas encarregadas do desempenho de serviços sociais autônomos” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 207), comumente conhecidas como Sistema S.

Na definição de Justen Filho (2018, p. 207),

entidade paraestatal ou serviço social autônomo é uma pessoa jurídica de direito privado criada por lei para, atuando sem submissão à Administração Pública, promover o atendimento de necessidades assistenciais e educacionais de certos setores empresariais ou categorias profissionais, que arcam com sua manutenção mediante contribuições compulsórias.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que considera não integrantes da Administração direta ou indireta os serviços sociais autônomos, como entidades de educação e assistência social, sem fins lucrativos, ainda que recebam recursos públicos provenientes de contribuições parafiscais²⁶.

Quanto ao regime contratual, consoante entendimento consubstanciado pelo TCU desde a Decisão nº 907/1997 (Plenário), a despeito de não estarem submetidas direta-

²⁶ Ver Recurso Especial (REsp) nº 766.796/RJ, relator ministro Luiz Fux, julgado em 6/12/2005, publicado em 6/3/2006; e Conflito de Competência (CC) nº 41.246/SC, relator ministro Castro Meira, julgado em 25/8/2004, publicado em 27/9/2004.

mente ao regime contratual dos órgãos e entidades públicos, “por não integrarem a Administração Pública”, essas entidades paraestatais estão obrigadas a aprovar *regulamentos próprios* para disciplinar suas licitações e contratações, que devem ser compatíveis com os princípios da Administração Pública e com as normas gerais fixadas pela União para as contratações da Administração direta, autárquica e fundacional.

3.2.2 Terceiro setor

Dada a insuficiência da estrutura estatal para fazer frente às crescentes demandas inerentes à conformação de um Estado de bem-estar social, diversas entidades privadas passaram a assumir a condução de atividades de interesse coletivo (assistência social, saúde pública, pesquisa, proteção ambiental, entre outras). De acordo com Justen Filho (2018, p. 213), utiliza-se a expressão *terceiro setor* para esse segmento, diferenciando-o “do Estado propriamente dito (primeiro setor) e da iniciativa privada voltada à exploração econômica lucrativa (segundo setor)”. O terceiro setor, portanto, “é integrado por sujeitos e organizações privadas que se comprometem com a realização de interesses coletivos e a proteção de valores supraindividuais” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 213).

Quanto ao regime contratual, determina o art. 11 do Decreto nº 6.170/2007 que “a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato” (BRASIL, [2020]). A determinação regulamentar sustenta-se no art. 4º, VIII c/c art. 17 da Lei nº 9.637/1998, para as chamadas Organizações Sociais (OS) e no art. 4º, I, c/c art. 14 da Lei nº 9.790/1999, para as chamadas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

15. *As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.*

16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, *também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF,*

art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal (ADI nº 1.923/DF (BRASIL, 2015a, p. 6-7, grifos nossos)).

Frise-se que o terceiro setor não está obrigado a observar a íntegra da Lei nº 14.133/2021, mas apenas a realizar procedimentos formais de seleção de fornecedores na qual sejam observados os princípios previstos no art. 37 da CRFB e que se baseiem em prévia estimativa de preços praticados no mercado a fim de se atestarem a vantagem e a economicidade da contratação.

Quem está obrigado a licitar?

- 1) Órgãos da Administração Pública *direta*
- 2) Entidades da Administração Pública *indireta*:
 - 2.1) autarquias (incluindo as agências reguladoras e executivas)
 - 2.1.1) conselhos profissionais (autarquias especiais ou corporativas)
 - 2.2) fundações públicas
 - 2.3) empresas públicas
 - 2.4) sociedades de economia mista
 - 2.5) associações públicas (consórcios públicos – Lei nº 11.107/2005)
 - 2.6) fundos especiais²⁷ (unidades orçamentárias)
- 3) Entidades paraestatais (Sistema S)
- 4) Terceiro setor:
 - 4.1) OSCIP (art. 4º, I c/c art. 14 da Lei nº 9.790/1999)

²⁷ A inclusão da expressão *fundos especiais* no inciso II do *caput* do art. 1º da Lei nº 14.133/2021 (assim como o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.666/1993) é uma impropriedade jurídica, porquanto os fundos não detêm personalidade jurídica autônoma. Na verdade, o fundo especial é o próprio patrimônio vinculado e gerenciado por um órgão da Administração direta ou por uma entidade da Administração indireta (autarquia ou fundação). De acordo com Reis e Machado Júnior (2015, p. 182), o fundo especial é “um tipo de gestão de recursos ou conjunto de recursos financeiros destinados aos pagamentos de obrigações por assunção de encargos de várias naturezas, bem como por aquisições de bens e serviços a serem aplicados em projetos ou atividades vinculados a um programa de trabalho para cumprimento de objetivos específicos em uma área de responsabilidade e que a Contabilidade tem por função evidenciar, como é o seu próprio objetivo, através de contas próprias, segregadas para tal fim”. Nesse sentido, há o Fundo Nacional de Saúde (FNS), instituído pelo Decreto nº 64.867/1969 como um fundo especial vinculado ao Ministério da Saúde, atuando como gestor financeiro dos recursos destinados ao Sistema Único de Saúde (SUS) na esfera federal. Por fim, vale salientar que, mesmo criada com a denominação *fundo*, a entidade pública na realidade terá uma das formas possíveis previstas no inciso XIX do art. 37 da CRFB: autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista. Como exemplo, há o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), autarquia criada pela Lei nº 5.537/1968 e vinculada ao Ministério da Educação.

4.2) OS (art. 4º, VIII c/c art. 17 da Lei nº 9.637/1998)

4.3) fundações de apoio às Instituições Federais de Ensino e Institutos de Ciência e Tecnologia (art. 3º da Lei nº 8.958/1994)

4 Princípios

Por envolver a emissão de atos administrativos decisórios, a condução dos procedimentos de contratação pública depende necessariamente da atividade interpretativa dos agentes públicos acerca das normas que regem a matéria. Em tal processo intelectual, é relevante o papel desempenhado pelos princípios jurídicos.

A despeito da grande discussão filosófica acerca dos princípios e de seu papel no processo hermenêutico²⁸ – a qual foge aos objetivos desta obra –, reputamos que os princípios são importantes instrumentos para o intérprete dos enunciados textuais, sobretudo no que se relaciona à superação de lacunas e omissões normativas.

Especificamente em relação às contratações públicas, os *princípios básicos* encontram-se delineados no art. 37 da CRFB: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Todavia, em razão do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, há outros princípios correlatos à matéria decorrentes dos princípios básicos da Administração Pública: competitividade, economicidade, vantajosidade, julgamento objetivo e formalismo moderado.

4.1 Princípios gerais da Administração Pública e seus corolários

4.1.1 Legalidade

É o princípio basilar de toda atividade administrativa. Como qualquer atuação estatal, o procedimento licitatório deve ser pautado pelas normas legais vigentes (devido processo legal).

O princípio da legalidade é de suma relevância, pois a licitação é um procedimento vinculado à lei. Tal obrigatoriedade atinge a todos os agentes públicos que, no exercício de suas funções, não podem desvincular-se das balizas impostas pelas normas que incidam sobre o tema das contratações, sob pena de macularem com vício de

²⁸ Para uma compreensão mais aprofundada acerca do debate jusfilosófico brasileiro quanto aos princípios com base nos diversos paradigmas hermenêuticos, ver Ávila (2019), Dezan (2018) e Streck (2014).

nulidade os atos que praticarem e de serem responsabilizados em caso de prejuízo ao erário e afronta ao interesse público.

Contudo, não se pode compreender que o princípio da legalidade represente a inexorabilidade da ação estatal com base em comandos normativos textuais absolutos e refratários a qualquer interpretação (*in claris cessat interpretatio*). Partindo-se de uma concepção estrita da legalidade, chegar-se-ia à extremada situação do administrador que, sem qualquer juízo hermenêutico, em todas as situações resumiria seu campo de atuação à mera observância estrita de um preceito legal. A atividade administrativa não se limita a realizar o comando normativo aparentemente previsto no texto legal, de modo que não se pode dizer que a Administração atua tão somente com base na literalidade do texto normativo. Na verdade, o comportamento administrativo pauta-se na norma jurídica, cuja produção é derivada de um processo intelectual do intérprete/administrador que contempla uma concepção de *legitimidade* e *finalidade*.

Desse modo, a legalidade deve ser entendida como o princípio que vincula a Administração a todo o sistema normativo, abrangendo não apenas as leis e normas em sentido estrito (decretos, instruções normativas, portarias etc.), mas também os princípios constitucionais *explícitos* (moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, isonomia) e *implícitos* (razoabilidade, proporcionalidade, boa-fé objetiva, proteção à confiança legítima, segurança jurídica, entre outros). Enfim, na perspectiva do princípio da juridicidade, fica a Administração vinculada ao Direito, sistema normativo composto de regras e princípios.

Sem dúvida, a observância do princípio da juridicidade impõe ao gestor público maior ônus argumentativo na motivação de seus atos. Daí a imprescindibilidade de se externarem todos os elementos fáticos e jurídicos e todas as premissas intelectivas que conduziram o administrador a tomar certa decisão. Ainda nessa perspectiva, sobreleva a importância do respeito ao direito dos administrados por meio de motivação substancial que contemple de fato o respeito aos próprios precedentes administrativos, quando existentes²⁹.

²⁹ Conforme pontua Carvalho (2015, p. 28), “notamos que está cada vez mais nas mãos do aplicador do direito, no caso o juiz e o administrador público, a missão de revelar o sentido efetivo das normas jurídicas, o que, de certa forma, debilita as garantias dos cidadãos, já que o administrado fica, em inúmeras ocasiões, à mercê da capacidade e dos humores destes aplicadores. Daí a importância de que a isonomia seja respeitada também no momento de aplicação da lei (= igualdade na aplicação da lei), sob pena de passarmos a viver sob a máxima distorcida do *rule of men, not of law*, ao invés do consagrado *rule of law, not of men* [...] temos que precedentes administrativos nada mais são do que a exigência de que casos iguais devem ter a mesma resposta da Administração Pública. Ou seja, a Administração Pública, quando estiver diante de situações fáticas similares – e desde que as regras incidentes continuem as mesmas –, deve manter a coerência de suas atuações e dar à situação atual a mesma solução dada à situação anterior. A coerência exigida pelos precedentes administrativos entre as soluções dadas em situações similares acalenta não apenas o princípio da igualdade, mas outros princípios também, dentre os quais destacamos o da segurança jurídica, pois os precedentes permitem ao administrado antever com maior precisão o comportamento da Administração Pública diante de determinadas situações”.

4.1.2 Impessoalidade e igualdade

O princípio da impessoalidade estabelece o dever de o administrador conferir o mesmo tratamento a todos os interessados que se encontrem na mesma situação jurídica. Assim, fica evidenciada a proibição de tratamento discriminatório e privilegiado.

A “igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 244). Esse princípio objetiva proteger a igualdade de expectativa em contratar com a Administração, não estando afastado, pois, o eventual alijamento de um licitante do certame quando verificado o não atendimento de certos requisitos estabelecidos em edital.

Partindo do pensamento de Aristóteles (2001), exposto no Livro 5 da obra *Ética a Nicômaco* – segundo o qual devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade –, não se pode olvidar a possibilidade de a própria lei estabelecer critérios de tratamento diferenciado para determinados licitantes, como se observa nos casos de tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte (LC nº 123/2006), e os critérios de desempate previstos no § 1º do art. 60 da NLL.

4.1.3 Moralidade e probidade administrativa

O princípio da moralidade impõe ao administrador e aos licitantes que pautem sua atuação nos padrões jurídicos da moral, da boa-fé, da lealdade e da honestidade.

A probidade administrativa, por sua vez, volta-se especificamente ao administrador, como uma “moralidade administrativa qualificada”, no sentido de que viola a probidade o agente público que, em suas tarefas e deveres, infrinja os tipos previstos na Lei nº 8.429/1992 (Lei da improbidade administrativa).

4.1.4 Publicidade e transparência

A publicidade dos atos é princípio geral do Direito Administrativo, tratando-se de *condição de validade* da própria licitação (art. 54 da NLL) e *condição de eficácia* do contrato (art. 94 da NLL).

Em atenção ao princípio, além da divulgação ostensiva dos atos praticados durante o certame, é facultado a qualquer cidadão (e não apenas aos participantes da licitação) o amplo acesso aos autos do procedimento licitatório.

Não obstante as implicações do princípio da publicidade, com vistas a viabilizar a própria competitividade dos certames, as Leis nºs 14.133/2021 e 13.303/2016 asseguraram o sigilo do conteúdo das propostas até o momento de sua respectiva abertura. Tal previsão tem o escopo de impedir que um licitante tenha prévio conhecimento do teor da proposta dos demais concorrentes e aufera com isso posição de vantagem na disputa.

A seu turno, a ideia de transparência envolve a maximização do princípio da publicidade, qualificando a postura do Poder Público em assegurar, da melhor forma possível, o acesso à informação para a população em geral. Sobre a correlação entre os princípios, pontua Motta (2018):

A publicidade oficial, por si só, não é capaz de garantir a difusão e o conhecimento da informação. Trata-se de requisito necessário, mas não suficiente para que se prestigie a publicidade em seu aspecto material. A difusão da informação deve ser feita da forma mais ampla possível e assegurada com a utilização dos meios adequados, dependendo de seu objetivo e de seus destinatários. Além da adequação dos meios, deve-se propugnar por uma conexão sistemática com o direito fundamental à informação e com o princípio democrático. Com efeito, para que uma informação possa ser efetivamente apreendida, é necessário que seja transmitida em linguagem adequada ao pleno entendimento por parte do receptor da informação.

O princípio da publicidade pode, sim, ser correlacionado com transparência: exige não somente quantidade (assim entendida a divulgação no maior número possível de meios disponíveis), mas qualidade de informação. Ofende o princípio a disponibilização de informações em linguagem hermética, confusa, tecnicizada além do necessário para a sua correta compreensão. As informações devem ser repassadas com clareza e objetividade para que se possa reforçar o controle e a participação democrática da administração. Sob essa ótica, pode-se falar em transparência como substrato material do princípio da publicidade. Entende-se a publicidade como característica do que é público, conhecido, não mantido secreto. Transparência, ao seu turno, é atributo do que é transparente, límpido, cristalino, visível; é o que se deixa perpassar pela luz e ver nitidamente o que está por trás. A transparência exige não somente informação disponível, mas também informação compreensível.

Os atos administrativos devem ser públicos e transparentes – públicos porque devem ser levados a conhecimento dos interessados por meio dos instrumentos legalmente previstos (citação, publicação, comunicação etc.); transparentes porque devem permitir entender com clareza seu conteúdo e todos os elementos de sua composição, inclusive o motivo e a finalidade, para que seja possível efetivar seu controle. Resumindo em singela frase a reflexão proposta, nem tudo o que é público é necessariamente transparente.

Nesse propósito, é imperioso destacar o advento da Lei nº 12.527/2011 (Lei de acesso à informação), que objetiva assegurar o direito fundamental de acesso à informação, observadas as seguintes diretrizes:

I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II – divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III – utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV – fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V – desenvolvimento do controle social da administração pública (BRASIL, [2021b]).

Na sistemática da Lei nº 14.133/2021, destaca-se a previsão do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) como importante mecanismo de transparência ativa, com a disponibilização de informações centralizadas, completas e em formato de dados abertos.

Nos termos do § 1º do art. 174 da NLL, a gestão do PNCP compete ao Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, colegiado de composição interfederativa, cujo funcionamento e atribuições foram regulamentados pelo Decreto nº 10.764/2021. A designação formal de seus membros foi materializada com a publicação da Portaria do Ministério da Economia nº 9.728, de 24/8/2021, tendo sido o autor deste livro um dos integrantes nomeados, na qualidade de representante do Poder Legislativo.

4.1.5 Eficiência (economicidade, vantajosidade e formalismo moderado)

O princípio da eficiência preconiza a otimização da ação estatal, no sentido de “fazer mais com menos”, ou seja, de conferir excelência nos resultados.

Como alerta Ávila (2003, p. 132), “eficiente é a atuação administrativa que promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos”, de modo que a eficiência “exige mais do que mera adequação. Ela exige satisfatoriedade na promoção dos fins atribuídos à Administração”.

De acordo com Aragão (2004, p. 1),

a eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe[m] ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos.

Derivada de tal concepção, a ideia de formalismo moderado busca superar o dogma da necessidade de interpretação literal de preceitos legais que pode implicar um formalismo exagerado e inútil, prejudicando o andamento dos certames (FURTADO, 2015, p. 36). Ou seja, confere-se ao procedimento licitatório um caráter instrumen-

tal, dado que a licitação é meio, não um fim em si mesma. Esse é o entendimento do STF³⁰ e do STJ³¹.

A compreensão do formalismo moderado já é bastante arraigada na jurisprudência do TCU, conforme se depreende dos trechos de julgados como os Acórdãos nºs 2.302/2012 e 357/2015, ambos do Plenário:

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 2.302/2012 (Plenário) (BRASIL, 2012)).

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados (Acórdão nº 357/2015 (Plenário) (BRASIL, 2015d)).

O atual estágio evolutivo da hermenêutica jurídica não se coaduna com uma postura extremamente formalista do administrador público, que deve pautar-se por uma noção mais complexa e sistêmica do Direito, isto é, por uma noção de *juridicidade*, de modo a superar a concepção de *legalidade estrita* (AMORIM, 2009).

Nesse sentido, merece destaque o disposto no § 1º do art. 64 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 64 [...]

§ 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 (BRASIL, 2021c).

Seguindo essa concepção, a NLL firma como diretrizes o saneamento e a superação de falhas de natureza formal:

Art. 169 [...]

³⁰ De acordo com o voto do ministro Sepúlveda Pertence, relator do RMS nº 23.714/DF (BRASIL, 2000, p. 240), “se a irregularidade praticada pela licitante vencedora [que não atendeu a formalidade prevista no edital licitatório] a ela não trouxe vantagem, nem implicou em desvantagem para as demais participantes, [...] [bem como] se o vício apontado não interfere no julgamento objetivo da proposta, e se não se vislumbra ofensa aos demais princípios exigíveis na atuação da Administração Pública, correta é a adjudicação do objeto da licitação à licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa”.

³¹ Conforme ementa do RMS nº 12.210/SP (BRASIL, 2002, p. 1), “[n]ão se pode perder de vista que a licitação é instrumento posto à disposição da Administração Pública para a seleção da proposta mais vantajosa. Portanto, selecionada esta e observadas as fases do procedimento, prescinde-se do puro e simples formalismo, invocado aqui para favorecer interesse particular, contrário à vocação pública que deve guiar a atividade do administrador”.

§ 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 (BRASIL, 2021c).

Em outras palavras, somente se imporá a anulação do ato quando constatada e justificada a impossibilidade de seu saneamento.

Considerando ser a busca da proposta mais vantajosa o objetivo maior da licitação, devem ser afastadas as exigências meramente formais e burocráticas, de modo que a eventual exclusão de um participante do certame somente se justifica diante do descumprimento de uma regra substancial para a disputa. Afinal, conforme célebre analogia utilizada pelo administrativista francês Benoit (1968 apud REIS, [2015?]), a licitação não pode ser tratada como gincana, na qual se premia o melhor cumpridor do edital. As ações administrativas e a interpretação empreendida pelos agentes públicos devem ser guiadas pela busca da eficiência, economicidade e vantajosidade para a Administração, sem prejuízo da isonomia e da segurança jurídica.

4.2 Princípios setoriais das contratações públicas

Inferem-se da legislação de regência alguns princípios “setoriais” das contratações públicas.

Quanto ao regime contratual das empresas estatais, o art. 31 da Lei nº 13.303/2016 dispõe sobre o dever de observância dos

princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo (BRASIL, 2016).

Por sua vez – com certo exagero didático –, a Lei nº 14.133/2021 elenca um rol de vinte e dois princípios. Contudo, como se verá adiante, grande parte desses princípios é mera derivação dos princípios gerais da Administração arrolados no art. 37 da CRFB.

PRINCÍPIOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	PRINCÍPIOS DERIVADOS ARROLADOS NO ART. 5º DA NLL
Legalidade	Interesse público
	Segurança jurídica

PRINCÍPIOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	PRINCÍPIOS DERIVADOS ARROLADOS NO ART. 5º DA NLL
Impessoalidade	Igualdade
Moralidade	Probidade administrativa
Publicidade	Transparência
Eficiência	Planejamento ³²
	Eficácia
	Celeridade
	Economicidade
	Segregação de funções ³³

Fonte: elaborado pelo autor.

A seguir, serão abordados os princípios setoriais que tipicamente incidem nos regimes das contratações públicas: competitividade, vinculação ao edital, julgamento objetivo e desenvolvimento nacional sustentável e, após, os chamados *postulados normativos aplicativos* da razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica.

4.2.1 Competitividade

Derivado do princípio da isonomia, preconiza que os agentes públicos devem sempre privilegiar a mais ampla competitividade nas licitações, abstando-se de incluir, nos editais, cláusulas ou condições irrelevantes e impertinentes que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo dos certames.

De fato, a própria legislação de regência atribui ao princípio da competitividade o caráter de postulado interpretativo a nortear as ações dos agentes públicos, como o art. 9º, I, *a*, da NLL, que estabelece como vedação ao agente público “I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que: a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório” (BRASIL, 2021c).

4.2.2 Vinculação ao edital (ato ou instrumento convocatório)

Tal princípio é enfatizado no art. 5º da NLL e no art. 31 da Lei nº 13.303/2016 e pressupõe que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital,

³² Abordado no Capítulo 2.

³³ Abordado no Capítulo 3.

ao qual se acha vinculada. Ou seja, dada a necessidade de prévia estipulação das condições de participação no processo de licitação pública – conforme o art. 37, XXI, da CRFB –, os agentes públicos devem observar as regras específicas da disputa como condição de previsibilidade da ação estatal. Ademais, no curso do procedimento licitatório é vedado ao administrador alterar as regras do jogo ou realizar algum ato contrário ao que foi previamente estabelecido no edital.

4.2.3 Julgamento objetivo

Tal princípio orienta os agentes responsáveis pelo julgamento das propostas, devendo os critérios ser objetivamente definidos e previamente fixados no edital. Busca-se, assim, evitar julgamento com base em critérios subjetivos, supervenientes e desconhecidos pelos licitantes.

4.2.4 Desenvolvimento nacional sustentável

Em vista do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil previsto no inciso II do art. 3º e da previsão contida no § 1º do art. 174³⁴, ambos da CRFB, e considerando o poder de compra do Estado brasileiro, com base no princípio do desenvolvimento nacional sustentável as contratações públicas passam a ser normativamente reconhecidas como importante instrumento de política pública para a promoção do desenvolvimento; sob um viés holístico, compreende as dimensões ambiental, econômica, social e cultural.

As compras governamentais permitem que o Estado cumpra suas funções perante os cidadãos, seja em virtude da utilização dos bens e serviços adquiridos pela máquina pública, seja nas situações em que as aquisições são destinadas a abastecer a população do país. Logo, *ressalta-se aqui a importância desse instrumento de política pública, especialmente por conta da magnitude do mercado de compras governamentais no universo dos gastos do Estado, bem como no PIB dos países.*

[...]

A partir dos dados apresentados, é possível dizer que *o mercado de compras governamentais brasileiro tem um tamanho equiparável ao dos países da OCDE.* Para o período analisado, esse peso nunca esteve abaixo de dois dígitos, ou seja, *uma média de 12,5% do PIB no período 2006-2016.* As compras da União representaram, em média, cerca de 50% do mercado de compras governamentais brasileiro durante o período analisado.

[...]

³⁴ “§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento” (BRASIL, [2021a]).

Partindo da premissa de que o *Estado deve assumir um papel indutor do desenvolvimento do país*, salta aos olhos a importância da adoção de políticas pelo governo brasileiro para rescindir ou reverter essas tendências perversas. A partir da literatura explorada neste texto e dos dados apresentados, pode-se afirmar que a política de compras governamentais poderia assumir um importante papel na recuperação da economia do país, pelo seu enorme potencial anticíclico (RIBEIRO; INÁCIO JÚNIOR, 2019, p. 26-27, grifos nossos).

A despeito das proposições legislativas tendentes a consagrar ações afirmativas e tratamento diferenciado para segmentos e situações presumidamente hipossuficientes – como o tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas previstas nos arts. 42 a 48 da LC nº 123/2006 –, o princípio do desenvolvimento nacional sustentável é um vetor hermenêutico nos processos de contratação pública com o fim de se privilegiarem os resultados mais aderentes à maximização do bem-estar coletivo.

4.2.5 Os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade

Conforme classifica Ávila (2019, p. 154-155), os chamados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade constituiriam verdadeiros “postulados normativos aplicativos” necessários “para solucionar questões que surgem com a aplicação do Direito, especialmente para solucionar antinomias contingentes, concretas e externas”. Tratar-se-ia, portanto, de *metanormas* ou *normas de segundo grau*, havendo grande dificuldade em enquadrá-las, pois, como *regras* ou *princípios*³⁵.

Acerca da razoabilidade, diz Ávila (2019, p. 173):

Relativamente à razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.

³⁵ Ver Ávila (2019, p. 158): “as normas de segundo grau, redefinidas como postulados normativos aplicativos, diferenciam-se das regras e dos princípios quanto ao nível e quanto à função. Enquanto os princípios e as regras são objeto da aplicação, os postulados estabelecem os critérios de aplicação dos princípios e das regras. E enquanto os princípios e as regras servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas, ou condutas cuja adoção seja necessária para atingir fins, os postulados servem como parâmetro para a realização de outras normas”.

E, quanto ao postulado da proporcionalidade, que demanda o exame da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade*, Ávila (2019, p. 183-184) observa que

a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico.

[...]

O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valiosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).

4.2.6 O postulado da segurança jurídica

Com base nas observações do administrativista francês Bertrand Mathieu (apud ALMEIDA, 2013, p. 54), a segurança jurídica é

um “princípio matricial”, do qual decorrem “princípios derivados”, que podem ser divididos em dois grupos, segundo tenham por vocação “combater a insegurança que pode afetar as normas jurídicas no fundo ou na forma, ou vencer as incertezas ligadas à aplicação do direito no tempo”, levando, respectivamente a princípios relativos à “exigência de qualidade do Direito” e relativos à “exigência de previsibilidade do Direito” – em linhas gerais, tais ideias são harmônicas com a sistematização que acima se fez mediante as noções de comunicabilidade e estabilidade do Direito.

Logo, integrariam a compreensão de segurança jurídica dois núcleos conceituais elementares: a *certeza* e a *estabilidade*.

A certeza abarca a

noção de que o indivíduo deve estar seguro não só quanto à norma aplicável, mas também quanto ao sentido deôntico que encerra essa mesma norma. Isso implica aspectos técnico-formais de produção de normas jurídicas que podem ser reconduzidos à certeza da vigência, da projeção temporal e do conteúdo das normas jurídicas (VALIM, 2013, p. 75).

Nesse sentido, merece destaque o art. 30 do Decreto-lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)), segundo o qual “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas” (BRASIL, [2018]).

Em relação à previsibilidade, decorrem da ideia de segurança jurídica os princípios da proteção aos direitos adquiridos, da não retroatividade, da estabilidade das relações contratuais e da confiança legítima. Nessa linha, frisem-se os comandos positivados nos arts. 23 e 24 da LINDB.

Assim como a razoabilidade e a proporcionalidade, a segurança jurídica seria um postulado, porquanto, como abordado por Valim (2013, p. 75),

apresenta-se na classe de sobredireito, visto que regula a produção e a aplicação de normas jurídicas. Dirige-se a outras normas jurídicas, as quais se presta a coordenar – formal e temporalmente – em homenagem à previsibilidade, mensurabilidade e estabilidade que deve guardar a atuação do Estado.

No ordenamento brasileiro, a segurança jurídica tem merecido posituação em atos normativos primários notadamente a partir da década de 1990, destacando-se os arts. 2º, 54 e 55 da Lei nº 9.784/1999, o art. 12 da Lei nº 9.868/1999 e o art. 11 da Lei nº 9.882/1999. No plano constitucional, o advento da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004 inseriu o § 1º do art. 103-A na CRFB, o qual, ao prever a possibilidade de edição de Súmula Vinculante pelo STF, expressou como objetivo do instrumento mitigar “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (BRASIL, [2021a]).

REFERÊNCIAS

- AKERLOF, George A. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, [s. l.], v. 84, n. 3, p. 488-500, Aug. 1970. DOI: <https://doi.org/10.2307/1879431>.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípios da administração pública e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 47-64.
- AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. As empresas estatais e a modalidade pregão: impasse ou solução? *Consultor Jurídico*, [s. l.], 5 dez. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-05/victor-amorim-empresas-estatais-modalidade-pregao>. Acesso em: 26 jun. 2021.
- _____. Princípio da juridicidade x princípio da legalidade estrita nas licitações públicas. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2.366, 23 dez. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14065>. Acesso em: 27 jun. 2021.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 1-6, jul./set. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361/44784>. Acesso em: 27 jun. 2021.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 2001.
- ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público*: RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 105-133, abr./jun. 2003.
- _____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2021.
- _____. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe [sobre] a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.
- _____. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.
- _____. *Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007*. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm. Acesso em: 27 jun. 2021.
- _____. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

_____. *Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

_____. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 25 jun. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança nº 21.942/MS*. Recurso ordinário em mandado de segurança. Constitucional e tributário. IPVA. Isenção. Artigo 1º, do Decreto estadual 9.918/2000. Restrição aos veículos adquiridos de revendedores localizados no Estado do Mato Grosso do Sul [...]. Recorrente: Maurício Braga Chapinoti. Impetrados: Secretário de Receita e Controle do Estado de Mato Grosso do Sul e outros. Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Luiz Fux, 15 de fevereiro de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1019971&num_registro=200601086110&data=20110413&formato=PDF. Acesso em: 26 jun. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Recurso Especial nº 584.798/PE*. Administrativo. Importação de bebidas alcoólicas. Portaria nº 113/99, do Ministério da Agricultura e do Abastecimento. Imposição de obrigação não prevista em lei. Afronta ao princípio da legalidade [...]. Recorrente: União. Recorrido: Lício Dias e Companhia Ltda. Relator: Min. Luiz Lux, 4 de novembro de 2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=504909&num_registro=200301571957&data=20041206&formato=PDF. Acesso em: 26 jun. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 12.210/SP*. Recurso ordinário em mandado de segurança. Tomada de preços. Impetração que se funda em pretensão insuficiência técnica da empresa vencedora. Contrato em andamento, com desempenho satisfatório. Prevalência do interesse público [...]. Recorrente: Opensyst Comércio e Serviços de Informática Ltda. Recorrida: Expernet Telemática Ltda. Impetrado: Diretor Geral do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: Min. José Delgado, 19 de fevereiro de 2002. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200000625558&dt_publicacao=18/03/2002. Acesso em: 27 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Constitucional. Administrativo. Terceiro setor. Marco legal das organizações sociais. Lei nº 9.637/98 e nova redação, conferida pela Lei nº 9.648/98, ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93. Moldura constitucional da intervenção do Estado no domínio econômico e social [...]. Requerentes: Partido dos Trabalhadores – PT; Partido Democrático Trabalhista – PDT. Interessados: Presidente da República e outros. Relator: Min. Ayres Britto. Redator do acórdão: Min. Luiz Fux, 16 de abril de 2015a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>. Acesso em: 27 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.026/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. § 1º do artigo 79 da Lei n. 8.906, 2ª parte. “Servidores” da Ordem dos Advogados do Brasil. Preceito que possibilita a opção pelo regime [celetista]. Compensação pela escolha do regime jurídico no momento da aposentadoria. Indenização [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau, 8 de junho de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363283>. Acesso em: 26 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.059/RS*. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito administrativo e constitucional. Lei nº 11.871/02, do Estado do Rio Grande do Sul, que institui, no âmbito da administração pública regional, preferência abstrata pela aquisição de softwares livres ou sem restrições proprietárias [...]. Requerente: Democratas. Interessados: Governador do Estado do Rio Grande do Sul; Assembleia Legislativa do Estado do Rio

Grande do Sul. Relator: Min. Ayres Britto. Redator do acórdão: Min. Luiz Fux, 9 de abril de 2015b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8398297>. Acesso em: 26 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.060/SC*. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional. Partilha de competência legislativa concorrente em matéria de educação (CRFB, art. 24, IX). Lei estadual de Santa Catarina que fixa número máximo de alunos em sala de aula [...]. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – Confenem. Interessados: Governador do Estado de Santa Catarina; Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Luiz Fux, 25 de fevereiro de 2015c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306693749&ext=.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 927/RS*. Constitucional. Licitação. Contratação administrativa. Lei n. 8.666, de 21.06.93 [...]. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso, 3 de novembro de 1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346697>. Acesso em: 26 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 23.714/DF*. Licitação: irregularidade formal na proposta vencedora que, por sua irrelevância, não gera nulidade. Recorrente: Unisys Brasil Ltda. Recorrido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 5 de setembro de 2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116038>. Acesso em: 27 jun. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 357/2015*. Representação, com pedido de medida cautelar. Supostas irregularidades ocorridas em procedimento licitatório, relacionadas à desclassificação indevida de licitante com proposta mais vantajosa. Vício insanável no motivo determinante do ato de desclassificação [...]. Representante: Air Time Engenharia e Instalações Ltda. Entidade: Colégio Pedro II. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Bruno Dantas, 4 de março de 2015d. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/357%252F2015/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 26 jun. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 2.302/2012*. Agravo interposto pelo Ministério Público junto ao TCU em processo de representação. Cautelar concedida e posteriormente suspensa pelo então relator do feito. Provedimento do agravo interposto pelo Ministério Público. Restabelecimento da cautelar anteriormente concedida [...]. Representante: Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (MP/TCU). Agravantes: Lucas Rocha Furtado; Consórcio Rodovia Capixaba. Relator: Min. Raimundo Carreiro, 29 de agosto de 2012. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2302%252F2012/%2520/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 26 jun. 2021.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Das normas gerais: alcance e extensão da competência legislativa concorrente*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. rev., ampl. e atual. até 31/12/2012. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes administrativos no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015. (Biblioteca de Direito Administrativo).

DEZAN, Sandro Lúcio. *Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo: para uma teoria da decisão administrativa*. Curitiba: Juruá, 2018.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 1-32.

HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 109-132.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Luiz Fernando Bandeira de; AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. O que esperar da nova lei de licitações. *Migalhas*, [s. l.], 29 mar. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342592/o-que-esperar-da-nova-lei-de-licitacoes>. Acesso em: 26 jun. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 25, n. 100, p. 127-162, out./dez. 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181992>. Acesso em: 26 jun. 2021.

MOTTA, Fabrício. *Função normativa da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. Publicidade e transparência são conceitos complementares. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 1º fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/interesse-publico-publicidade-transparencia-sao-conceitos-complementares>. Acesso em: 27 jun. 2021.

NÓBREGA, Marcos; CAMELO, Bradson; TORRES, Ronny Charles L. *Pesquisa de preços nas contratações públicas, em tempos de pandemia*. [S. l.: s. n., 2020]. Disponível em: <https://www.tatianacamara.com.br/wp-content/uploads/Artigo-COMPLETO-PESQUISA-DE-PREC%CC%A7OS-NAS-CONTRATAC%CC%A7O%CC%83ES-PU%CC%81BLICAS-EM-TEMPOS-DE-PANDEMIA-RC-MN-BC-Final.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2021.

NÓBREGA, Marcos. *Direito e economia da infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

OTERO, Paulo. *Direito do procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1.

REIS, Heraldo da Costa; MACHADO JÚNIOR, José Teixeira. *A Lei 4.320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 35. ed. rev. e atual. por Heraldo da Costa Reis. Rio de Janeiro: Ibam, 2015.

REIS, Luciano Elias. *Julgamento dos atestados de capacidade técnica e o formalismo moderado*. [S. l.]: Coluna Jurídica JML, [2015?]. Disponível em: https://www.jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=106. Acesso em: 27 jun. 2021.

RIBEIRO, Cássio Garcia; INÁCIO JÚNIOR, Edmundo. O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise. *Texto para Discussão*, Brasília, DF, n. 2.476, p. 1-31, maio 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34850. Acesso em: 27 jun. 2021.

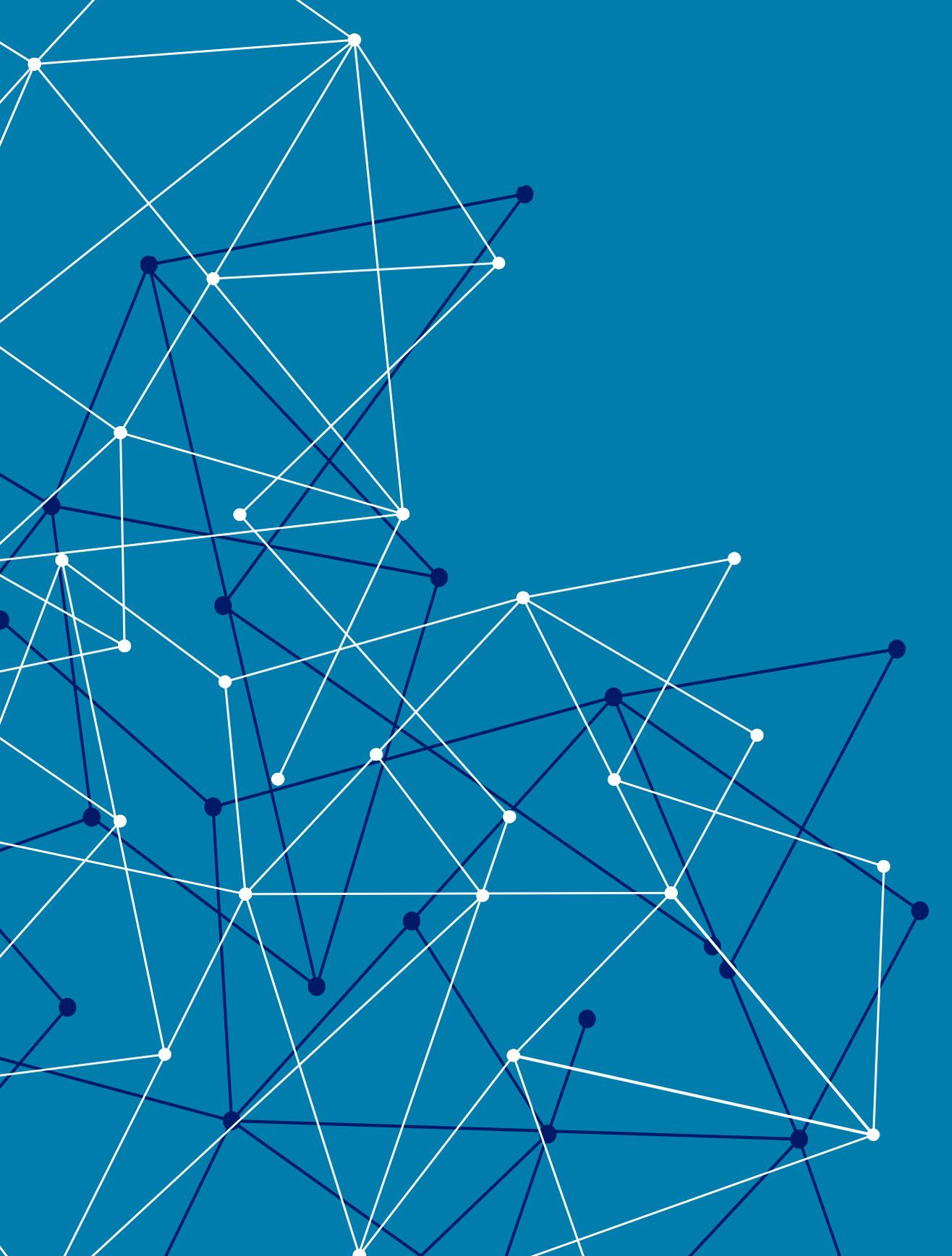
SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.



VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 65-94.

VICKREY, William. Counterspeculation, auctions, and competitive sealed tenders. *The Journal of Finance*, [s. l.], v. 16, n. 1, p. 8-37, Mar. 1961. DOI: <https://doi.org/10.2307/2977633>.



Capítulo 2

Fase preparatória: o planejamento da contratação pública

1 As macrofases do processo de contratação pública

A Lei nº 8.666/1993 consagrou a concepção segundo a qual o *procedimento administrativo licitatório* se compõe de três etapas ou fases sequenciais e inter-relacionadas: a *preparatória* (também chamada de *fase de planejamento*), a *seleção dos fornecedores* (também chamada de *fase externa*) e a *contratual*.

A Lei nº 14.133/2021 incorpora essa “clássica” estrutura segmentada do procedimento licitatório; inclusive, é possível delimitar topograficamente os dispositivos correspondentes:

- a) *fase preparatória*: Capítulo II do Título II;
- b) *fase externa*: Capítulos IV ao VII do Título II;
- c) *fase contratual*: Título III.

Apesar do longo rol de conceitos legais vertidos no art. 6º, não há na NLL a definição dos termos *licitação*, *processo licitatório* e *procedimento licitatório*. Quanto às duas últimas expressões, considerando a discussão doutrinária sobre *processo* e *procedimento*¹, não se vislumbra uma técnica linear de utilização dos termos no novo diploma. Diversamente do observado na Lei nº 8.666/1993², a NLL vale-se da expressão *procedimento licitatório* em apenas três oportunidades. Quanto ao termo *processo licitatório*, há 37 referências ao longo do texto legal, conforme a redação sancionada em 1º/4/2021.

No sistema da Lei nº 14.133/2021, o uso da expressão *processo licitatório* parece conduzir à percepção de que o legislador adotou a premissa de que o *processo* seria um

¹ Para o estado da arte de tal discussão doutrinária, ver Cunha (2017, p. 30-40).

² A Lei nº 8.666/1993, em seu art. 4º, optou pela expressão *procedimento*: “o procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública” (BRASIL, [2021a]).

procedimento em contraditório, notadamente na *fase externa*, dada a potencialidade de contraposição de interesses recíprocos dos licitantes aos da Administração:

a diversidade de conceitos (processo e procedimento) não significa exclusão, contradição ou colidência. Como dito, *são ângulos distintos de um mesmo fenômeno jurídico, relacionado com a limitação democrática do poder e a garantia da obtenção da decisão mais adequada e satisfatória*. Pode afirmar-se que *toda atividade administrativa desenvolvida no âmbito pré-contratual é caracterizada pela procedimentalização* (mesmo nas hipóteses de contratação direta, sem licitação). Por outro lado, *poderá aludir-se a processo sempre que existir contraposição de interesses*. Essa contraposição de interesses poderá configurar-se entre a Administração e um particular, ou mesmo entre diversos particulares (JUSTEN FILHO, 2019, p. 155, grifos nossos).

Com base na leitura do inciso IX do art. 6º, da alínea *a* do inciso I do art. 9º, do § 5º do art. 15, do § 2º do art. 25, do inciso VIII do art. 32, do inciso I do § 2º do art. 81 e do § 6º do art. 88, infere-se a relação entre o termo *processo licitatório* e a *fase de seleção dos fornecedores*.

Fazendo coro à percepção de Celso Antônio Bandeira de Mello³, optamos por passar ao largo dessa discussão doutrinária sobre *processo* e *procedimento*, realçando a lógica de procedimentalização da vontade administrativa, por meio de um íter, de um “ritual” previamente estabelecido em lei, de produção sequencial e organizada de atos, o que é inerente ao Estado Democrático de Direito.

Por se tratar de um procedimento administrativo, a licitação deve ser compreendida com um conjunto ordenado e sucessivo de atos praticados por agentes públicos (ou nesta condição) e por particulares objetivando a consecução de um efeito final consubstanciado na seleção da proposta de contratação mais vantajosa.

Desse modo, *a vontade da Administração em empreender uma contratação materializa-se no procedimento*, porquanto “no domínio da atuação pública, que toda a expressão de vontade se subordina sempre, à luz dos postulados de um Estado de Direito, a um procedimento normativamente disciplinado” (OTERO, 2016, p. 21). Daí *a importante compreensão da procedimentalização da atividade administrativa, assegurando amplo controle social e participação dos interessados*, destacando-se, inclusive, a ideia sacramentada no art. 4º da Lei nº 8.666/1993 de direito público subjetivo à fiel observância do procedimento estabelecido na legislação de regência.

Afinal, como pontua Otero (2016, p. 32), “seguir o procedimento administrativo é obedecer ao itinerário que o legislador achou mais justo, adequado e racional para se obter a expressão da vontade administrativa”, de modo que “*o procedimento se torna*

³ “Não há como negar que a nomenclatura mais comum no Direito Administrativo é procedimento, expressão que se consagrou entre nós, reservando-se, no Brasil, o *nomen juris* processo para os casos contenciosos, a serem soltos por um ‘juízo administrativo’, como ocorre no ‘processo tributário’ ou nos ‘processos disciplinares de servidores públicos’. Não é o caso de armar-se um ‘cavalo de batalha’ em torno de rótulos” (MELLO, 2009, p. 481, grifo nosso).

fonte de legitimação decisória, permitindo que a aceitabilidade social das decisões se faça independentemente de seu conteúdo” (AMORIM, 2020, p. 24, grifos nossos).

Com esteio na leitura sistemática da NLL, depreende-se da expressão *licitação* uma associação com a noção legal de *processo licitatório* e, por conseguinte, com a *fase externa* ou a *fase de seleção do fornecedor*. Afinal, basta verificar o contexto de inserção da palavra *licitação* em expressões como *afastamento da licitação* (art. 12, III), *disputar licitação* (art. 14, *caput*), *participar da licitação* (art. 14, III), *conclusão da licitação* (art. 18, § 1º, VI), *modalidades de licitação* (art. 28), *competitividade da licitação* (art. 31, § 3º), *edital de licitação* (art. 53), entre outras.

Sob o prisma constitucional, o inciso XXI do art. 37 da CRFB vale-se da expressão *processo de licitação pública* ao instituir, como regra geral, a realização de disputa isonômica entre interessados previamente à consumação de qualquer contratação pública.

E não se pode olvidar que as hipóteses de exceção ao dever de licitar (hipóteses de contratação direta) se qualificam justamente por antonímia a *licitação*, que pressupõe no contexto a noção de *disputa*, de *hasta*, de *certame*. Afinal, fala-se em *dispensa de licitação* e em *inexigibilidade de licitação*. Isto é, a Administração deve realizar um procedimento de contratação direta, mas não realizará uma *licitação* (certame); não há, pois, em tais situações, *fase externa* ou *fase de seleção do fornecedor* propriamente dita.

Essa discussão é elementar para a delimitação das *macrofases* do processo de contratação, compreendendo a chamada *fase preparatória* a etapa preliminar, iniciada com a formalização da demanda administrativa e encerrada no ato de publicidade do edital.

2 Planejamento da contratação: visão sistêmica e governança

Com o planejamento da contratação busca-se o atendimento das necessidades da Administração à luz dos princípios constitucionais incidentes sobre as atividades administrativas – em especial, a eficiência. Daí a imprescindibilidade de profissionalização e planejamento das atividades de preparação das licitações e das contratações diretas.

Ainda que o procedimento não venha a resultar em licitação, dada a incidência concreta das hipóteses de contratação direta, o planejamento é indispensável; mesmo nas dispensas e nas inexigibilidades, deverão ser observados os objetivos expressos no art. 11 da NLL e os princípios da Administração Pública. De todo modo, como abordado no tópico 5 do Capítulo 7, o art. 72 da Lei nº 14.133/2021 consigna a essencialidade da realização da fase preparatória para as contratações diretas.

O adequado planejamento é a garantia mínima para satisfazer à necessidade da Administração, uma vez que licitação por si mesma não assegura que foi de fato atendida a demanda que motivou a realização de todo o procedimento. Com base numa lógica de eficiência no agir administrativo, a contratação deve ser compreendida de modo sistêmico, pois há uma intrínseca e lógica correlação entre os ciclos da contratação pública: *planejamento, seleção do fornecedor e contratação*.

Reconhecendo a imprescindibilidade de uma perspectiva de gestão e da visão sistêmica dos processos e das estruturas de contratação, a Lei nº 14.133/2021 estabeleceu a governança como seu principal pilar, conforme o parágrafo único do art. 11:

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 (BRASIL, 2021b).

A governança compreende processos e estruturas interrelacionadas capazes de viabilizar o alinhamento e a coesão de ações e atores, a redução de conflitos de papéis e pretensões, a eficiência nas atividades e condutas, em vista da consecução de objetivos previamente definidos e atrelados à otimização do desempenho organizacional.

Conforme dispõe o TCU,

[a] governança pode ser descrita como um sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sociedade, alta administração, servidores ou colaboradores e órgãos de controle. Em essência, a boa governança pública tem como propósitos conquistar e preservar a confiança da sociedade, por meio de conjunto eficiente de mecanismos, a fim de assegurar que as ações executadas estejam sempre alinhadas ao interesse público (BRASIL, 2014b, p. 17).

Em importante diagnóstico materializado no Acórdão nº 2.622/2015 (Plenário), a Corte de Contas federal pontuou que a governança nas contratações compreen-

deria “essencialmente o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das aquisições, com objetivo de que as aquisições agreguem valor ao negócio da organização, com riscos aceitáveis” (BRASIL, 2015a).

O parágrafo único do art. 11 da Lei nº 14.133/2021 evidencia a responsabilidade da “alta administração” de cada órgão ou entidade por implementar, avaliar, monitorar e direcionar os processos e estruturas de governança de suas contratações. Por “alta administração” entendem-se os agentes públicos que dirigem a organização em nível estratégico, correspondendo em geral aos ordenadores de despesa em cada órgão e entidade e que ostentem maior envergadura hierárquica na organização.

Em seu relatório de fiscalização transcrito no Acórdão nº 2.622/2015 (Plenário), a Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas do TCU (Selog) fez constatar importantes esclarecimentos acerca da distinção de papéis entre a “alta administração” (nível estratégico) e as unidades gestoras, responsáveis pela execução das contratações:

24. Com respeito à distinção entre governança e gestão das aquisições, cabe frisar: não são sinônimos, embora sejam complementares e interdependentes. Governança refere-se à definição do que deve ser executado (direção), e gestão refere-se à forma como se executa. Por exemplo, diversas organizações (e.g., IBGC, GAO e OCDE) preconizam que uma boa prática de governança é estabelecer política (diretrizes) para a gestão de riscos (inclusive das aquisições). Entretanto, a implementação dessa política não é função da governança, e sim da gestão. Já o controle da gestão é função da governança, ou seja, a gestão deve ser monitorada quanto ao cumprimento das diretrizes estabelecidas e quanto aos resultados obtidos.

25. Ressalte-se, por fim, que a responsabilidade pela gestão dos recursos organizacionais pode ser delegada, mas não a responsabilidade pela prestação de contas. Por isso, os atos de avaliar, direcionar e monitorar a gestão das aquisições são de responsabilidade primária da alta administração das organizações e não podem ser delegados. Obviamente, não se está afirmando que os membros da alta administração devam assumir a execução das atividades de gestão das aquisições, mas sim que é responsabilidade deles prover a estrutura e garantir uma boa governança das aquisições (BRASIL, 2015a).

A divisão de papéis entre nível de *direção* e de *execução* encontra fundamento no art. 10 do Decreto-lei nº 200/1967, cujo § 4º estabelece competir “à estrutura central de direção o estabelecimento das normas, critérios, programas e princípios, que os serviços responsáveis pela execução são obrigados a respeitar na solução dos casos individuais e no desempenho de suas atribuições” (BRASIL, [1998]).

Portanto, na sistemática da NLL a governança das contratações é fundamental, impondo-se o envolvimento da *alta administração*, que imprimirá uma visão estratégica

e orientada na estruturação dos processos de aquisição do órgão ou da entidade, tendo em vista a *gestão de riscos* (organizacionais e dos processos de contratação) e a *gestão de competências* dos agentes públicos envolvidos (art. 7º, *caput* e § 1º, da NLL).

De acordo com o parágrafo único do art. 11, a gestão de riscos deve necessariamente integrar a governança das contratações, porquanto se trata de “um instrumento de tomada de decisão da alta administração que visa a melhorar o desempenho da organização pela identificação de oportunidades de ganhos e de redução de probabilidade e/ou impacto de perdas, indo além do cumprimento de demandas regulatórias” (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2007, p. 12).

Quanto ao envolvimento das estruturas de execução das diretrizes de governança, deve-se salientar o comando do § 3º do art. 8º da Lei nº 14.133/2021 acerca do dever de edição, no âmbito de cada órgão e entidade, de um regulamento orgânico para uma clara e adequada definição dos papéis (matriz de competências) e dos fluxos operacionais internos. Em relação ao planejamento das contratações, é fundamental que esse regulamento orgânico compreenda: a) a delimitação do *setor demandante* e do *setor técnico*; b) o estabelecimento dos responsáveis pela elaboração dos artefatos de planejamento (estudo técnico preliminar, termo de referência, projeto básico e pesquisa de preços); c) a delimitação do papel e abrangência de atuação do *agente de contratação*; e d) procedimentos de suporte do setor técnico, da assessoria jurídica e do controle interno aos agentes públicos.

3 Os instrumentos e artefatos de planejamento

3.1 Plano anual de contratações

Como corolário da ênfase no planejamento e como um dos instrumentos de materialização da governança (e ainda que estabeleça como uma ação facultativa), a Lei nº 14.133/2021 introduz o *plano de contratações anual* no inciso VII do art. 12 e no *caput* e § 1º, II, do art. 18.

O objetivo do plano é a consolidação da previsão de aquisições e contratações pretendidas pelo órgão ou entidade no exercício financeiro seguinte. Basicamente, o plano será elaborado com base nas demandas dos setores requisitantes, num processo prévio e necessário de consulta. Após a reunião das informações, deverá haver uma instância de análise crítica das demandas projetadas, podendo ser consignados aos setores demandantes apontamentos de revisão, redimensionamento ou reformulação.

Por se tratar de um instrumento de planejamento, é fundamental que na regulamentação da matéria se prevejam mecanismos de tratamento e avaliação relativos à inserção e alteração de eventuais demandas supervenientes, em razão da imprevisibilidade e de contingências reconhecidas pela instância competente para a deliberação.

Nos termos do *caput* e do § 1º, II, do art. 18 da NLL, diante da instituição do plano de contratações anual, na fase preparatória de cada contratação deverá ser evidenciada a compatibilização com o plano, bem como a demonstração da previsão da contratação no referido instrumento.

3.2 Documento de formalização da demanda

Como se viu nos tópicos anteriores, a fase preparatória da contratação inicia-se com a formalização da *demanda administrativa*, que, a bem da verdade, corresponde a uma necessidade primária ou secundária da Administração.

A fim de viabilizar o desenvolvimento dos documentos essenciais à etapa preparatória da licitação, é fundamental a adequada caracterização formal da demanda pela unidade administrativa que detenha a atribuição de gerenciar, controlar ou supervisionar a necessidade da Administração.

Em geral denominada *setor requisitante*, essa unidade deverá providenciar o documento de formalização da demanda informando os dados básicos para a devida instrução do processo licitatório: necessidade da contratação e a explicitação da motivação, e demonstrativo de resultados a serem alcançados.

Nesse sentido, destaca-se como praxe na Administração Pública federal a institucionalização do Documento de Oficialização de Demanda, atualmente disciplinado no art. 10 da IN da Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia (SGD) nº 1/2019. A denominação *documento de formalização de demanda* foi consagrada na Lei nº 14.133/2021, em especial no inciso VII do art. 12 e no inciso I do art. 72.

Note-se que, segundo a lógica de segregação de funções e gestão por competências (ver a introdução do Capítulo 3), não necessariamente será o *setor requisitante* a unidade responsável pela especificação do objeto; tal função deve ser atribuída ao *setor técnico*, como unidade que detém a expertise para, diante da necessidade e dos resultados pretendidos da contratação, providenciar a realização dos estudos preliminares e do documento de planejamento da contratação: *termo de referência* (TR) ou *projeto básico* (PB).

3.3 Estudos preliminares

Como instrumento de um adequado planejamento, é imprescindível que a Administração adote como praxe a realização de estudos preliminares para – com dados empíricos e informações objetivamente verificáveis e sob o prisma da eficiência e aderência à configuração do mercado – embasar a delimitação da solução mais adequada para o atendimento da demanda administrativa formalizada no documento inicial do processo de contratação (ver o tópico 3.2 do Capítulo 2).

O art. 6º, XX, da NLL conceitua o *estudo técnico preliminar* (ETP) como o

documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação (BRASIL, 2021b).

Seu conteúdo mínimo é fixado nos §§ 1º e 2º 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;

[...]

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

[...]

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

[...]

VIII – *justificativas para o parcelamento ou não da contratação*;

[...]

XIII – *posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina* (BRASIL, 2021b, grifos nossos).

Em vista dos requisitos de contratação previamente definidos conforme a necessidade da Administração, por meio dos estudos preliminares será realizada a fase preparatória: o levantamento e identificação de quais soluções existentes

no mercado têm potencial de alcançar os resultados pretendidos e de atender à necessidade administrativa contemplando aspectos como economicidade, eficácia, eficiência e padronização. Ao se referir à “estimativa do valor da contratação”, o inciso VI do § 1º não está a exigir, já na oportunidade de elaboração do ETP, a realização de efetiva pesquisa de preços em conformidade com os ditames do art. 23 da NLL. A informação no ETP acerca da projeção aproximada de custos, quando possível, é importante fator de avaliação comparativa entre as soluções disponíveis no mercado sob a perspectiva de vantagem econômica.

Da sistemática da Lei nº 14.133/2021 extrai-se que a realização do ETP seria, em regra, indicada nas contratações precedidas de licitação. Ademais, vislumbramos como imperiosa a realização do ETP quando, por outros meios, a Administração já não tenha pré-definido a solução mais adequada para as suas necessidades, sobretudo diante de avaliações gerais baseadas em procedimentos de centralização de compras (art. 19, I) e elaboração de catálogos padronizados (art. 19, II).

Por sua vez, por determinação do inciso I do art. 72 da NLL, seria possível afastar pontualmente a necessidade de realizar o ETP em algumas hipóteses de contratação direta (dispensa e inexigibilidade)⁴.

3.4 Documento essencial de planejamento: termo de referência e projeto básico

Remonta ao Decreto-lei nº 200/1967⁵ a indicação da necessidade de um documento que contenha informações e dados básicos para viabilizar a contratação; tal indicação foi reiterada no Decreto-lei nº 2.300/1986⁶, que antecedeu a Lei nº 8.666/1993.

Valendo-se da metáfora de Santana, Camarão e Chrispim (2016, p. 13), os instrumentos do planejamento da contratação, como TR e PB, “contêm os códigos genéticos da licitação e do contrato que vier a ser lavrado”.

Assim, a Lei nº 14.133/2021 estabelece a imprescindibilidade dos documentos básicos para a contratação de qualquer tipo de objeto, seja mediante licitação, seja por dispensa ou inexigibilidade.

⁴ Ver o tópico 5 do Capítulo 7.

⁵ “Art. 139. A licitação só será iniciada após definição suficiente do seu objeto e, se referente a obras, quando houver anteprojeto e especificações bastantes para perfeito entendimento da obra a realizar” (BRASIL, [1998]).

⁶ “Art. 6º As obras e os serviços só podem ser licitados, quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente, e contratados somente quando existir previsão de recursos orçamentários. [...] Art. 13. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos financeiros para seu pagamento” (BRASIL, [1993]).

	CABIMENTO	CONTEÚDO
Termo de referência	bens e serviços comuns	<p>Art. 6º, XXIII:</p> <p>a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;</p> <p>b) 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;</p> <p>c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;</p> <p>d) requisitos da contratação;</p> <p>e) 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;</p> <p>f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;</p> <p>g) critérios de medição e de pagamento;</p> <p>h) forma e critérios de seleção do fornecedor;</p> <p>i) 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; e</p> <p>j) adequação orçamentária.</p>
Projeto básico	obras, serviços de engenharia e serviços especiais	<p>Art. 6º, XXV:</p> <p>a) levantamentos topográficos e cadastrais, sondagens e ensaios geotécnicos, ensaios e análises laboratoriais, estudos socioambientais e demais dados e levantamentos necessários para execução da solução escolhida;</p> <p>b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a evitar, por ocasião da elaboração do projeto executivo e da realização das obras e montagem, a necessidade de reformulações ou variantes quanto à qualidade, ao preço e ao prazo inicialmente definidos;</p> <p>c) identificação dos tipos de serviços a executar e dos materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como das suas especificações, de modo a assegurar os melhores resultados para o empreendimento e a segurança executiva na utilização do objeto, para os fins a que se destina, considerados os riscos e os perigos identificáveis, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;</p> <p>d) informações que possibilitem o estudo e a definição de métodos construtivos, de instalações provisórias e de condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;</p> <p>e) subsídios para a montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendidos a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; e</p> <p>f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, obrigatório exclusivamente para os regimes de execução previstos nos incisos I, II, III, IV e VII do <i>caput</i> do art. 46 da Lei.</p>

Fonte: elaborado pelo autor com base na Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021b).

Em resumo: no TR ou no PB são consolidados os elementos necessários e suficientes à definição e ao dimensionamento do objeto da contratação.

Apesar de aplicável em tese apenas para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, o § 3º do art. 18 da NLL admite a possibilidade excepcional de adoção de TR para obras e serviços comuns de engenharia quando demonstrada no ETP “a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados”, sendo, em tal contexto, “dispensada a elaboração de projetos” (BRASIL, 2021b).

3.5 Anteprojeto

Para os casos de obras, serviços de engenharia e serviços especiais, além da necessária realização do ETP, poderá haver a elaboração do anteprojeto, conceituado no inciso XXIV do art. 6º da NLL como a “peça técnica com todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico”. Os elementos mínimos do anteprojeto estão arrolados no mesmo inciso do art. 6º.

3.6 Projeto executivo

Para a realização de obras, a Lei nº 14.133/2021 estabelece como obrigatório o chamado *projeto executivo*, conceituado no inciso XXVI do art. 6º como o

conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, com o detalhamento das soluções previstas no projeto básico, a identificação de serviços, de materiais e de equipamentos a serem incorporados à obra, bem como suas especificações técnicas, de acordo com as normas técnicas pertinentes (BRASIL, 2021b).

Conquanto determine a indispensabilidade do projeto executivo, o art. 46 c/c o § 3º do art. 18 da NLL preveem o afastamento pontual da necessidade de “elaboração de projetos” quando no ETP para contratação de obras e serviços comuns de engenharia for “demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados” (BRASIL, 2021b).

Em regra o projeto executivo deve integrar a fase preparatória da licitação – ou seja, é registrado como um anexo necessário do edital para viabilizar a adequada e suficiente compreensão, pelo mercado e pela Administração, da complexidade do objeto. Contudo, assim como observado nas Leis nºs 8.666/1993 e 12.462/2011, a própria Lei nº 14.133/2021, em seu § 4º do art. 14, prevê a possibilidade de incluir a elaboração do projeto executivo como encargo do contrato. Note-se que, nos regimes de contratação

integrada e *semi-integrada*, necessariamente o contrato será o responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, sendo que naquele também elaborará o PB⁷.

3.7 Estimativa de custos: pesquisa de preços

As contratações públicas – decorrentes seja de procedimento licitatório, seja de contratação direta – devem ser precedidas de estimativa de custos, a fim de se viabilizar um parâmetro apto a aferir a adequação dos preços a serem praticados pela Administração em vista dos valores de mercado.

O *caput* do art. 23 da NLL é explícito ao preconizar que

o valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto (BRASIL, 2021b).

Para isso, a Administração deve empreender pesquisa de preços por meio de consulta às fontes capazes de representar o mercado – o que se denomina *cesta de preços aceitáveis*⁸ – e observar a atualidade e a diversidade de fontes de pesquisas, tais como banco de dados de preços públicos, contratações similares de outros entes públicos, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo e, de forma residual, pesquisa junto aos fornecedores⁹.

Ainda sob a égide da Lei nº 8.666/1993 e com suporte nos julgados do TCU, observa-se certa proeminência dos preços obtidos em base de dados como o Painel de Preços do Governo Federal e de contratações similares de outros entes públicos, de modo que, obtido pelo menos três preços com tais parâmetros, não seria necessária a consulta às demais fontes, em especial a cotação direta solicitada ao fornecedor¹⁰.

Inspirado na experiência exitosa da Instrução Normativa do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) nº 5/2014¹¹, o § 1º do art. 23 da Lei nº 14.133/2021 dispõe sobre os parâmetros a serem considerados na composição da *cesta de preços aceitáveis*, conferindo ao “regulamento” a atribuição de definir detalhadamente os

⁷ Sobre os regimes de contratação, ver o tópico 4.1 deste Capítulo.

⁸ Ver os Acórdãos do TCU nºs 868/2013 e 2.170/2007, ambos do Plenário.

⁹ Ver o Acórdão TCU nº 2.637/2015 (Plenário): “As estimativas de preços prévias às licitações devem estar baseadas em cesta de preços aceitáveis, tais como os oriundos de pesquisas diretas com fornecedores ou em seus catálogos, valores adjudicados em licitações de órgãos públicos, sistemas de compras (Comprasnet), valores registrados em atas de SRP, avaliação de contratos recentes ou vigentes, compras e contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes” (BRASIL, 2015b).

¹⁰ Ver os Acórdãos nºs 299/2011 e 2.816/2014, ambos do Plenário, e o Acórdão nº 3.452/2011, da 2ª Câmara.

¹¹ Posteriormente revogada pela Instrução Normativa Seges nº 73/2020.

procedimentos operacionais para a realização de pesquisa de preços a fim de se adquirirem bens e de se contratarem serviços em geral.

§ 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 (BRASIL, 2021b, grifo nosso).

Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial quando houver grande variação entre os valores apresentados. Para a desconsideração dos preços inexequíveis ou excessivamente elevados deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.

Com efeito, a pesquisa de preços deve ser compreendida sob um prisma procedimental, porquanto não se trata da emissão de um ato estanque: ela envolve uma série de levantamentos de dados, análises críticas das informações apuradas e tomadas de decisão pelos agentes competentes.

Inegavelmente, prioriza-se a adoção de *preços públicos*, mais aderentes à realidade da contratação, na qual a Administração – com todas as suas particularidades – figura como uma das partes contratantes. Logo, numa perspectiva mercadológica, devem ser utilizados parâmetros que mais se aproximem da realidade conjuntural da negociação a ser entabulada por um órgão público, sujeito a uma série de limitações e posturas pautadas na legislação e, na maioria das circunstâncias, em condições distintas daquelas em que o contratante é um agente privado. Não se pode negar que, para o mercado, há um alto custo transacional de contratar com a Administração, de modo que, ao se adotar como parâmetro o *preço público*, ter-se-ia um valor já “transacionado”, ou seja, já contemplados os fatores e informações projetadas pelo

particular. Evidentemente, ao compor a cesta de preços, o setor técnico responsável deve verificar a aderência dos valores praticados em outras contratações públicas com as características e os ritos de execução do objeto que se pretende contratar, sob pena de utilização de um dado incompatível que resultará no desvirtuamento do valor estimado.

Conforme dispõe o § 1º do art. 23, foi disciplinada pela IN Seges nº 65/2021 a regulamentação dos procedimentos de pesquisa de preços para os órgãos e entidades integrantes do Sisg.

3.7.1 Estimativa de custos para obras e serviços de engenharia

No que se refere à pesquisa de preços para obras e serviços de engenharia, com esteio na regulamentação específica materializada no Decreto nº 7.983/2013 e nos entendimentos externados pelo TCU, o § 2º do art. 23 da Lei nº 14.133/2021 estabelece uma ordem de prioridade quanto aos parâmetros de obtenção dos valores referenciais:

§ 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 (BRASIL, 2021b, grifos nossos).*

Quanto aos procedimentos específicos, o mesmo parágrafo do art. 23 refere-se à pormenorização mediante *regulamento*.

O § 3º do mesmo art. 23 prevê a possibilidade de adoção, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, de outros sistemas referenciais de custos, desde que as respectivas contratações “não envolvam recursos da União”. Mesmo antes do advento da NLL, as disposições do Decreto nº 7.983/2013 deveriam ser observadas por Estados, Distrito Federal e Municípios em caso de realização de contratações com recursos

provenientes de transferência voluntária da União, em vista da necessária previsão desse vínculo nos instrumentos de convênio e de repasse¹².

Assim, para as obras e serviços de engenharia, a estimativa deve ser obtida com base em custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi)¹³, no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro)¹⁴, no caso de obras e serviços rodoviários.

Quanto aos itens da planilha que não tenham referência nesses sistemas, recomenda-se a apuração do preço estimado com base nos parâmetros referidos nos incisos II e III do § 2º do art. 23 da Lei nº 14.133/2021.

Além disso, nas contratações de obras e serviços de engenharia é essencial a “apresentação de orçamento analítico, com a discriminação dos itens que compõem o BDI, de modo a permitir a aferição dos percentuais utilizados como base para a estipulação da taxa total e a comparação dos preços apresentados pelas licitantes” (Acórdão nº 1.802/2011 do TCU (Plenário) (BRASIL, 2011)). Afinal, os *benefícios e despesas indiretas* (BDI), a despeito de não implicarem oneração direta da execução contratual, “contempla[m] a remuneração da empresa construtora e suas despesas indiretas, isto é, garantia, risco e seguros, despesas financeiras, administração central e tributos”, tratando-se de “um percentual que, aplicado sobre o custo da obra, eleva-o ao preço final dos serviços” (BRASIL, 2014a, p. 21).

De acordo com o § 2º do art. 23 da NLL e com o art. 9º do Decreto nº 7.983/2013, ao preço global estimado com base no levantamento dos custos de materiais e serviços deverá ser acrescido o valor correspondente ao BDI, cuja composição mínima compreenderá: “I – taxa de rateio da administração central; II – percentuais de tributos incidentes sobre o preço do serviço, excluídos aqueles de natureza direta e personalística que oneram o contratado”¹⁵; “III – taxa de risco, seguro e garantia do empreendimento; e IV – taxa de lucro” (BRASIL, [2019]).

¹² “Art. 16. Para a realização de transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, os órgãos e entidades da administração pública federal somente poderão celebrar convênios, contratos de repasse, termos de compromisso ou instrumentos congêneres que contenham cláusula que obrigue o beneficiário ao cumprimento das normas deste Decreto nas licitações que realizar para a contratação de obras ou serviços de engenharia com os recursos transferidos” (BRASIL, [2019]).

¹³ “O Sinapi deverá ser mantido pela Caixa Econômica Federal – CEF, segundo definições técnicas de engenharia da CEF e de pesquisa de preço realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE” (art. 3º, parágrafo único, do Decreto nº 7.983/2013 (BRASIL, [2019])).

¹⁴ A manutenção e a divulgação do Sicro são de atribuição do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), conforme dispõe o art. 4º do Decreto nº 7.983/2013.

¹⁵ Nesse sentido, nos termos do Acórdão nº 38/2018 (Plenário), a atual jurisprudência do TCU considera “irregular a inclusão do IRPJ ou da CSLL nas planilhas de custo ou no BDI do orçamento base de obra. O IRPJ e a CSLL

Como boa prática nas contratações de obras e serviços de engenharia, recomenda-se examinar as conclusões acerca do percentual total dos BDI exaradas pelo TCU no Acórdão nº 2.622/2013 (Plenário), no qual foram explicitados percentuais referenciais por “tipo de obra” e “para itens de mero fornecimento de materiais e equipamentos” (BRASIL, 2013c).

Por envolver atividade técnica da área de engenharia, as planilhas orçamentárias deverão ser sujeitas a anotação de responsabilidade técnica (ART)¹⁶ e constarão dos autos do processo licitatório e como anexo obrigatório dos editais de licitação.

4 Formalidades para obras e serviços de engenharia

Em conformidade com o art. 45 da Lei nº 14.133/2021, as licitações para a execução de obras e serviços de engenharia deverão observar as normas relativas à:

- 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 (BRASIL, 2021b).

Conforme a regra específica estabelecida no § 4º do art. 115 da NLL, “nas contratações de obras e serviços de engenharia, sempre que a responsabilidade pelo licenciamento ambiental for da Administração, a manifestação prévia ou licença prévia, quando cabíveis, deverão ser obtidas antes da divulgação do edital” (BRASIL, 2021b)¹⁷.

não podem ser repassados ao contratante, dada a sua natureza direta e personalística, não devendo tais tributos constar em item da planilha de custos ou na composição do BDI” (BRASIL, 2018).

¹⁶ De acordo com o art. 3º da Resolução do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Confea) nº 1.025/2009, “[t]odo contrato escrito ou verbal para execução de obras ou prestação de serviços relativos às profissões abrangidas pelo Sistema Confea/Crea fica sujeito ao registro da ART no Crea em cuja circunscrição for exercida a respectiva atividade. Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo também se aplica ao vínculo de profissional, tanto a pessoa jurídica de direito público quanto de direito privado, para o desempenho de cargo ou função técnica que envolva atividades para as quais sejam necessários habilitação legal e conhecimentos técnicos nas profissões abrangidas pelo Sistema Confea/Crea” (CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA, [2017]).

¹⁷ Acerca dos instrumentos de planejamento para a contratação de obras e serviços de engenharia (anteprojeto, PB e projeto executivo), ver tópicos 3.4, 3.5 e 3.6 deste Capítulo.

Especificamente para as licitações de obras e serviços de engenharia e arquitetura, o § 3º do art. 19 da NLL veicula o comando de preferencialidade, da adoção da *modelagem da informação da construção* – denominação oriunda do inglês *Building Information Modelling* (BIM) – ou de “tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substituí-la” (BRASIL, 2021b). A utilização do BIM foi regulamentada no Decreto nº 10.306/2020, no qual ele é conceituado como 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, que sirva a todos os participantes do empreendimento, em qualquer etapa do ciclo de vida da construção” (art. 3º, II) (BRASIL, 2020).

4.1 Regimes de execução para obras e serviços de engenharia

De acordo com o art. 46 da NLL, poderão ser admitidos os seguintes regimes de execução para obras e serviços de engenharia:

Empreitada por preço unitário	“contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas” (art. 6º, XXVIII)
Empreitada por preço global	“contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo e total” (art. 6º, XXIX)
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” (art. 6º, XXX)
Contratação por tarefa	“regime de contratação de mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais” (art. 6º, XXXI)
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” (art. 6º, XXXII)
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” (art. 6º, XXXIII)
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” (art. 6º, XXXIV)

Fonte: elaborado pelo autor com base na Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021b).

Consoante o § 9º do art. 46 da NLL, os regimes de execução *empreitada por preço global*, *empreitada integral*, *contratação por tarefa*, *contratação semi-integrada* e *contratação integrada* serão licitados por preço global e adotarão a 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.

4.1.1 Distinção entre empreitada por preço global e empreitada por preço unitário

A distinção entre os regimes de execução apresenta relevância diante das repercussões práticas durante o desenvolvimento do contrato, em especial no que se relaciona à forma de medição dos serviços realizados.

Sobre o tema, com base no Acórdão nº 1.977/2013 (Plenário), o TCU uniformizou o entendimento acerca das condições necessárias para a adequada adoção do regime de *empreitada por preço global* (EPG) e a *empreitada por preço unitário* (EPU). O voto do ministro relator Valmir Campelo salientou que a EPG se diferencia da EPU pelos riscos imputados ao contratado e pelo critério de medição utilizado para viabilizar o pagamento pelos serviços prestados.

A rigor, por envolver a contratação por preço certo e total, a opção pela EPG deverá decorrer de amplo conhecimento da Administração acerca das características e repercussões da execução do objeto, devendo objetivamente especificar no edital de licitação as regras para as medições, a exemplo dos pagamentos após cada etapa concluída do empreendimento ou de acordo com o cronograma físico-financeiro da obra, em atendimento ao que dispõe o § 9º do art. 46 da NLL.

Como destaca o ministro Valmir Campelo no mesmo Acórdão,

no regime de EPG, o projeto básico deve conter informações para permitir que as medições sejam feitas de modo adequado, assim entendido como sendo feitas por etapas. Desse modo, é imprescindível, na contratação por EPG, uma definição clara e inequívoca das etapas físicas que constituem o todo. Tais elementos é que permitirão o estabelecimento de marcos para cada uma dessas etapas, ao término das quais caberão os pagamentos. Essas medidas facilitarão o monitoramento e o controle das obras por parte de quem as fiscalizará (BRASIL, 2013b).

Por sua vez, na execução da EPU a remuneração do contratado corresponde, em termos exatos, ao serviço efetivamente prestado, possibilitando a divisão do objeto contratado em unidades independentes. Dessa forma, como a retribuição pecuniária ao particular está adstrita àquilo que foi executado, na EPU o valor e a periodicidade do pagamento são variáveis.

Em suma, adotado o regime de EPG e realizada a mediação da parcela correspondente, o particular será remunerado integralmente pelo valor correspondente à etapa (parcela) adimplida conforme estabelecido no cronograma físico-financeiro, sendo vedada à Administração a realização de glosa ou retenção parcial sob a alegação de que, baseada na aferição da efetiva execução de unidades específicas, não foram executados determinados itens conforme quantitativos originalmente previstos na planilha de composição de custos apresentada pelo particular com base no que constava do ato convocatório. Ou seja, se assim fosse possível, estar-se-ia admitindo, de forma unilateral, a alteração superveniente do regime de EPG para o de EPU, o que seria atentatório ao direito do particular, dado que, nos termos do mesmo Acórdão, em contratos tipo EPG existe “a premissa de que [...] a análise global do contrato (e do equilíbrio contratual) prevalece sobre a aferição de itens unitários” (BRASIL, 2013b).

Assim, em virtude das distintas características dos regimes citados, esse Acórdão do TCU consignou que a EPG deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem executados, ao passo que a EPU deve ser preferida para objetos que por sua natureza não permitam a precisa indicação dos quantitativos orçamentários.

4.1.2 Distinção entre empreitada por preço global e empreitada integral

De acordo com a redação da Lei nº 14.133/2021, os regimes de *empreitada integral* e de EPG assemelham-se bastante.

Para melhor compreender a *empreitada integral* faz-se uma analogia com um instituto do direito norte-americano denominado *turn key* (“virar a chave”), cabível em obras e serviços de maior complexidade, com integração entre determinados equipamentos, de modo que à Administração interesse seu funcionamento, não a sua mera construção e entrega.

Nesse sentido, no Roteiro de Auditoria de Obras Públicas, aprovado pela Portaria nº 33/2012 da Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), o TCU reconhece que “[a] empreitada integral é especialmente indicada para a implantação de projetos complexos, que exigem conhecimentos e tecnologias que não estão disponíveis a uma única empresa. O proprietário contrata o projeto global com uma empresa ‘integradora’ e recebe o projeto concluído, pronto para operação” (BRASIL, 2012, p. 89). Em outras palavras, a *empreitada integral* é uma espécie de EPG indicada especialmente para projetos mais complexos, os quais envolvem aspectos de funcionalidade que conduzam ao interesse da Administração em delegar a sua execução plena ao particular para que entregue o objeto do contrato em plenas condições de funcionamento, bastando, então, “virar a chave”.

Desse modo, ao adotar o regime de *empreitada integral*, a Administração objetiva o estabelecimento de uma unidade operacional, além da mera infraestrutura física executada pelo contratado. Como observa Nóbrega (2020, p. 96-97),

não seria razoável uma Empreitada Integral para a construção de um edifício residencial por conta da inexistência de uma atividade operacional desenvolvida a partir desse imóvel. Por outro lado, seria possível uma Empreitada Integral para a construção de uma hidroelétrica, uma rodovia concessionada ou um presídio. Dá-se, pois, a entrega de um bem em condições de operação e esse caráter de continuidade diferencia a Empreitada Integral da simples empreitada por preço global. No caso da Empreitada Integral, o particular, além de construir o bem, fica incumbido de tomar as providências para sua correta operação.

4.1.3 O regime de contratação integrada

O regime de contratação integrada na NLL tem clara inspiração na experiência instituída pela Lei nº 12.462/2011, referente ao RDC.

Fundamentalmente, compreende no objeto da licitação a elaboração e o desenvolvimento, como encargo do contratado, dos projetos básico e executivo, além evidentemente da própria execução da obra ou do serviço de engenharia, incluindo o fornecimento de bens ou a prestação de serviços especiais e a realização da montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

Como prevê o § 2º do art. 46 da NLL, ainda que não seja elaborado o PB na fase preparatória da licitação, deverá a Administração elaborar anteprojeto de acordo com metodologia definida em ato do órgão competente, observados os requisitos estabelecidos no inciso XXIV do art. 6º da Lei nº 14.133/2021.

Concluída a elaboração do PB pelo contratado, o conjunto de desenhos, especificações, memoriais e cronograma físico-financeiro deverá ser submetido à aprovação da Administração, que avaliará sua adequação aos parâmetros definidos no edital e sua conformidade com as normas técnicas, vedadas alterações que reduzam a qualidade ou a vida útil do empreendimento e mantida a responsabilidade integral do contratado pelos riscos associados ao PB.

4.1.4 O regime de contratação semi-integrada

No regime de contratação semi-integrada, a elaboração do projeto executivo é compreendida no objeto da licitação, como encargo do contratado.

O § 5º do art. 46 da NLL admite a alteração do PB no regime de contratação semi-integrada, desde que previamente autorizado da Administração e desde que se demonstre

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. Nessa hipótese, o contratado assumirá a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do PB.

4.1.5 Previsões específicas para os regimes de contratação integrada e semi-integrada

Dada a complexidade dos regimes de contratação integrada e semi-integrada, o § 3º do art. 22 da NLL estabelece a obrigatoriedade de ser contemplada no edital da licitação a “matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado”. O § 4º do mesmo art. 22 define que “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” (BRASIL, 2021b).

Quanto à execução do contrato, o art. 133 da Lei nº 14.133/2021 preconiza que,

[n]as hipóteses em que for adotada a contratação integrada ou semi-integrada, é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto nos seguintes casos:

I – para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior;

II – por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites estabelecidos no art. 125 desta Lei;

III – por necessidade de alteração do projeto nas contratações semi-integradas, nos termos do § 5º do art. 46 desta Lei;

IV – por ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração (BRASIL, 2021b).

5 Formalidades para as compras

O art. 40 da Lei nº 14.133/2021 estabelece importantes diretrizes a serem observadas no planejamento das compras públicas, devendo sempre ser observada a expectativa de consumo anual dos bens e produtos, além de

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 (BRASIL, 2021b).

Cumpra observar que, de acordo com o § 1º do art. 40, a especificação dos produtos e equipamentos deverá levar em conta não apenas as características técnicas da composição do bem em si, mas também: a) os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança; b) a indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso; e c) a especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.

Há um importante alerta no art. 44 da NLL: durante a elaboração do ETP, não há que se presumir como solução mais adequada a aquisição de produto ou equipamento; sempre devem ser considerados “os custos e os benefícios de cada opção, com indicação da alternativa mais vantajosa” (BRASIL, 2021b).

Quanto à padronização, o art. 43 da Lei nº 14.133/2021 condiciona a observância de um *processo* específico para lastrear com dados empíricos e justificativas técnicas a opção pela imposição de uniformização das características e da estética dos bens a serem adquiridos:

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 (BRASIL, 2021b).

Ainda quanto às formalidades para as compras, notadamente quando envolverem a aquisição de itens de consumo “para suprir as demandas das estruturas da

Administração Pública”, é preciso que, na instrução da fase preparatória, seja demonstrado que tais itens são de “qualidade comum, não superior à necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam”, porquanto o art. 20 da Lei nº 14.133/2021 estabelece, de forma categórica, a vedação à aquisição de “artigos de luxo”. Os critérios e limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo serão estabelecidos em regulamento a ser editado no âmbito de cada Poder e, por simetria, em cada esfera federativa. No caso do Poder Executivo federal, a matéria foi regulamentada pelo Decreto nº 10.818/2021, no qual se conceituou *bem de luxo* como o “bem de consumo com alta elasticidade-renda da demanda, identificável por meio de características tais como: a) ostentação; b) opulência; c) forte apelo estético; ou d) requinte”.

5.1 A questão do parcelamento das compras

Conforme orienta o art. 40, V, *b*, da NLL, no planejamento das compras deverá ser atendido o chamado *princípio do parcelamento* “quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso”.

Assim, sendo tecnicamente viável a divisibilidade do quantitativo de aquisição almejado, a Administração deve realizar o parcelamento com vistas a aumentar a participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, o fornecimento ou a aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas.

Note-se que, como resultado do parcelamento do objeto, cada *item* ou *grupo* (também denominado *lote*) será licitado de forma autônoma, ainda que reunido formalmente num mesmo procedimento licitatório. Um exemplo: determinado órgão público pretende adquirir 10.000 resmas de papel branco tamanho A4 e, com o fim de ampliar a disputa e assegurar um maior número de vencedores, parcela o objeto da licitação em quatro grupos de 2.500 resmas de papel cada um, possibilitando a contratação de quatro fornecedores distintos.

A orientação para o parcelamento do objeto tem o propósito de ampliar a disputa do certame e garantir à Administração uma proposta mais vantajosa, sem prejuízo da *economia de escala*, pois, a depender do caso, será mais vantajoso para o Poder Público concentrar a aquisição numa única empresa, uma vez que o custo de produção unitário será menor caso a venda contemple um maior quantitativo.

Com efeito, a Administração deverá realizar essas ponderações em cada caso e, nos autos do processo administrativo, registrar de forma justificada a opção pelo não parcelamento de objetos que em tese poderiam ser tecnicamente divididos. Em todo

caso, entende-se que a vantajosidade da opção pelo parcelamento também deverá ser apontada na fase preparatória da licitação.

Partindo dos constructos jurisprudenciais desenvolvidos pelo TCU, o § 2º do art. 40 da NLL positiva as diretrizes a serem consideradas pelo administrador para a observância do parcelamento das compras:

- 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 (BRASIL, 2021b).

Por sua vez, o § 3º do mesmo art. 40 antecipa os pressupostos para o eventual afastamento da diretriz do parcelamento:

§ 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 (BRASIL, 2021b).

Em resumo, pela sistemática da Lei nº 14.133/2021, a regra é o parcelamento do objeto de natureza divisível, sendo admitido como exceção o não parcelamento, desde que tal opção da Administração seja devidamente justificada no processo administrativo, como nas hipóteses externadas no § 3º do art. 40.

Note-se que o tratamento da matéria na NLL em muito é tributário da jurisprudência do TCU, em especial do enunciado da Súmula nº 247:

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade (BRASIL, [2016]).

Na redação da própria Súmula e de outros acórdãos do TCU, a regra da adoção do critério de julgamento *por item* é apenas preferencial, não sendo tecnicamente indicada quando ocasionar “prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala”.

Em relação ao alcance da Súmula nº 247, no Acórdão nº 2.796/2013 (Plenário), com voto do ministro José Jorge, o próprio TCU pontuou que a orientação pretendeu “consolidar o entendimento prevaemente nesta Casa, no sentido de que é condenável a adjudicação por preço global, por representar, no geral, restrição à competitividade. Não teve a referida Súmula a pretensão de condenar a adjudicação por lotes” (BRASIL, 2013d).

Além do disposto no § 3º do art. 40 da NLL, outros fatores igualmente relevantes podem ser agregados às exceções à regra de adjudicação por item, tais como: a) o baixo valor estimado do item, o que poderia mitigar o interesse de participação do mercado; e b) a elevada quantidade de itens numa mesma licitação, o que tenderia a aumentar o risco de tumulto e a reduzir a eficiência do certame, dada a quantidade de lances, documentação e incidentes processuais decorrentes.

5.2 A questão da indicação de marcas

Como corolário dos princípios da isonomia, moralidade e eficiência, entende-se que em regra será vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços: a) com características e especificações exclusivas; b) que não tenham similaridade com outros disponíveis no mercado; e c) com marcas e modelos específicos.

Busca-se, dessa forma, evitar o chamado *direcionamento da licitação*, por meio do qual a Administração, mesmo sem indicar uma marca determinada, apresenta especificações técnicas de um bem que, dada a configuração do mercado, poderão ser atendidas somente por um produto.

Todavia, até mesmo em razão da jurisprudência construída pelo TCU com base no § 5º do art. 7º da Lei nº 8.666/1993, a própria Lei nº 14.133/2021, nas alíneas *a*, *b* e *c* do inciso I do art. 41, arrola as hipóteses nas quais seria admitida, “desde que formalmente justificada”, a indicação de uma ou mais marcas ou modelos:

- 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 (BRASIL, 2021b).

Em tais casos, a indicação da marca específica seria um critério de aceitabilidade da proposta, de modo que somente seriam consideradas aptas as ofertas que veiculassem as marcas ou modelos admitidos pelo edital.

A hipótese de que trata a alínea *d* do inciso I do art. 41 não se refere à exigência de uma marca específica, mas apenas à possibilidade de referência a determinado produto ou equipamento para facilitar a compreensão pelos licitantes da descrição do objeto

almejado pela Administração. Nessa hipótese, sugere-se a utilização da expressão *ou similar*, devendo ser observado o procedimento previsto no art. 42 da NLL para a prova de *qualidade* ou *similaridade* do produto ofertado e que não coincida com a marca ou modelo indicado como referência.

Por outro lado, o inciso III do art. 41 da NLL prevê a possibilidade de a Administração vedar a contratação de determinadas marcas ou modelos de produtos e equipamentos “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” (BRASIL, 2021b).

6 Minuta do edital de licitação

Após a conclusão dos artefatos de planejamento, com todos os elementos fáticos, técnicos e jurídicos exigidos no *caput* do art. 18 da Lei nº 14.133/2021, os autos deverão seguir para o setor responsável pela elaboração da minuta de edital, observado o disposto no art. 25 desse diploma legal¹⁸.

7 A análise de legalidade da fase preparatória

Formulada a minuta do edital, conforme o art. 53 da NLL “o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação” (BRASIL, 2021b).

A definição de qual será a *assessoria jurídica* dependerá da estrutura e regulamentação interna de cada órgão ou entidade pública, observado o § 3º do art. 8º da Lei nº 14.133/2021.

De forma diversa da prevista no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, na sistemática da NLL a análise da assessoria jurídica é mais ampla, devendo compreender todas as etapas da “fase preparatória”, e não apenas da minuta do edital e do instrumento contratual.

Evidentemente, a Lei não confere ao órgão de assessoramento jurídico a atribuição de imiscuir-se em questões de ordem estritamente técnica presentes nos documentos de planejamento (ETP, TR, PB e pesquisa de preços), porquanto tratar-se-ia de competência meritória atrelada à expertise das respectivas unidades técnicas responsáveis pela confecção dos artefatos de planejamento. A bem da verdade, quanto a tais documentos e etapas da fase preparatória, a assessoria jurídica deve ater-se à verificação

¹⁸ Ver o tópico 4.3.1 do Capítulo 5.

de conformidade formal com as normas legais e regulamentares de regência (v.g., conteúdo mínimo, exigências de justificativas específicas e procedimentos regulados), observada a necessidade de apontamento de flagrantes impropriedades nas manifestações técnicas quando passíveis de serem constatadas sob uma óptica “ordinária”¹⁹.

Consoante o § 1º do art. 53 da Lei nº 14.133/2021,

[na] elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá: I – apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade; II – redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica (BRASIL, 2021b).

É possível ao órgão jurídico elaborar pareceres sequenciais em relação aos atos da fase preparatória e à própria minuta de edital, em vista dos apontamentos realizados para a consideração das unidades responsáveis pela instrução dos autos, de modo que, como apontado pelo TCU no Acórdão nº 521/2013 (Plenário), “havendo o órgão jurídico restituído o processo com exame preliminar, torna-se necessário o retorno desse, após o saneamento das pendências apontadas, para emissão de parecer jurídico conclusivo, sobre sua aprovação ou rejeição” (BRASIL, 2013a)²⁰.

71 Adoção de minutas-padrão de editais e a possibilidade de dispensa da análise jurídica

Com vistas a assegurar maior eficiência e segurança jurídica aos procedimentos licitatórios, a NLL confere preferência à elaboração e à adoção modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados (art. 19, IV), chegando a estabelecer no § 2º do art. 19 que a não utilização de tais minutas-padrão “deverá ser justificada por escrito e anexada ao respectivo processo licitatório” (BRASIL, 2021b).

O inciso IV do art. 19 da NLL preconiza que os modelos de minutas deverão ser elaborados com o “auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno”.

Em relação ao controle prévio de legalidade de que trata o art. 53 da Lei nº 14.133/2021, o § 5º do dispositivo prevê a possibilidade de ser dispensada a análise jurídica quando, existindo previsão em “ato da autoridade jurídica máxima competente”, houver a “utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico” (BRASIL, 2021b).

¹⁹ Ver o tópico 4 do Capítulo 3.

²⁰ Sobre a responsabilidade do parecerista, ver o tópico 4.1.1 do Capítulo 3.

Confere-se também a possibilidade de esse ato da autoridade jurídica máxima prever outras hipóteses de dispensa da análise jurídica considerando o baixo valor, a baixa complexidade da contratação e a entrega imediata do objeto da contratação.

8 A autorização da deflagração do processo licitatório e da divulgação do edital

Segundo o § 3º do art. 53, a análise de legalidade da assessoria jurídica deve necessariamente anteceder a aprovação da minuta do edital e a autorização de sua divulgação pela autoridade competente.

Apesar de obrigatória no processo de contratação, a manifestação conclusiva da assessoria jurídica não vincula a autoridade superior, que de fato detém a competência para autorizar a deflagração do procedimento licitatório e que, ao aprovar a minuta em caráter definitivo, transforma o documento em edital propriamente dito.

Caso venha a divergir, no todo ou em parte, do parecer do órgão jurídico, como consignado pelo TCU no Acórdão nº 521/2013 (Plenário), a autoridade “deverá apresentar por escrito a motivação dessa discordância antes de prosseguir com os procedimentos relativos à contratação, arcando, nesse caso, integralmente com as consequências de tal ato, na hipótese de se confirmarem, posteriormente, as irregularidades apontadas pelo órgão jurídico” (BRASIL, 2013a).

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Decreto nº 10.024/2019. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/573456>. Acesso em: 7 jul. 2021.

BRASIL. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe [sobre] a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 8 jul. 2021.

_____. *Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986*. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1993]. [Revogado]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 8 jul. 2021.

_____. *Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013*. Estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D7983.htm. Acesso em: 7 jul. 2021.

_____. *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 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10306.htm. Acesso em: 8 jul. 2021.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 7 jul. 2021.

_____. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 7 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 38/2018*. Representação de unidade técnica. Índícios de irregularidades na utilização dos recursos federais – contrato de repasse. Paralisação das obras, com 7,25% de execução. Diligências, inspeção e audiências. Rejeição parcial das razões de justificativa [...]. Recorrentes: Município de Goiânia; Ana Cristina Abdallah. Entidade: Município de Goiânia-GO. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (Serur); Secretaria de Controle Externo no Estado de Goiás (Secex-GO). Relator: Min. Aroldo Cedraz, 17 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/38%252F2018/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 8 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 521/2013*. Representação. Supostas falhas em processos licitatórios apontadas pelo órgão jurídico e possivelmente ignoradas pela unidade contratante. Realização de diligências com vistas à obtenção de informações acerca da adoção de possíveis medidas saneadoras pela contratante [...]. Interessada: Consultoria Jurídica da União em São José dos Campos/SP. Entidade: Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – MCT. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo – SP (Secex-SP). Relator: Min. Augusto Sherman, 13 de março de 2013a. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/521%252F2013/%2520>

DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 8 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 1.802/2011*. Fiscobras 2011. Depen. Caixa. Estado Rio Grande do Sul. PT 14.421.0661.8914.0001/2011 – apoio à construção e ampliação de estabelecimentos penais. Construção da penitenciária estadual de Bento Gonçalves/RS. Falhas no projeto básico [...]. Interessado: Congresso Nacional. Entidade: Secretaria de Fiscalização de Obras 1 (SECOB-1). Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Obras 1 (SECOB-1). Relator: Min. Raimundo Carreiro, 6 de julho de 2011. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1802%252F2011/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 8 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 1.977/2013*. Administrativo. Estudo sobre aplicação do regime de empreitada por preço global na contratação de obras públicas. Determinação à Segecex. Ciência da deliberação adotada ao Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. Arquivamento. Interessado: Tribunal de Contas da União. Entidade: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Valmir Campelo, 31 de julho de 2013b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1977%252F2013/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 8 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 2.622/2013*. Administrativo. Conclusão dos estudos desenvolvidos pelo grupo de trabalho interdisciplinar constituído por determinação do Acórdão n. 2.369/2011 – Plenário [...]. Interessado: Tribunal de Contas da União. Entidade: Tribunal de Contas da União. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Obras Aeroportuárias e de Edificação – SecobEdif. Relator: Min. Marcos Bemquerer, 25 de setembro de 2013c. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2622%252F2013/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 8 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 2.622/2015*. Levantamento. Governança e gestão das aquisições na administração pública federal. Análise sistêmica das oportunidades de melhoria. Recomendações aos órgãos governantes superiores. Interessado: Tribunal de Contas da União. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog). Relator: Min. Augusto Nardes, 21 de outubro de 2015a. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2622%252F2015/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 7 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 2.637/2015*. Representação. Falhas em desclassificação de proposta mais vantajosa. Pedido de cautelar. Oitiva prévia. Confirmação dos pressupostos. Adoção de cautelar. Oitivas. Desclassificação indevida [...]. Entidade: Fundação Nacional de Saúde. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog). Relator: Min. Bruno Dantas, 21 de outubro de 2015b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2637%252F2015/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 7 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 2.796/2013*. Representação com pedido cautelar. Pregão eletrônico. Registro de preços. Índícios de irregularidades. Concessão da medida excepcional pleiteada. Agravo. Conhecimento. Provimento parcial [...]. Interessada: Aliança Papéis, Indústria e Comércio Ltda. Entidade: Secretaria de Educação e do Esporte do Estado de Alagoas. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado de Alagoas (Secex-AL). Relator: Min. José Jorge, 16 de outubro de 2013d. Disponível em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2796%252F2013/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 8 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Obras públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas*. 4. ed. Brasília, DF: TCU, Segecex, 2014a. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/obras-publicas-recomendacoes-basicas-para-a-contratacao-e-fiscalizacao-de-obras-e-edificacoes-publicas.htm>. Acesso em: 8 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública*. 2. ed. Brasília, DF: TCU, 2014b. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/84/34/1A/4D/43B0F410E827A0F42A2818A8/2663788.PDF>. Acesso em: 8 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. Secretaria-Geral de Controle Externo. *Portaria-Segecex nº 33, de 7 de dezembro de 2012*. Aprova revisão do Roteiro de Auditoria de Obras Públicas, declarando-o documento público, revoga suas versões anteriores, e dá outras providências. Brasília, DF: TCU, Segecex, 2012. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A159B6EC170159B7A9382B0701>. Acesso em: 8 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmulas nº 001 a 289*. [Brasília, DF]: TCU, [2016]. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>. Acesso em: 8 jul. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA. *Resolução nº 1.025, de 30 de outubro de 2009*. Dispõe sobre a Anotação de Responsabilidade Técnica e o Acervo Técnico Profissional, e dá outras providências. Brasília, DF: Confea, [2017]. Disponível em: <https://normativos.confea.org.br/downloads/1025-09.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2021.

CUNHA, Bruno Santos. *Aplicabilidade da Lei federal de processo administrativo*. São Paulo: Almedina, 2017. (Coleção Monografias).

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Guia de orientação para o gerenciamento de riscos corporativos*. São Paulo: IBGC, 2007. (Cadernos de Governança Corporativa, 3). Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Paginas/Publicacao.aspx?PubId=22121>. Acesso em: 8 jul. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

NÓBREGA, Marcos. *Direito e economia da infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. *Termo de referência: o impacto da especificação do objeto e do termo de referência na eficácia das licitações e contratos*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.



Capítulo 3

Os agentes responsáveis pelo procedimento de contratação

Entre as substanciais alterações promovidas pela Lei nº 14.133/2021 no regime de contratação da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, destaca-se a regulação da atuação dos agentes públicos nas atividades administrativas, de gestão e de controle, relacionadas à NLL.

Merece aplausos a preocupação dos legisladores em erigir a governança como um dos pilares das contratações públicas, conferindo à “alta administração do órgão ou entidade”, nos termos do parágrafo único do art. 11, a responsabilidade por “implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos” em vista dos objetivos da licitação previstos no *caput* do mesmo art. 11. Cumpre também à alta administração a promoção de “um ambiente íntegro e confiável” para “assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações” (BRASIL, 2021c). Conforme o inciso I do art. 2º da Portaria Seges nº 8.678/2021, a alta administração é a instância composta por “gestores que integram o nível executivo do órgão ou da entidade, com poderes para estabelecer as políticas, os objetivos e conduzir a implementação da estratégia para cumprir a missão da organização” (BRASIL, 2021d).

A governança supõe uma adequada política de pessoal, com a promoção da *gestão por competências* como ferramenta de alinhamento estratégico de pessoas aos objetivos organizacionais, o que envolve, entre outros aspectos, a busca da profissionalização na gestão pública, além da capacitação e atualização sistemática e constante dos agentes públicos envolvidos nos processos de contratação em todas as suas dimensões e fases.

Um dos pioneiros conceitos normativos de gestão por competências encontra-se no art. 2º, II, do Decreto nº 5.707/2006: “gestão da capacitação orientada para o desenvolvimento do conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes necessárias ao desempenho das funções dos servidores, visando ao alcance dos objetivos da instituição” (BRASIL, [2019b]). Portanto, a gestão por competências é um modelo gerencial com o propósito de “orientar esforços para planejar, captar, desenvolver e

avaliar, nos diferentes níveis da organização e das pessoas que dela participam, as competências necessárias à consecução dos objetivos organizacionais” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 15).

Ao realizar a avaliação da situação da governança e da gestão de pessoas em 330 unidades organizacionais da Administração Pública federal, por meio do Acórdão nº 3.023/2013 (Plenário) o TCU indicou a gestão por competências como instrumento da governança estratégica de pessoas:

69. Tal modelo é o primeiro passo para o estabelecimento da gestão por competências, a qual é um instrumento da governança de pessoas. O modelo consiste na descrição das competências (conhecimentos, habilidades e atitudes) necessárias para o bom desempenho das ocupações existentes na organização. A identificação de competências requeridas pela organização é a base da gestão estratégica de pessoas, sendo fundamental para alinhar os processos de gestão de pessoas com a estratégia estabelecida pela organização (OCDE, 2010).

70. Ademais, as competências permitem a integração dos diversos processos de gestão de pessoas a partir do estabelecimento de um quadro de referência comum. O objetivo é potencializar a agregação de valor do capital humano por intermédio de processos – de recrutamento, seleção, desenvolvimento, avaliação de desempenho, promoção, sucessão, entre outros – que priorizem as competências desejadas pela organização.

71. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE afirma que a principal vantagem dos modelos de competências é permitir ao governo trabalhar “de forma mais sistemática e mais orientada para metas no planejamento da força de trabalho e dos investimentos em recursos humanos” (OCDE, 2010, p. 133).

72. A gestão por competência é amplamente reconhecida como instrumento gerador de forte orientação para o desempenho, pois prioriza os resultados a serem alcançados, e não as atividades a serem executadas pelos servidores (BRASIL, 2013b).¹

Como corolário da governança e da compreensão de gestão por competências, há de ser observada a diretriz de compartimentação de atribuições e competências, devendo a autoridade responsável pela designação dos agentes públicos que atuarão na aplicação da NLL “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” (art. 7º, § 1º) (BRASIL, 2021c).

Para isso, em atenção ao disposto no § 3º do art. 8º, é essencial a edição de um *regulamento orgânico* para estabelecer matriz de competências e responsabilidade aderente à realidade da estrutura do órgão ou da entidade, bem como do fluxo operacional relativo ao detalhamento dos procedimentos de contratação a serem realizados:

¹ Trechos do Relatório do Levantamento realizado pela Secretaria de Fiscalização de Pessoal (Sefip-TCU) integrante do Acórdão nº 3.023/2013 do TCU (Plenário).

Art. 8º [...]

§ 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 (BRASIL, 2021c).

Como instrumento de boa governança, a edição desse regulamento ocorrerá no âmbito de cada órgão e entidade, pautada pelas diretrizes de segregação de funções e mitigação de riscos decorrentes do acúmulo de atribuições estratégicas (art. 7º, § 1º) – e, em observância ao art. 169 da NLL, na instituição de mecanismos de controle preventivo *pari passu*.

1 Requisitos gerais de designação dos agentes públicos que desempenharão as funções essenciais à aplicação da Lei nº 14.133/2021

A NLL dedica um capítulo próprio aos agentes públicos (Capítulo IV do Título I). Seu art. 7º estabelece requisitos gerais a serem considerados na designação dos “agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei”.

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 (BRASIL, 2021c).

Portanto, de forma geral, o art. 7º trata dos agentes públicos que atuarão nos procedimentos administrativos de contratação, em todas as suas fases: *preparatória*, *externa* e *contratual*. Segundo dispõe o § 2º do mesmo art. 7º, esses requisitos gerais de designação dos agentes públicos também se aplicam aos servidores integrantes dos “órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração”.

Especificamente quanto ao inciso I do art. 7º, a Lei nº 14.133/2021 mantém a atecnia observada no *caput* do art. 51 da Lei nº 8.666/1993, porquanto o atributo da *efetividade*

está relacionado à forma de provimento do cargo público² e não ao servidor propriamente dito. Todo cargo público (seja de provimento efetivo, seja de provimento comissionado) compõe o quadro funcional dos órgãos e entidades, conforme a lei que os institui. Por ser criado por lei (ato normativo primário), em realidade o cargo em si – e não o servidor – integra o quadro permanente do órgão ou da entidade. Com efeito, a redação mais aderente à estrutura constitucional dos cargos e empregos públicos, tanto para o inciso I do art. 7º quanto para o *caput* do art. 8º, seria “servidor ocupante de cargo de provimento efetivo”.

2 O agente de contratação

Por sua vez, o art. 8º da Lei nº 14.133/2021 versa especialmente sobre o agente de contratação; de *forma unipessoal* em regra, ele terá a importante atribuição de conduzir a fase de seleção dos fornecedores nas licitações:

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 (BRASIL, 2021c, grifos nossos).

Além dos requisitos gerais fixados nos incisos I a III do art. 7º, o *caput* do art. 8º estabelece uma exigência adicional para a designação do agente de contratação: ser servidor efetivo³. Por tratar-se de matéria correlata à organização interna de pessoal e gestão administrativa dos entes federados e que não integram o processo licitatório propriamente dito, em nossa opinião o requisito quanto ao caráter efetivo do provimento do servidor tratar-se-ia de norma específica, sendo aplicável de antemão apenas no âmbito da União, admitindo-se, pois, previsão distinta na legislação de Estados e Municípios. Talvez se possa depreender do *caput* do art. 8º da NLL que *norma geral* seja a regra de condução unipessoal dos processos licitatórios, consagrando o modelo de sucesso adotado no pregão (art. 3º, IV, da Lei nº 10.520/2002). Afora isso, os requisitos subjetivos que o próprio servidor deveria ter não estão compreendidos na substância procedimental das contratações públicas. De acordo com a expressão utilizada no art. 22, XVII, da CRFB, a União detém competência para editar “normas

² De acordo com o inciso II do art. 37 da CRFB, o provimento em caráter efetivo ocorre mediante aprovação prévia em concurso público. Por sua vez, o provimento em caráter comissionado é precário e baseia-se em critério discricionário da autoridade competente, sendo de “livre nomeação e exoneração” (BRASIL, [2021a]).

³ Nos termos do art. 176, I, da NLL, a observância dos requisitos do art. 7º e do *caput* do art. 8º, somente será exigida para os Municípios com até 20.000 habitantes após o transcurso do prazo de seis anos da publicação da Lei nº 14.133/2021, ou seja, somente a partir de 1º/4/2027.

gerais de licitação e contratação”, o que não pode abarcar, necessariamente, todos os aspectos acessórios e indiretos que envolvem a dinâmica do processo de contratação e chegam inclusive a afetar questões internas de organização administrativa de todos os órgãos e entidades.

Em resumo, na sistemática da NLL existem as seguintes possibilidades em relação aos agentes de contratação:

Concorrência	Agente de contratação
	Comissão de Contratação (art. 8º, § 2º)
Pregão	Pregoeiro (art. 8º, § 5º)
Leilão	Leiloeiro administrativo (art. 31, caput)
	Leiloeiro oficial (art. 31, § 1º)
Diálogo competitivo	Comissão de contratação (art. 32, XI)
Concurso	Comissão especial

Fonte: elaborado pelo autor.

2.1 Competências e atribuições do agente de contratação

Quanto à competência, o *caput* do art. 8º da NLL determina que o agente de contratação, *em regra de forma unipessoal*, será o responsável pela condução da licitação, podendo “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” (BRASIL, 2021c).

Como se observou no tópico 1 do Capítulo 2, consoante a sistemática adotada pela NLL quanto à correlação do termo *licitação* com a *fase externa*, as expressões *a licitação será conduzida, acompanhar o trâmite da licitação e bom andamento do certame* evidenciam o atrelamento das atribuições, competências e responsabilidades do agente de contratação à realização da *fase de seleção dos fornecedores*.

Em relação à expressão *dar impulso ao procedimento licitatório*, em nossa compreensão não estaria a Lei nº 14.133/2021 conferindo ao agente de que trata o art. 8º uma espécie de “poder geral de supervisão” de todas as fases do procedimento de contratação, pois

- a) tal ideia atentaria contra a própria diretriz de segregação de funções consagrada no art. 5º e no § 1º do art. 7º da NLL, materializada pelo comando dirigido à autoridade competente de *vedação* de “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” (BRASIL, 2021c);
- b) a expressão *dar impulso ao procedimento licitatório* não externaliza um comando operacionalizável de exercício de competência ou atribuição apto a caracterizar um *dever funcional comissivo* de atuação do agente de contratação no âmbito da fase preparatória da contratação;
- c) à luz da diretriz da segregação de funções de que trata o § 1º do art. 7º da NLL, não é razoável supor que a expressão *dar impulso ao procedimento licitatório* conduza à atribuição ao agente de contratação da competência para praticar *atos executivos* na fase preparatória, tais como elaborar os artefatos de planejamento (ETP, TR e PB), a pesquisa de preços e a minuta de edital;
- d) inferir, de forma implícita, que o agente de contratação teria poder para “impulsionar” atos compreendidos na fase preparatória cuja realização seja afeta a outros servidores pode gerar, na prática, sérios conflitos de competência e ruídos no tocante às relações hierárquicas; estando no âmbito da *gestão* (e não do *controle*), como conceber que o agente de contratação possa exercer típicos atos de supervisão sem a respectiva ascendência hierárquica sobre os servidores competentes para a elaboração efetiva dos atos abrangidos na fase de planejamento?; e
- e) a parte final do *caput* do art. 8º delimita a atuação do agente de contratação “até a homologação”, excluindo, portanto, a fase contratual.

Antes da aprovação do texto do substitutivo (BRASIL, [2018a]) pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 5/12/2018 em sede do PL nº 1.292/1995, adotava-se a expressão *agente de licitação*, originalmente fixada pelo Senado Federal no PLS nº 559/2013⁴. O histórico desse processo legislativo é importante para elucidar o

⁴ No texto inicial apresentado pela Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos em 23/12/2013, constava do art. 7º que “A licitação será conduzida por: I – pregoeiro, no caso da modalidade pregão; II – leiloeiro, no caso de leilão; ou III – comissão de licitação, nas demais modalidades” (BRASIL, 2013a, p. 9). No âmbito do PLS nº 559/2013, a proposta de adoção do termo *agente de licitação* surge pela primeira vez no relatório do senador Fernando Bezerra apresentado perante a Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional em 2/8/2016 (BRASIL, 2016a). A justificativa para tal unificação é apresentada em novo relatório datado de 17/8/2016: “Houve a padronização da indicação da pessoa responsável em todas as modalidades de licitações: o agente da licitação, permitindo-se, quando for relevante, a figura da comissão” (BRASIL, 2016b). De toda forma, a denominação unificada de *agente de licitação* foi consagrada no art. 7º do substitutivo do PLS nº 559/2013 aprovado pelo Plenário do Senado Federal em 13/12/2016: “Art. 7º A licitação será conduzida por agente de licitação. § 1º O

contexto da elaboração da redação concernente às competências e atribuições desse agente, sempre vinculadas à condução da fase externa dos certames e em substituição à lógica colegiada então consagrada no art. 51 da Lei nº 8.666/1993. Contudo, a expressão *agente de licitação* – por um lapso do legislador? – foi mantida na redação sancionada do inciso I do art. 169 da Lei nº 14.133/2021.

2.2 Equipe de apoio ao agente de contratação

Traçando um paralelo com a experiência do pregão, previu o § 1º do art. 8º que, por assumir a responsabilidade de forma unipessoal pelos atos praticados no procedimento, “o agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio”.

Ao contrário do que se observa no § 1º do art. 3º da Lei nº 10.520/2002, a NLL não fixou regras específicas acerca da *equipe de apoio*, como quantidade mínima de integrantes. Dessa forma, entende-se que, por não ser exatamente um agente de contratação, não haveria a obrigatoriedade de o integrante da equipe de apoio ser servidor efetivo; contudo, devem ser observados em sua designação os requisitos traçados no art. 7º da Lei nº 14.133/2021.

2.3 O pregoeiro

Dispõe o § 5º do art. 8º que “em licitação na modalidade pregão, o agente responsável pela condução do certame será designado pregoeiro” (BRASIL, 2021c)⁵.

A bem da verdade, trata-se apenas de uma questão de nomenclatura. O pregoeiro é um agente de contratação, sendo-lhe aplicável todo o regramento do Capítulo IV do Título I da Lei nº 14.133/2021, notadamente os requisitos de designação fixados nos incisos I a III do art. 7º e no *caput* do art. 8º.

Entende-se ser desnecessária, por parte da autoridade competente, uma designação formal específica ou complementar para que o agente de contratação (já designado nos termos do *caput* do art. 8º) atue na modalidade pregão, pois *pregoeiro* é o *nomen juris* decorrente da própria Lei nº 14.133/2021.

agente de licitação é a pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores ou empregados públicos pertencentes aos 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 da licitação” (BRASIL, 2016c, p. 9).

⁵ O dispositivo foi inserido no texto substitutivo da Câmara dos Deputados no PL nº 1.292/1995 com base na aprovação da Emenda de Plenário nº 54, de 10/4/2019 (BRASIL, [2019a]). Para melhor contextualização histórica do dispositivo, ver Amorim (2019).

2.4 A comissão de contratação

Apenas para os casos de “licitação que envolva bens ou serviços especiais”, o § 2º do art. 8º excetua a atuação unipessoal do *agente de contratação*, admitindo a sua substituição por um órgão colegiado – denominado *comissão de contratação* – composto “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” (BRASIL, 2021c).

Não vemos óbice à possibilidade de constituição de uma comissão *especial* de contratação para cada licitação ou, por opção interna da Administração, de se constituir desde logo uma comissão *permanente* de contratação⁶, que atuará, quando a autoridade competente assim o entender, nas licitações que tenham por objeto “bens ou serviços especiais”.

De todo modo, o ideal é que o regulamento orgânico de que trata o § 3º do art. 8º da NLL discipline de forma minuciosa a forma de composição e funcionamento da comissão de contratação, particularmente a competência, os critérios e o procedimento de designação de seu presidente e eventuais substitutos.

Atente-se que, no caso da modalidade diálogo competitivo, obrigatoriamente a licitação será conduzida por uma *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” (art. 32, XI) (BRASIL, 2021c).

2.5 A comissão especial na modalidade concurso

Conquanto a Lei nº 14.133/2021 não apresente disposição específica sobre a competência para o julgamento do concurso⁷, a fim de se observarem os princípios e objetivos previstos nos arts. 5º e 11 da norma é recomendável que a modalidade seja conduzida por um órgão colegiado (comissão especial), de preferência composto por servidores de consabido conhecimento ou formação correlata à temática do objeto do concurso; é razoável, pois, a aplicação da hipótese prevista no § 2º do art. 8º na NLL.

⁶ Admitir-se-ia, inclusive, a criação de diversas *comissões permanentes de contratação* conforme a especialização temática de objeto; por exemplo, comissão permanente de contratação para serviços de engenharia, comissão permanente de contratação para serviços de tecnologia da informação etc.

⁷ Como fora previsto no § 5º do art. 51 da Lei nº 8.666/1993: “No caso de concurso, o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não” (BRASIL, [2021b]).

2.6 Os agentes públicos integrantes dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno

Determina o § 2º do art. 7º da Lei nº 14.133/2021 que os requisitos gerais para a designação dos agentes públicos estabelecidos no *caput* e no § 1º do mesmo art. 7º também se aplicam aos servidores integrantes dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração.

Tais servidores estão abrangidos pela disciplina do Capítulo IV do Título I da NLL relativa aos *agentes públicos*, no que se refere tanto aos pressupostos de designação e às vedações quanto às diretrizes de gestão de competências e de segregação de funções.

Relativamente à atuação, além da realização da atividade de suporte prevista no § 3º do art. 8º, no § 3º do art. 117 e no parágrafo único do art. 168, merece realce a inserção de tais servidores na lógica do controle preventivo e gestão de riscos das contratações, atuando numa “segunda linha de defesa”, como preconiza o art. 169, II, da NLL.

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.

[...]

§ 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 (BRASIL, 2021c, grifos nossos).

O *caput* do art. 169 da Lei nº 14.133/2021 positiva o modelo de *linhas de defesa* recomendado pelo Institute of Internal Auditors (IIA)⁸ para a implementação e o monitoramento da efetividade do sistema de controles internos, auditoria interna e gerenciamento de riscos:

Primeira linha de defesa	Gestão operacional	“Os papéis de primeira linha estão mais diretamente alinhados com a entrega de produtos e/ou serviços aos clientes da organização, incluindo funções de apoio”.
Segunda linha de defesa	Funções de gerenciamento de riscos e conformidade	“Os papéis de segunda linha fornecem assistência no gerenciamento de riscos. [...] Alguns papéis de segunda linha podem ser atribuídos a especialistas, para fornecer conhecimentos complementares, apoio, monitoramento e questionamento àqueles com papéis de primeira linha. Os papéis de segunda linha podem se concentrar em objetivos específicos do gerenciamento de riscos, como: conformidade com leis, regulamentos e comportamento ético aceitável; controle interno; segurança da informação e tecnologia; sustentabilidade; e avaliação da qualidade. Como alternativa, os papéis de segunda linha podem abranger uma responsabilidade mais ampla pelo gerenciamento de riscos, como o gerenciamento de riscos corporativos (<i>enterprise risk management – ERM</i>)”.
Terceira linha de defesa	Auditoria interna	“A auditoria interna presta avaliação e assessoria independentes e objetivas sobre a adequação e eficácia da governança e do gerenciamento de riscos. Isso é feito através da aplicação competente de processos sistemáticos e disciplinados, expertise e conhecimentos. Ela reporta suas descobertas à gestão e ao órgão de governança para promover e facilitar a melhoria contínua. Ao fazê-lo, pode considerar a avaliação de outros prestadores internos e externos. [...] A independência da auditoria interna em relação a responsabilidades da gestão é fundamental para sua objetividade, autoridade e credibilidade. É estabelecida por meio de: prestação de contas ao órgão de governança; acesso irrestrito a pessoas, recursos e dados necessários para concluir seu trabalho; e liberdade de viés ou interferência no planejamento e prestação de serviços de auditoria”.

Fonte: elaborado pelo autor com base no Modelo das Três Linhas do Institute of Internal Auditors (2020, p. 3).

⁸ De acordo com o Documento de Exposição do IIA, “o modelo das Três Linhas de Defesa surgiu há mais de 20 anos e, desde então, se tornou amplamente reconhecido, principalmente no setor de serviços financeiros, onde foi criado. O The IIA adotou o modelo formalmente na Declaração de Posicionamento ‘As Três Linhas de Defesa no Gerenciamento Eficaz de Riscos e Controles’, publicada em 2013 e vem promovendo o modelo como uma ferramenta valiosa para os responsáveis pela governança. Seu apelo está na explicação direta e simples dos diversos papéis e atividades que compõem o gerenciamento de riscos e controle (embora não considere a governança de forma mais ampla) e seu valor é ajudar as organizações a evitar confusão, duplicação e lacunas na atribuição de responsabilidades por esses papéis e atividades” (INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS, 2013, 2019, p. 4). Todavia, em 2020 o IIA realizou uma “revisão” no modelo das três linhas de defesa, esclarecendo que “os termos ‘primeira linha’, ‘segunda linha’ e ‘terceira linha’ do modelo original são mantidos para familiaridade. No entanto, as ‘linhas’ não pretendem denotar elementos estruturais, mas uma diferenciação útil de papéis. Logicamente, os papéis do órgão de governança também constituem uma ‘linha’, mas essa convenção não foi adotada para evitar confusão. A numeração (primeira, segunda, terceira) não deve ser considerada como significando operações sequenciais. Em vez disso, todos os papéis operam simultaneamente” (INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS, 2020, p. 3).

Com efeito, seguindo as premissas de tal modelo, no âmbito de cada organização pública deve-se fazer a distinção institucional entre as atividades de *controle interno* (segunda linha de defesa) e as de *auditoria* (terceira linha). De acordo com o tópico 3 deste Capítulo, a *terceira linha de defesa* deverá ser realizada por uma unidade central de auditoria, dotada do maior nível possível de independência. No âmbito do Poder Executivo federal, por exemplo, existem as unidades de controle interno no âmbito de cada órgão ou entidade e que desempenhariam as funções de segunda linha de defesa. Por sua vez, a *terceira linha de defesa* seria de responsabilidade da Controladoria-Geral da União (CGU). Ocorre que, em especial nos Poderes Legislativo e Judiciário e nos órgãos dotados de autonomia constitucional, há apenas uma unidade de auditoria ou controle interno. Nessa situação, é fundamental distinguir os papéis da *segunda* e da *terceira* linhas, e observar a necessária independência da instância que realiza a *auditoria*.

3 Apoio conferido pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno

Importante é a previsão contida na parte final do § 3º do art. 8º da NLL: conforme previsto em regulamento orgânico, é possível aos agentes de contratação contar “com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno” para a obtenção de subsídios necessários à prática dos atos decisórios na licitação.

Especificamente quanto ao suporte jurídico para a autoridade competente quando do julgamento dos recursos administrativos, o parágrafo único do art. 168 da NLL prevê o auxílio do órgão de assessoramento jurídico com o propósito de dirimir dúvidas e subsidiar a fundamentação do ato decisório.

Relativamente à fase de execução contratual, o § 3º do art. 117 dispõe que o “fiscal do contrato será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual” (BRASIL, 2021c).

O § 3º do art. 8º e o § 3º do art. 117 da NLL tratam da atividade consultiva não só do órgão de assessoramento jurídico, mas também do órgão de controle interno – na qualidade de agente de *segunda linha de defesa*, nos termos do inciso II do art. 169 da Lei nº 14.133/2021 –, superando, pois, o dogma de distanciamento deste último em relação aos atos de gestão propriamente ditos.

Entretanto, o escopo e a perspectiva de análise do controle interno em seu papel consultivo não se restringem à *legalidade*: devem, em especial, contemplar a *legitimidade*,

a *economicidade*, a *relação custo-benefício* e a *gestão de riscos* envolvidas nos atos praticados pelos agentes públicos consulentes.

3.1 Suporte conferido por terceiros

A NLL dispõe sobre a possibilidade de contratação *por prazo determinado* do “serviço de empresa ou de profissional especializado para assessorar os agentes públicos responsáveis pela condução da licitação”, desde que se trate de “licitação que envolva bens ou serviços especiais cujo objeto não seja rotineiramente contratado pela Administração” (art. 8º, § 4º) (BRASIL, 2021c).

Há também a previsão na parte final do *caput* do art. 117 da Lei nº 14.133/2021 de contratação de terceiros para auxiliar os agentes públicos na fase de execução contratual. De acordo com o § 4º do mesmo art. 117, em tal hipótese deverão ser observadas as seguintes regras: a) “a empresa ou o profissional contratado assumirá responsabilidade civil objetiva pela veracidade e pela precisão das informações prestadas, firmará termo de compromisso de confidencialidade e não poderá exercer atribuição própria e exclusiva de fiscal de contrato”; e b) “a contratação de terceiros não eximirá de responsabilidade o fiscal do contrato, nos limites das informações recebidas do terceiro contratado” (BRASIL, 2021c).

4 Responsabilidade e responsabilização dos agentes de contratação

Após dispor acerca do perfil da responsabilidade em relação aos agentes de contratação, é preciso pontuar a distinção conceitual entre *responsabilidade* e *responsabilização* sob a perspectiva dos gestores públicos atuantes na área de licitações e contratos administrativos.

A despeito das específicas previsões contidas no § 1º do art. 8º, no art. 73, no § 6º do art. 75, no § 4º do art. 117, § 2º no art. 141, § 1º no art. 148 e nos arts. 149 e 150, o *locus* adequado ao tratamento da temática de responsabilização dos agentes públicos não é necessariamente a Lei nº 14.133/2021; entre outros diplomas, sobressaem o Decreto-lei nº 4.657/1942 (LINDB), a Lei nº 8.429/1992 (Lei de improbidade administrativa) e os dispositivos contidos nos *estatutos* dos servidores (*v.g.*, a Lei nº 8.112/1990) acerca dos deveres, proibições e responsabilidades.

Os agentes públicos estão sujeitos a três esferas distintas e independentes de responsabilização – *administrativa*, *civil* e *penal* –, de forma que um mesmo ato pode ser objeto de apuração e penalização em qualquer dessas instâncias.

No âmbito administrativo, o sancionamento disciplinar dos agentes públicos poderá decorrer da atuação do controle hierárquico (interno) e do Tribunal de Contas competente, conforme dispõe o art. 71, inciso VIII, da CRFB.

A rigor, é *responsável* pelo ato administrativo o agente público que tem competência decisória determinante para a formação do ato. Se este apresenta vício insanável e acarreta prejuízo ao erário ou a terceiros, surge a potencialidade de *responsabilização* do agente cuja atuação foi decisiva para a consecução do ato viciado, a fim de lhe ser imputada determinada sanção de ordem administrativa, civil ou penal.

Todavia, a *responsabilização* não é uma consequência inevitável da responsabilidade pela edição do ato, de modo que não necessariamente será o autor do ato responsabilizado por eventual vício dele decorrente. Para que haja a *responsabilização* na esfera administrativa e civil, o art. 28 da LINDB preconiza ser essencial caracterizar o *elemento subjetivo* do agente público, ou seja, o *dolo* ou o *erro grosseiro*: “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro” (BRASIL, [2018b]).

4.1 A qualificação do erro grosseiro

Dado o veto ao § 1º do art. 28 da LINDB⁹, a Lei nº 13.655/2018 deixou de veicular um conceito normativo ou, ainda, parâmetros para a compreensão do *erro grosseiro*. Diante da ausência desse norte legal, logo após o início da vigência da Lei nº 13.655/2018 o TCU passou a adotar a figura do *administrador médio* como referencial para a avaliação da gradação da conduta culposa do responsável¹⁰. Tomou-se de empréstimo, portanto, o parâmetro de gradação de *erro* nos atos e negócios jurídicos do Direito Civil (arts. 138 e 139 da Lei nº 10.460/2002). Nesse sentido, cumpre realçar este trecho do voto do ministro André Luís de Carvalho no Acórdão nº 2.391/2018 (Plenário):

é preciso conceituar o que vem a ser erro grosseiro para o exercício do poder sancionatório desta Corte de Contas. Segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele “que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio” [...]. Se ele for substancial, nos termos do art. 139, torna anulável o negócio jurídico. Se não, pode ser convalidado.

⁹ Esta era a redação original no Projeto de Lei nº 7.448/2017: “Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais” (BRASIL, 2017).

¹⁰ “A conduta culposa do responsável que foge ao referencial do ‘administrador médio’ utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação caracteriza o ‘erro grosseiro’ a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018” (voto do ministro Benjamin Zymler no Acórdão nº 1.628/2018 (Plenário) (BRASIL, 2018d)).

83. Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. *O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio.* Dito de outra forma, *o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.*

Enfim, a Corte de Contas consagrou seu entendimento no sentido de “considerar como erro grosseiro aquele que pode ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal ou, dito de outra forma, aquele que poderia ser evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, decorrente de grave inobservância de dever de cuidado” (BRASIL, 2018e, grifos nossos).

Há, assim, uma aproximação referencial entre o *erro grosseiro* e a *culpa grave*, compreensão adotada pelo Poder Executivo federal na regulamentação da matéria no Decreto nº 9.830/2019, notadamente no *caput* e §§ 1º e 2º do art. 12:

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas *se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro*, no desempenho de suas funções.

§ 1º *Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.*

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro (BRASIL, 2019c, grifos nossos).

É evidente que a avaliação da gradação da culpa deverá ser cotejada com as circunstâncias do caso concreto e sob uma perspectiva de alteridade face às atribuições e competências do cargo e função do agente público, à sua formação e experiência profissional e o potencial de domínio do conhecimento sobre a matéria posta à sua deliberação. Como consignado no § 4º do art. 12 do Decreto nº 9.830/2019, “a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público” (BRASIL, 2019c). Afinal, somente sob a óptica do próprio agente se poderia delimitar o círculo referencial de razoabilidade de seu “dever de cuidado” (possibilidade ordinária de percepção do equívoco), viabilizando, assim, a identificação de zonas de certeza positiva e negativa quanto ao que estaria ou não “aquém do ordinário”.

Daí a importância de o agente público realizar a devida motivação em todos os atos praticados, em especial os atos decisórios, explicitando nos autos, concomitantemente à sua produção, todos os elementos fáticos e jurídicos e a narrativa das cir-

cunståncias que levaram à adoção de determinada conduta. A esse respeito, vale transcrever o disposto no *caput* e no § 1º do art. 22 da LINDB:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, *serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor* e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, *serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente* (BRASIL, [2018b], grifos nossos).

Caso o agente público se valha de manifestação técnica ou jurídica produzida por outrem para embasar sua decisão, com esteio na mesma lógica consagrada no § 6º do art. 12 do Decreto nº 9.830/2019 somente haveria que se falar em responsabilização se o decisor ostentasse condições subjetivas suficientes (formação, experiência ou conhecimento da matéria) para aferir o *dolo* ou o *erro grosseiro* da opinião técnica¹¹:

Art. 12 [...]

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o *dolo* ou o *erro grosseiro* da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes (BRASIL, 2019c).

Também nesse contexto, conforme o § 7º do art. 12 do mesmo Decreto, a autoridade superior, “no exercício do poder hierárquico, só responderá por *culpa in vigilando* aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou *dolo*” (BRASIL, 2019c). Logo, não há que se cogitar de uma eventual responsabilidade objetiva do ordenador de despesas em relação aos atos praticados por seus subordinados ou por outros agentes cujos atos estariam submetidos ao seu poder de supervisão. No desempenho da

¹¹ Como exemplo, tenhamos por hipótese a seguinte situação: durante a realização de uma licitação para a aquisição de determinado sistema de informática, o agente de contratação, por não ter conhecimento técnico específico do objeto, vale-se de parecer exarado pelo setor de tecnologia da informação do órgão, que na oportunidade se manifesta pela inadequação da solução ofertada pela empresa “X”, mais bem colocada na fase de lances do certame. Dessa forma, como detentor da competência para julgar as propostas, o agente de contratação promove a desclassificação da empresa “X” e convoca o licitante subsequente, a empresa “Z”. Em nova manifestação, a área técnica conclui pelo atendimento da solução ofertada pela “Z”, de modo que, comprovado o atendimento aos requisitos de habilitação, o agente de contratação declara tal empresa vencedora do certame. Mediante representação formulada perante o Tribunal de Contas, constata-se que a solução ofertada pela empresa “X” atendia plenamente às exigências do edital, de modo que o ato de sua desclassificação apresentava vício insanável, além de ter causado prejuízo ao erário, porquanto deu azo à contratação de uma proposta mais cara. Apontado o vício do ato, o Tribunal de Contas passa a aferir a viabilidade de responsabilização dos agentes públicos que deram causa a tal prejuízo. Num primeiro momento, observa-se que o agente de contratação, embora fosse responsável pelo julgamento das propostas, fundamentou sua decisão no parecer da área técnica, já que não detinha conhecimento técnico suficiente para empreender uma análise devida das características técnicas da solução ofertada pela empresa “X”. Desse modo, caso o Tribunal de Contas, em juízo técnico, entenda que a área técnica não foi devidamente diligente em sua análise, poderá haver a responsabilização dos servidores que elaboraram a manifestação técnica e, dessa forma, o afastamento da culpabilidade do agente de contratação.

supervisão hierárquica no âmbito da gestão, a eventual responsabilização da autoridade superior por ato viciado e danoso praticado por outro agente público estaria subordinada ao mesmo regime do art. 28 da LINDB, isto é, apenas se a omissão (na fiscalização e análise de conformidade) for dolosa ou se for caracterizado um elevado grau de negligência (erro grosseiro).

Os atos *omissivos* também poderão ensejar a responsabilização, desde que o agente público tenha o dever jurídico de agir e não pratique o ato em razão de dolo direto ou eventual ou mesmo por elevado grau de negligência.

Por conseguinte, para a efetiva caracterização da responsabilização, com esteio numa visão sistêmica do procedimento que antecedeu a edição do ato viciado, é fundamental a elaboração de uma *matriz de responsabilização* a fim de que se promova: a identificação dos responsáveis por irregularidades; a especificação das condutas de todos os agentes que, de alguma forma, participaram do procedimento; o estabelecimento das relações de causa e efeito (nexo de causalidade); e, por fim, a aferição da culpabilidade (*dolo* ou *erro grosseiro*), com a proposição de sancionamento compatível com as circunstâncias do caso examinado. Nesse contexto, é fundamental analisar a culpabilidade à luz dos arts. 22, 24 e 28 da LINDB, acrescidos pela Lei nº 13.655/2018.

4.1.1 A responsabilização por opiniões técnicas

Da redação do art. 28 da LINDB depreende-se a possibilidade de responsabilização não apenas por *atos decisórios*, mas também por *opiniões técnicas*, o que pode alcançar os agentes públicos que evitam atos administrativos meramente opinativos, como os *pareceristas jurídicos*.

Todavia, a delimitação do círculo referencial de razoabilidade da manifestação técnica para identificar o ordinário *dever de cuidado* deverá ser pautada por uma perspectiva de quem tem formação e conhecimento relacionados com a matéria em questão. A título de exemplo, registre-se o referencial adotado pelo TCU qualificado como *parecerista médio*:

A ausência de critério de aceitabilidade dos preços unitários em editais de licitação para contratação de obra, em complemento ao critério de aceitabilidade do preço global, *configura erro grosseiro que atrai a responsabilidade do parecerista jurídico que não apontou a falha no exame das minutas dos atos convocatórios, pois deveria saber, como esperado do parecerista médio, quando as disposições editalícias não estão aderentes aos normativos legais e à jurisprudência sedimentada* (Sumário do Acórdão nº 615/2020 (Plenário) (BRASIL, 2020, grifo nosso)).

jurisprudência desta Corte de Contas é firme no sentido de que o *parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao Erário*,

nos casos de erro grosseiro ou atuação culposa, quando seu parecer for obrigatório – caso em que há expressa exigência legal – ou mesmo opinativo (Trecho do voto do ministro Vital do Rêgo no Acórdão nº 4.984/2018 (1ª Câmara) (BRASIL, 2018f, grifo nosso)).

entendo que deve ser responsabilizado por essa irregularidade também parecerista jurídico, com fundamento no entendimento expressado pelo Supremo Tribunal Federal no MS-24.584/DF, bem como na jurisprudência deste Tribunal (v.g. Acórdão 1161/2010-TCU-Plenário e 40/2013-TCU-Plenário). Assim, *o parecerista jurídico deve ser chamado em audiência para responder pela emissão de parecer obrigatório, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, não devidamente fundamentado, defendendo tese não aceitável, por se mostrar frontalmente contrária à lei*, conforme jurisprudência deste Tribunal (Trecho do voto do ministro Augusto Sherman no Acórdão nº 51/2018 (Plenário) (BRASIL, 2018c, grifo nosso)).

Deve-se ressaltar que tal perspectiva se aplica não apenas ao *parecer jurídico*, mas também a toda e qualquer opinião de ordem técnica (independentemente de sua forma de materialização), como nos casos de manifestação dos setores técnicos da Administração – acerca, por exemplo, da avaliação de determinada proposta, dos documentos de habilitação – ou mesmo na análise meritória de pedidos de esclarecimento, impugnações e recursos administrativos.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. A figura do “agente de licitação” (e a ausência do pregoeiro) no PL 1.292/1995. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 12 abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/victor-amorim-figura-agente-licitacao-pl12921995>. Acesso em: 9 jul. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Emenda de Plenário nº 54*. Substitutivo do Projeto de Lei nº 1.292, de 1995. Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios [...]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2019a]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1732253&filename=Tramitacao-EMP+54/2019+%3D%3E+PL+1292/1995. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. *[Projeto de Lei nº 7.448, de 2017]*. Inclui no Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: [Câmara dos Deputados], 2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node04gnvoezol4kb1qbt1odw5oiv727421150.node0?codteor=1546764&filename=PL+7448/2017. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. *Substitutivo adotado [ao] Projeto de Lei nº 1.292, de 1995*. Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios [...]. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, [2018a]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1698056&filename=SBT-A+1+PL129295+%3D%3E+PL+1292/1995. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2018b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. *Decreto nº 5.707, de 23 de fevereiro de 2006*. Institui a Política e as Diretrizes para o Desenvolvimento de Pessoal da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e regulamenta dispositivos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. [Revogado]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5707.htm. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. *Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019*. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 2019c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital. *Portaria Seges/ME nº 8.678, de 19 de julho de 2021*. Dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. [Brasília, DF]: Imprensa Nacional, 2021d. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-seges/me-n-8.678-de-19-de-julho-de-2021-332956169>. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. Senado Federal. *Parecer [do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013]*. Da Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. [Brasília, DF]: Senado Federal, 2016a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3801374&ts=1617323483045&disposition=inline>. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. Senado Federal. *Parecer [do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013]*. Da Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. [Brasília, DF]: Senado Federal, 2016b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3801604&ts=1617323483979&disposition=inline>. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. Senado Federal. *Parecer nº 984, de 2016*. Redação final do Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, nos termos da Emenda nº 99 – Plen (Substitutivo). [Brasília, DF]: Senado Federal, 2016c. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4893922&ts=1617323489239&disposition=inline>. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013*. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2013a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3800554&ts=1617323479208&disposition=inline>. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 51/2018*. Monitoramento. Acórdão 1982/2015-TCU-Plenário, prolatado em processo de representação. Descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal. Irregularidades em procedimento licitatório. Irregularidades na execução de contrato. Audiências. Determinação. Responsáveis: Humberto Cota Verona; Monalisa Nascimento dos Santos Barros; Fernando Augusto Miranda Nazaré. Entidade: Conselho Federal de Psicologia (CFP). Unidade Técnica: SecexPrevidência. Relator: Min. Augusto Sherman, 17 de janeiro de 2018c. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/51%252F2018/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 615/2020*. Recursos de reconsideração em face de deliberação que julgou irregulares contas especiais, com imputação de débitos solidários e multas proporcionais por superfaturamento e pagamentos indevidos, bem como aplicou multa a parecerista jurídico por não indicação da ausência de cláusula obrigatória em editais de licitação [...]. Recorrentes: Alexandre Perez Marques e outros. Responsáveis: Alexandre Perez Marques e outros. Entidade: Universidade Federal Fluminense – UFF. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos – Serur. Relatora: Min. Ana Arraes, 18 de março de 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/615%252F2020/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 1.628/2018*. Operacionalização da gestão e execução das atividades e serviços de saúde de hospital municipal. Contratação de prestadores de serviços cujos sócios eram empregados da contratante. Multa. Índices de pagamentos indevidos. Formação de processo apartado. Responsáveis: Marco Otílio Duarte Rodrigues e outros. Entidade: Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú – SC. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo

no Estado do Paraná (Secex-PR). Relator: Min. Benjamin Zymler, 18 de julho de 2018d. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1628%252F2018/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 2.391/2018*. Tomada de contas especial. Supostas irregularidades na liquidação e pagamento de despesas de contrato de prestação de serviços de transporte executivo. Citação. Argumentos apresentados insuficientes para elidir a irregularidade [...]. Responsáveis: Ágil Serviços Especiais Ltda. e outros. Entidade: Fundação Nacional de Saúde. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaude). Relator: Min. Benjamin Zymler, 17 de outubro de 2018e. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2391%252F2018/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 3.023/2013*. Levantamento. Governança e gestão de pessoas em unidades da administração pública federal. Constatação de deficiências significativas na maior parte dos quesitos avaliados. Determinações e recomendações visando a induzir melhorias nos sistemas existentes [...]. Interessado: Tribunal de Contas da União. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Pessoal – Sefip. Relator: Min. Marcos Bemquerer, 13 de novembro de 2013b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3023%252F2013/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (1. Câmara). *Acórdão nº 4.984/2018*. Pedidos de reexame em representação. Conhecimento. Argumentos insuficientes para alteração do acórdão recorrido. Negativa de provimento. Recorrentes: Benedito Fortes de Arruda; Hellen Falcão de Carvalho; Márcia Cristina Leite Batista. Entidade: Conselho Federal de Medicina Veterinária – CFMV. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur). Relator: Min. Vital do Rêgo, 29 de maio de 2018f. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/4984%252F2018/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 9 jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Gestão por competências passo a passo: um guia de implementação*. Brasília, DF: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2012/01/6df487e745d2ed907c5ea433b6ebee96.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2021.

INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS. *Declaração de posicionamento do IIA: as três linhas de defesa no gerenciamento eficaz de riscos e controles*. Traduzido pelo Instituto dos Auditores Internos do Brasil. São Paulo: IIA Brasil, 2013. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/41842/12/As_tres_linhas_de_defesa_Declaracao_de_Posicionamento.pdf. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. *Documento de exposição: três linhas de defesa*. [S. l.]: IIA, 2019. Disponível em: <https://global.theiia.org/translations/PublicDocuments/3LOD-IIA-Exposure-Document-Portuguese.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2021.

_____. *Modelo das três linhas do IIA 2020: uma atualização das três linhas de defesa*. Lake Mary, FL: IIA, 2020. Disponível em: <https://iiabrasil.org.br/korbilload/upl/editorHTML/uploadDireto/20200758globtth-editorHTML-00000013-20082020141130.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2021.

Capítulo 4

As modalidades de licitação e a estrutura do procedimento

Quanto ao “desenho” do jogo licitatório, numa rápida leitura dos artigos 17 e 28 da Lei nº 14.133/2021 constata-se que a NLL não rompeu – de modo considerável – com o padrão adotado na Lei nº 8.666/1993: repetiu-se o dogma das modalidades licitatórias estanques.

Considera-se *modalidade licitatória* a forma de realização do procedimento. De acordo com essa definição, cada modalidade apresenta um procedimento próprio, com estrutura operacional pré-fixada:

As diversas “modalidades” representam, na verdade, diversas formas de regular o procedimento de seleção. As diversas espécies de procedimentos distinguem-se entre si pela variação quanto à complexidade de cada fase do procedimento e pela variação quanto à destinação de cada uma dessas fases (JUSTEN FILHO, 2019, p. 424).

Na NLL foram extintas as modalidades *tomada de preços* e *convite*, e foram mantidas as modalidades *concorrência*, *leilão* e *concurso*; além disso, consagrou-se a modalidade *pregão*, com vida “quase própria”¹ na Lei nº 10.520/2002. E, com não pouco alarde, foi criada a modalidade *diálogo competitivo*, com clara inspiração no modelo denominado *diálogo concorrencial* adotado na União Europeia, conforme o art. 30 da Diretiva 2014/24/UE².

Esta é a delimitação das modalidades conforme os conceitos informados na NLL:

Concorrência	“modalidade de licitação para <i>contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia</i> , 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” (art. 6º, XXXVIII)
--------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

¹ Dizemos “quase própria” em razão do comando estabelecido no art. 9º da Lei do pregão de aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993.

² Para o inteiro teor em língua portuguesa, ver União Europeia ([2020]).

Pregão	“modalidade de licitação obrigatória para <i>aquisição de bens e serviços comuns</i> , cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto” (art. 6º, XL)
Leilão	“modalidade de licitação para <i>alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance</i> ” (art. 6º, XL)
Concurso	“modalidade de licitação para <i>escolha de trabalho técnico, científico ou artístico</i> , cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor” (art. 6º, XXXIX)
Diálogo competitivo	“modalidade de licitação para <i>contratação de obras, serviços e compras</i> em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos” (art. 6º, XLII)

Fonte: elaborado pelo autor com base na Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021b).

Assim como na Lei nº 8.666/1993, a NLL mantém as premissas de cabimento das modalidades *leilão*, para a *alienação* de bens da Administração, e *concurso*, para a *seleção de trabalho* de natureza técnica, científica ou artística mediante concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor.

Uma distinção³ a ressaltar: com a Lei nº 14.133/2021, o *leilão* passa a ser a modalidade absoluta para a alienação de bens móveis ou imóveis da Administração, independentemente do valor estimado ou da forma de transferência ou aquisição do patrimônio pela Administração.

1 Critérios para a definição das modalidades

Afora contratações específicas (alienação de bens móveis e imóveis e seleção de trabalho de natureza técnica, científica ou artística), quanto à *contratação de obras e serviços e aquisição de bens* o grande desafio do aplicador da norma – assim como se passava nas Leis nºs 8.666/1993 e 10.520/2002⁴ – relaciona-se aos critérios para o adequado enquadramento da modalidade licitatória: *concorrência*, *pregão* ou *diálogo competitivo*?

³ Conforme a sistemática da Lei nº 8.666/1993, a alienação de bens imóveis por meio da modalidade leilão ocorria somente quando: a) avaliados, isolada ou globalmente, até R\$ 1.430.000,00 (art. 17, § 6º); e b) quando a integração do respectivo bem imóvel ao patrimônio da Administração houvesse derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento (art. 19) (BRASIL, [2021a]). Assim, afora tais hipóteses, a concorrência era a modalidade por excelência para a alienação de bens imóveis.

⁴ Ver Amorim (2020b, p. 84-85).

Sabe-se que, para as modalidades que se prestam à contratação do mesmo tipo de objeto (obra, serviço e bem), a NLL abandona o critério de observância do valor estimado adotado no art. 23 da Lei nº 8.666/1993 para a *concorrência*, a *tomada de preços* e o *convite*.

Baseada no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002 e sustentada em conceitos jurídicos indeterminados⁵, a Lei nº 14.133/2021 – quanto à *concorrência*, ao *pregão* e ao *diálogo competitivo* – estrutura a modalidade em três critérios, cuja incidência é cumulativa:

Tipo do objeto	Obra
	Serviço
	Bem
Domínio uniforme do mercado relevante acerca da execução e/ou fornecimento	Comum (há domínio)
	Especial (não há domínio)
"Viabilidade de definição precisa" e/ou "disponibilidade no mercado" da solução apta ao atendimento da necessidade da Administração	presente
	ausente

Fonte: elaborado pelo autor.

1.1 Definições e enquadramento de obra, serviços e bens *comuns* e *especiais*

Em vista dos dois primeiros critérios anteriores, devem-se verificar no art. 6º da NLL os conceitos legais de *obra*, *serviço*, *bens* e *serviços comuns*, *bens* e *serviços especiais* e *serviços de engenharia*:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XI – *serviço*: atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse da Administração;

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;

XIII – *bens* e *serviços comuns*: aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado;

⁵ “Padrões de desempenho e qualidade”, “objetivamente definidos pelo edital” e “especificações usuais no mercado”.

XIV – *bens e serviços especiais*: aqueles que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não podem ser descritos na forma do inciso XIII do *caput* deste artigo, exigida justificativa prévia do contratante;

[...]

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:

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 (BRASIL, 2021b, grifos nossos).

O conceito de *obra* no inciso XII do art. 6º da NLL tem conotação completamente diversa da apresentada no inciso I do art. 6º da Lei nº 8.666/1993⁶. A NLL veicula parâmetros dinâmicos para o enquadramento da situação concreta no conceito *obra*, orientando-se não por atividades preestabelecidas (*construção, reforma, fabricação, recuperação* ou *ampliação*), mas pela dimensão projetada do resultado da execução: *inovação significativa* do espaço físico ou alteração *substancial* das características originais de bem imóvel.

No âmbito das atividades correlatas ao ramo de engenharia e arquitetura (profissões reguladas pela Leis nºs 5.194/1966 e 12.378/2010), há que se avaliar com precedência o enquadramento do objeto como *obra*. Por exclusão, não se tratando de *obra*, recai-se no conceito de *serviço*, devendo-se avaliar se se está diante de um *serviço comum* ou de um *serviço especial* de engenharia.

Na esteira dos arts. 6º, XIII, e 29 da NLL, caso o objeto seja bem ou *serviço comum* – inclusive o *serviço comum de engenharia* –, obrigatoriamente deverá ser adotada a modalidade *pregão*, que, por sua vez, pressupõe a realização do julgamento da proposta com base no menor dispêndio para a Administração; admitem-se como critérios, portanto, apenas o *menor preço* ou o *maior desconto*.

Na Lei nº 14.133/2021, o enquadramento de um bem ou serviço como *comum* tem como parâmetro os conceitos jurídicos indeterminados do inciso XIII do art. 6º e do *caput* do art. 29: “padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos pelo edital” e “especificações usuais no mercado”.

⁶ “I – Obra – toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta” (BRASIL, [2021a]).

Por ser a redação do inciso XIII do art. 6º da NLL idêntica à adotada no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002, entende-se pela viabilidade de aplicação dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca dos *bens e serviços comuns* desenvolvidos desde o início deste século:

Não há antinomia intrínseca entre bens e serviços “comuns” e “complexos”. A perspectiva de adjetivação do objeto da contratação deve ser pautada pela ótica do mercado relevante. Afinal, ainda que ostente características complexas de execução e que demande o acompanhamento de um responsável técnico detentor de qualificação profissional específica, tal serviço será considerado “comum” se houver, por parte do mercado relevante, pleno domínio das técnicas de sua realização, permitindo uma proposição objetiva e padronizada de execução do objeto. É esse o entendimento que se extrai da expressão “especificações usuais de mercado” utilizada no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002 (AMORIM, 2020b, p. 93, grifos nossos).

Na linha do que já assentou o TCU,

*a complexidade do serviço não é o fator decisivo para inseri-lo, ou não, no conceito de “serviço comum”, mas sim o domínio do mercado sobre o objeto licitado. Caso apresente características padronizadas (de desempenho e de qualidade) e se encontre disponível, a qualquer tempo, em um mercado próprio, o serviço pode ser classificado como serviço comum. [...] “bem ou serviço comum” deve ser entendido como aquele que detém características padronizadas, identificável por denominação usual no mercado. Portanto, a noção de “comum” não está vinculada à estrutura simples de um bem ou de um serviço. Do mesmo modo, a estrutura complexa também não é razão bastante, por si só, para retirar a qualificação de “bem ou serviço comum” (BRASIL, 2014, grifos nossos)*⁷.

Do mesmo modo merece destaque o Enunciado nº 26 da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal, realizada em agosto de 2020:

A Lei n. 10.520/2002 define o bem ou serviço comum com base em critérios eminentemente mercadológicos, de modo que a complexidade técnica ou a natureza intelectual do bem ou serviço não impedem a aplicação do pregão se o mercado possui definições usualmente praticadas em relação ao objeto da licitação (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2020, p. 15).

Para isso, considerando serem o *menor preço* e o *maior desconto* os critérios de julgamento admitidos para as licitações de bens e serviços comuns (art. 6º, XIII, NLL), somente será possível a adoção do pregão se as especificações do bem ou do serviço – dada a maturidade do mercado relevante, ainda que especializado ou com reduzido universo de *players* – forem passíveis de incorporação no edital do certame, em disposições objetivas e padronizadas (AMORIM, 2020b, p. 94). Ou seja, apenas

⁷ Trecho do voto do ministro Benjamin Zymler no Acórdão TCU nº 1.046/2014 (Plenário).

no contexto em que se puder mensurar com objetividade e segurança o resultado da futura contratação será adequado empreender uma disputa concorrencial tendo como critério o *menor preço* ou o *maior desconto*.

Com efeito, o enquadramento de um bem ou serviço como comum dependerá das particularidades do caso concreto, não se mostrando viável que eventual regulamentação venha a estabelecer uma lista taxativa ou pré-definida. Ocorrendo tal configuração, há que se adotar a modalidade *pregão*, independentemente do valor estimado para a contratação. Por isso, julgamos imprescindível na fase de planejamento da licitação a manifestação da área técnica a respeito do enquadramento do bem ou serviço como *comum* ou não.

1.1.1 Concorrência para serviços comuns de engenharia

A despeito da taxatividade do inciso XLI do art. 6º no sentido de ser *obrigatória* a adoção da modalidade *pregão* no caso de *aquisição de bens e serviços comuns* e também da previsão contida na parte final do parágrafo único do art. 29, surge a necessidade de enfrentar a referência aos *serviços comuns de engenharia* nas hipóteses de cabimento da concorrência, de acordo com a redação do inciso XXXVIII do art. 6º da NLL.

À primeira vista, parece haver contradição entre os mencionados dispositivos da Lei no ponto em que estabelece a adoção obrigatória do *pregão* para serviços *comuns* (incluindo os de engenharia) e, ao mesmo tempo, prevê o cabimento da concorrência para serviços *comuns* e especiais de engenharia.

É preciso destacar que a manutenção da referência aos *serviços comuns de engenharia* no conceito de concorrência se justifica pelo histórico da tramitação dos projetos legislativos (PLS nº 559/2013 e PL nº 1.292/1995) que deram origem à NLL, em especial no transcurso da elaboração e aprovação dos substitutivos na Comissão Especial e no Plenário da Câmara dos Deputados⁸. No texto do substitutivo aprovado pela Comissão em 5/12/2018, previu-se o afastamento da modalidade *pregão* para a licitação de qualquer tipo de *serviço de engenharia* (parágrafo único do art. 28). A seu turno, foi desenvolvido no inciso XX do art. 6º do substitutivo da Comissão o conceito de *obras e serviços comuns de engenharia*:

XX – obras e serviços comuns de engenharia: construção, reforma, recuperação ou ampliação de bem imóvel *cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pela Administração por meio de especificações usuais de mercado* (BRASIL, [2018], grifo nosso).

⁸ Para melhor compreensão da histórica tramitação dos projetos de lei que deram origem à NLL, ver artigos deste autor publicados no Observatório da Nova Lei de Licitações (AMORIM, 2019, 2020c, 2020d, 2020e, 2021a, 2021b; PEDRA; OLIVEIRA; AMORIM, 2021).

Note-se que o conceito de *concorrência* veiculado no inciso XXXVIII do mesmo art. 6º do substitutivo – que continha a expressão *serviços comuns e especiais de engenharia*, partindo do pressuposto da exclusão de qualquer serviço de engenharia do âmbito do pregão – foi mantido pelo Plenário da Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, e por fim adotado na Lei nº 14.133/2021.

Ocorre que, no substitutivo apresentado no Plenário da Câmara dos Deputados em 17/6/2019 (BRASIL, [2019]), após o acatamento de diversas emendas, houve significativa alteração na sistemática das licitações de serviços de engenharia, diante dos seguintes fatos: a) a introdução de novos conceitos de *obra* e *serviço de engenharia*; b) a exclusão do conceito de *obras comuns* então existente no inciso XX do art. 6º do substitutivo da Comissão Especial; e c) a previsão do cabimento do pregão para os *serviços comuns de engenharia*.

Todavia, como efeito dessas alterações, não se excluiu a referência aos *serviços comuns de engenharia* do conceito de *concorrência*, que na sistemática do projeto de lei só se justificava quando, até o substitutivo da Comissão Especial, tais serviços estivessem excluídos do escopo do pregão.

De toda forma, foi aprovada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo presidente da República a redação do inciso XXXVIII do art. 6º da NLL, de modo que não é dado ao intérprete simplesmente ignorar palavras e expressões da lei, como se fossem inúteis e dispensáveis. Daí a necessidade de se propor uma interpretação conciliadora dessa aparente incoerência legal:

- a) em regra, em se tratando de serviço comum de engenharia na qual caibam os critérios de *menor preço* ou *maior desconto*, adotar-se-ia o pregão; e
- b) em casos excepcionais, dada a conformação do mercado, quando se vislumbre uma relevante variação de aptidão técnica na execução dos serviços – ainda que pareça paradoxal diante da própria compreensão do conceito de *serviços comuns* – em face da insuficiência dos critérios de julgamento atrelados ao menor dispêndio para a Administração, admitir-se-ia a realização de concorrência do tipo *melhor técnica e preço*.

Entretanto, com a aproximação procedimental entre pregão e concorrência na NLL, os efeitos deletérios da adoção equivocada de modalidade licitatória para os serviços de engenharia, conforme repetidos julgados do TCU (anulação do certame e responsabilização dos agentes), tendem a ser mitigados ou mesmo afastados, já que no final das contas, realizando-se o pregão ou a concorrência, seria observado igual procedimento.

1.1.2 A problemática da obra comum

Da observação da redação do inciso XXXVIII do art. 6º, do § 3º do art. 18 e da alínea *a*, inciso II, art. 55, constata-se que a Lei nº 14.133/2021 utiliza a expressão *obras comuns* de engenharia sem a respectiva conceituação.

Como visto no tópico anterior, no conceito de *obra e serviço comum de engenharia* apresentado no inciso XX do art. 6º do substitutivo da Comissão Especial da Câmara dos Deputados há relação com os mesmos pressupostos de enquadramento da modalidade pregão: “padrões de desempenho e qualidade” que “possam ser objetivamente definidos pela Administração por meio de especificações usuais de mercado”.

Pelo contexto do § 3º do art. 18º e das alíneas *a* e *b* do inciso II do art. 55¹⁰, percebe-se que a distinção entre *obra comum* e *obra especial* na sistemática da NLL apresenta repercussão em relação aos requisitos de especificação do objeto e ao prazo mínimo de divulgação do edital¹¹.

No caso de *obra* (art. 6º, XII, da NLL), é recomendável que o setor da Administração que detenha conhecimento técnico acerca das atividades de engenharia e arquitetura se manifeste sobre o enquadramento da obra em questão como *comum* ou não, em vista da existência ou não de pleno domínio do mercado acerca de sua execução e resultado.

Afinal, pela leitura *a contrario sensu* do § 1º do art. 36 da NLL, em se tratando de *obra comum* impõe-se a adoção dos critérios de julgamento *menor preço* ou *maior desconto*, de modo que:

- a) o prazo mínimo de divulgação seria de “10 (dez) dias úteis” (art. 55, II, *a*, NLL); e
- b) admitir-se-ia a dispensa da elaboração de projetos desde que “demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados”, sendo necessário apenas o *projeto básico* (art. 18, § 3º, NLL).

O fato de o objeto da contratação ser uma *obra comum* não implicará o cabimento da modalidade pregão, porquanto no parágrafo único do art. 29 a NLL deixou patente que “o pregão *não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados* de natureza

⁹ “§ 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” (BRASIL, 2021b, grifos nossos).

¹⁰ “Art. 55. Os prazos mínimos para apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação, são de: [...] 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*” (BRASIL, 2021b, grifos nossos).

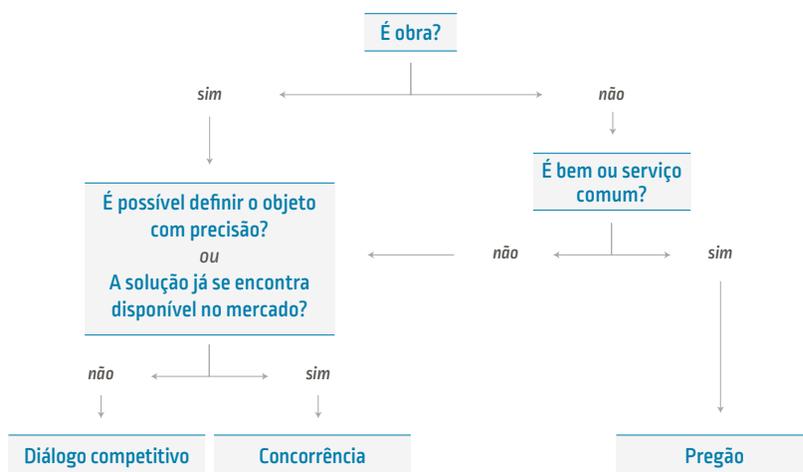
¹¹ Para melhor compreensão da temática, ver Cavalcante (2021).

predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia”, exceto os *serviços comuns de engenharia* (BRASIL, 2021b, grifo nosso).

Quanto à definição de modalidades, entende-se que, sendo a obra *comum* – dado o pleno domínio do mercado acerca de sua execução e a viabilidade da Administração caracterizar, de forma padronizada, suas especificações –, não se estará diante dos pressupostos para a caracterização do cabimento do *diálogo competitivo*, restando, por conseguinte, apenas a adoção da modalidade *concorrência*.

1.2 Proposição de um roteiro para definição da modalidade licitatória

Com esteio naqueles três critérios para a definição da modalidade licitatória, assim se pode definir a utilização da *concorrência*, do *pregão* e do *diálogo competitivo*:



Fonte: elaborado pelo autor.

2 Critérios de julgamento das propostas

Os critérios de julgamento da proposta devem não só ser condizentes com a estrutura do objeto licitado mas também consistir no meio mais adequado para se alcançar, de forma mais eficiente possível, a *vantajosidade* da contratação almejada pela Administração. Com efeito, de acordo com o inciso I do art. 11 da NLL, um dos objetivos da licitação é “assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública” (BRASIL, 2021b).

Desse modo, um dos aspectos a serem contemplados na fase de planejamento da licitação é justamente avaliar

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 (art. 18, VIII (BRASIL, 2021b)).

Os critérios de julgamento previstos na Lei nº 14.133/2021 encontram-se arrolados no art. 33:

CRITÉRIO DE JULGAMENTO	PARÂMETRO	MODALIDADE APLICÁVEL
Menor preço (art. 34)	considerará o menor dispêndio para a Administração, apurado com base no valor nominal (R\$) da proposta	Pregão Concorrência
Maior desconto (art. 34)	considerará o menor dispêndio para a Administração, apurado com base no percentual de desconto (%) sobre o valor estimado do objeto em disputa	
Melhor técnica ou conteúdo artístico (art. 35)	o fator preponderante para a escolha do vencedor não é o preço, mas critérios de qualidade e especificidade indispensáveis para o alcance do interesse público	Concurso Concorrência
Técnica e preço (arts. 36 a 38)	os fatores <i>técnica e preço</i> serão considerados de acordo com proporções previamente consignadas em edital. Não há, pois, prevalência de qualquer dos fatores, mas um procedimento objetivo de aferição da média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço	Concorrência Diálogo competitivo
Maior lance	será considerada a melhor proposta aquela que corresponder ao maior valor nominal ofertado	Leilão
Maior retorno econômico (art. 39)	utilizado exclusivamente para a celebração de <i>contrato de eficiência</i> ¹² , 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	Concorrência Diálogo competitivo

Fonte: elaborado pelo autor com base na Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021b).

¹² De acordo com o inciso LIII do art. 6º da NLL, entende-se por contrato de eficiência o “contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada” (BRASIL, 2021b).

O rol dos critérios de julgamento e o regramento relativo à possibilidade de combinação ou adoção isolada dos modos de disputa adotados na NLL foram quase integralmente inspirados na experiência do RDC, mais precisamente nos arts. 18 a 23 da Lei nº 12.462/2011. Notadamente quanto ao critério *maior retorno econômico*, incorporaram-se práticas e entendimentos sedimentados para a modelagem das licitações com o propósito de celebrar os chamados *contratos de eficiência*.

2.1 Regra especial para o critério de julgamento a ser adotado para a contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual

O § 2º do art. 37 da NLL preconiza a adoção dos critérios de julgamento das propostas de *melhor técnica* ou *técnica e preço* para as licitações com valor estimado superior a R\$ 300.000,00 e que se destinem à contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas *a*, *d* e *h* do inciso XVIII do *caput* do art. 6º da Lei nº 14.133/2021:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos;
- b) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços; e
- c) 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 do inciso XVIII do art. 6º da NLL.

Para a contratação de tais serviços, deverá ser estabelecido no edital o critério de *melhor técnica* (art. 35) ou de *técnica e preço* (art. 36). A disposição do § 2º do art. 37 torna-se preferencial em face dos pressupostos de enquadramento dos critérios de julgamento definidos no parágrafo único do art. 35 e no § 1º do art. 36:

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.

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 (BRASIL, 2021b).

De acordo com o § 2º do art. 36 da NLL, se for adotado o critério *técnica e preço*, com base nos elementos levantados na fase preparatória deverá ser observada a proporcionalidade entre as propostas técnicas e as propostas de preços, com a limitação máxima de 70% de valoração para a proposta técnica.

Contudo, quando utilizado o critério *técnica e preço* para a contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual – previstos nas alíneas *a*, *d* e *h* do inciso XVIII do *caput* do art. 6º, em conformidade com o inciso II do § 2º do art. 37, ambos da NLL –, a proporção entre a proposta técnica e a proposta de preço será necessariamente de “70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica”. Trata-se, pois, de uma regra especial pela qual a ponderação entre as propostas *técnica* e *de preço* já foi fixada *ex lege*.

3 Modos de disputa

Nos termos do art. 56 da NLL, serão admitidos na fase de seleção do fornecedor os seguintes *modos de disputa*, que serão adotados de forma *isolada* ou *conjunta*, a depender do critério de julgamento da proposta:

MODO DE DISPUTA	DEFINIÇÃO
Aberto	“hipótese em que os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes”
Fechado	“hipótese em que as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação”

Fonte: elaborado pelo autor com base na Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021b).

Ao prever na parte final do *caput* do art. 56 a possibilidade de combinação dos dois modos de disputa, a Lei nº 14.133/2021 admite, assim, a estruturação de mais dois modos de disputa: *aberto e fechado* e *fechado e aberto*.

É intrínseca ao *modo de disputa aberto* a realização de uma fase de lances. Porém, não consta da NLL maior detalhamento do fluxo operacional dessa fase, seja na adoção isolada no modo aberto, seja na combinação entre os modos aberto e fechado. O que há em verdade é a definição de lances *intermediários* no § 3º do art. 56¹³ e a previsão, no § 4º do art. 56¹⁴ e no art. 57¹⁵, da possibilidade de: a) estabelecimento, no edital, de intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances; e b) reabertura da disputa aberta quando “a diferença em relação à proposta classificada em segundo lugar for de pelo menos 5% (cinco por cento)” (BRASIL, 2021b).

Saliente-se que, sob a égide da Lei nº 10.520/2002, o regulamento federal do pregão eletrônico (Decreto nº 10.024/2019) apresenta tal delineamento no art. 32 (modo aberto) e no art. 33 (modo aberto e fechado)¹⁶.

Por sua vez, o *modo de disputa fechado*, assim como consagrado nas modalidades da Lei nº 8.666/1993, segue a clássica modelagem de preços selados, com uma única oferta por licitante que se mantém sigilosa até o momento procedimental para sua revelação, não havendo, assim, oportunidade de redução dinâmica ao longo do procedimento.

Será admitida a utilização, de forma isolada, do modo *aberto* para os critérios de julgamento *menor preço*, *maior desconto*, *maior oferta* e *maior retorno econômico*. O lance corresponderá ao percentual de economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária. O § 2º do art. 56 da própria NLL estabelece que “a utilização do modo de disputa aberto será vedada quando adotado o critério de julgamento de técnica e preço” (BRASIL, 2021b). Diferentemente, permitir-se-á a utilização, *de forma isolada*, do *modo fechado* quando adotados os critérios de julgamento *melhor técnica e preço*, *melhor técnica ou conteúdo artístico* e *maior retorno econômico*.

¹³ “§ 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” (BRASIL, 2021b).

¹⁴ “§ 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” (BRASIL, 2021b).

¹⁵ “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” (BRASIL, 2021b).

¹⁶ Ver Amorim (2020a).

Em contrapartida, o § 1º do art. 56 da Lei nº 14.133/2021 preconiza que “a utilização isolada do modo de disputa fechado será vedada quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto” (BRASIL, 2021b).

Dessa forma, consoante o regramento da NLL, é possível resumir assim a relação entre os modos de disputa e os critérios de julgamento das propostas:

MODO DE DISPUTA	CRITÉRIOS DE JULGAMENTO
<i>Aberto</i> (adoção isolada)	Menor preço Maior desconto Maior oferta Maior retorno econômico
<i>Fechado</i> (adoção isolada)	Melhor técnica e preço Melhor técnica ou conteúdo artístico Maior retorno econômico
<i>Aberto-fechado</i> (adoção combinada)	Menor preço Maior desconto Maior retorno econômico
<i>Fechado-aberto</i> (adoção combinada)	Menor preço Maior desconto Maior retorno econômico

Fonte: elaborado pelo autor.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. A fase de lances na nova Lei de Licitações sob a perspectiva da ‘teoria dos leilões’: contributos para a futura regulamentação dos modos de disputa. *ONLL: Observatório da Nova Lei de Licitações*, [s. l.], 26 abr. 2021a. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/04/26/a-fase-de-lances-na-nova-lei-de-licitacoes-sob-a-perspectiva-da-teoria-dos-leiloes-contributos-para-a-futura-regulamentacao-dos-modos-de-disputa/>. Acesso em: 11 jul. 2021.
- _____. Definição da modalidade de licitação para contratação de obras e serviços de engenharia na nova Lei de Licitações. *ONLL: Observatório da Nova Lei de Licitações*, [s. l.], 21 maio 2021b. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/05/21/definicao-da-modalidade-de-licitacao-para-contratacao-de-obras-e-servicos-de-engenharia-na-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 11 jul. 2021.
- _____. Fase de lances no pregão eletrônico: escolha do modo de disputa à luz da análise econômica do direito. *Sollicita*, [s. l.], 5 ago. 2020a. Disponível em: https://www.sollicita.com.br/Noticia/?n=fase-de-lances-no-preg%C3%A3o-eletr%C3%B4nico&p_idNoticia=16621. Acesso em: 11 jul. 2021.
- _____. *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Decreto nº 10.024/2019. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020b. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/573456>. Acesso em: 11 jul. 2021.
- _____. O PL nº 1.292/1995: até quando ficaremos presos ao “pecado original” do maximalismo legal? *ONLL: Observatório da Nova Lei de Licitações*, [s. l.], 15 abr. 2020c. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/04/15/o-pl-no-1-292-1995-ate-quando-ficaremos-presos-ao-pecado-original-do-maximalismo-legal/>. Acesso em: 11 jul. 2021.
- _____. O pregão em tempos de Covid-19: inovações procedimentais de acordo com a Lei nº 13.979/2020. *ONLL: Observatório da Nova Lei de Licitações*, [s. l.], 15 jun. 2020d. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/06/15/o-pregao-em-tempos-de-covid-19-inovacoes-procedimentais-de-acordo-com-a-lei-no-13-979-2020/>. Acesso em: 11 jul. 2021.
- _____. Perspectivas de tramitação do projeto da nova Lei de Licitações em seu retorno ao Senado Federal. *ONLL: Observatório da Nova Lei de Licitações*, [s. l.], 4 dez. 2019. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2019/12/04/perspectivas-de-tramitacao-do-projeto-da-nova-lei-de-licitacoes-em-seu-retorno-ao-senado-federal/>. Acesso em: 11 jul. 2021.
- _____. Projeto da nova Lei de Licitações volta a pauta do Senado Federal e pode ser aprovado ainda em 2020. *ONLL: Observatório da Nova Lei de Licitações*, [s. l.], 7 dez. 2020e. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/12/07/projeto-da-nova-lei-de-licitacoes-volta-a-pauta-do-senado-federal-e-pode-ser-aprovado-ainda-em-2020/>. Acesso em: 11 jul. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Substitutivo adotado [ao] Projeto de Lei nº 1.292, de 1995*. Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios [...]. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, [2018]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1698056&filename=SBT-A+1+PL129295+%3D%3E+PL+1292/1995. Acesso em: 11 jul. 2021.
- _____. Câmara dos Deputados. *Substitutivo ao Projeto de Lei nº 1.292, de 1995*. Subemenda substitutiva global. Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios [...]. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1765896&filename=PPR+1+PL129295+%3D%3E+PL+1292/1995. Acesso em: 11 jul. 2021.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 11 jul. 2021.

_____. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 11 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 1.046/2014*. Representação. Possíveis irregularidades relacionadas a tomada de preços, tipo “técnica e preço”, deflagrada para a contratação de serviço de auditoria independente. Revogação da licitação pela entidade. Perda de objeto [...]. Entidade: Telecomunicações Brasileiras S/A – Telebrás. Unidade Técnica: Selog. Relator: Min. Benjamin Zymler, 23 de abril de 2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1046%252F2014/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 11 jul. 2021.

CAVALCANTE, Rafael Jardim. Um ensaio sobre ‘obras comuns de engenharia’ na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *ONLL: Observatório da Nova Lei de Licitações*, [s. l.], 5 fev. 2021. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/02/05/um-ensaio-sobre-obras-comuns-de-engenharia-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos/>. Acesso em: 11 jul. 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *I Jornada de Direito Administrativo*: enunciados aprovados. Brasília, DF: CJF, Centro de Estudos Judiciários, 2020. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/jornada-de-direito-administrativo-enunciados-aprovados/@@download/arquivo>. Acesso em: 11 jul. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei 8.666/1993. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PEDRA, Anderson; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de; AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. A hora e a vez da redação final do PL nº 4.253/2020 e a espada de Dâmocles: sanção versus veto. *ONLL: Observatório da Nova Lei de Licitações*, [s. l.], 16 mar. 2021. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/03/16/a-hora-e-a-vez-da-redacao-final-do-pl-no-4-253-2020-e-a-espada-de-damocles-sancao-versus-veto/>. Acesso em: 11 jul. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu; Conselho da União Europeia. *Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro de 2014*. Relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. [S. l.]: EUR-Lex, [2020]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>. Acesso em: 11 jul. 2021.

Capítulo 5

Fase de seleção do fornecedor: o rito procedimental da licitação

Ainda que a Lei nº 14.133/2021 tenha conferido considerável margem para a regulamentação do fluxo operacional das licitações, especialmente em relação à forma eletrônica – que passa a ser uma regra de preferencialidade (art. 17, § 2º) –, a estrutura procedimental elementar das modalidades licitatórias foi fixada nos arts. 17 (concorrência e pregão), 30 (concurso), 31 (leilão) e 32 (diálogo competitivo).

Considerando que para a fiel execução da lei a edição de atos normativos secundários – decorrentes da função regulamentar (art. 84, IV, CRFB) – não pode acarretar inovação na ordem jurídica, será inviável que os regulamentos venham a subverter o “esqueleto” estrutural dos procedimentos das modalidades licitatórias fixados na NLL, de modo que o espaço de conformação regulamentar deverá limitar-se ao fluxo operacional propriamente dito¹.

A rigor, para todas as modalidades é preferível a forma eletrônica; por se tratar de exceção à regra, a adoção da forma presencial deve ser devidamente justificada na fase preparatória do procedimento. A se observar a prática administrativa quanto às justificativas para a adoção do pregão presencial no contexto do art. 1º, § 2º, do Decreto nº 5.504/2005 e no art. 1º, § 4º, do Decreto nº 10.024/2019, além de eventual desvantagem contextual para a Administração no uso da forma eletrônica, caso seja alegado motivo de ordem operacional, é crucial que a justificativa seja lastreada em elementos empíricos que comprovem a eventual inviabilidade técnica.

De todo modo, adotada a forma presencial como dispõe o § 2º do art. 17 da NLL, a sessão pública deverá ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

1 Procedimento do leilão

Na modalidade leilão, os interessados comparecem em data preestabelecida para o ato e formulam suas ofertas verbalmente; não há, portanto, sigilo com relação

¹ Acerca de regulamentos e hierarquia normativa, ver Amorim (2020, p. 30-33).

ao conteúdo das propostas, que, uma vez formuladas, vinculam o proponente até que advenha outra mais elevada que o desobrigue e, por consequência, obrigue o novo proponente.

Todo bem móvel ou imóvel a ser leiloado será previamente avaliado pela Administração para a fixação do preço mínimo de arrematação.

O leilão será precedido da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, com antecedência mínima de “15 (quinze) dias úteis” (art. 55, III, NLL), com o seguinte conteúdo mínimo:

- 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 bens a serem leiloados (BRASIL, 2021d).

De acordo com o § 3º do art. 31 da NLL, “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 também ser divulgado por outros meios necessários para ampliar a publicidade e a competitividade da licitação” (BRASIL, 2021d).

Enfatiza o § 4º do art. 31 da Lei nº 14.133/2021 que não será exigido no leilão o registro cadastral prévio e que não haverá fase de habilitação.

Uma vez concluída a fase de lances e superada a fase recursal, a licitação deverá ser homologada, e o vencedor arrematante deverá efetivar o pagamento consoante as condições e os prazos previamente estabelecidos no edital.

O leilão pode ser conduzido, de forma unipessoal, por um servidor designado pela Administração (chamado *leiloeiro administrativo*) ou por um *leiloeiro oficial*². Neste último caso, conforme o § 1º do art. 31 da NLL, a seleção do leiloeiro oficial ocorrerá “mediante credenciamento ou licitação na modalidade pregão”, adotando-se “o critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, uti-

² A profissão de leiloeiro oficial é regulamentada pelo Decreto nº 21.981/1932 e os profissionais capacitados devem estar registrados na Junta Comercial.

lizados como parâmetro máximo os percentuais definidos na lei que regula a referida profissão e observados os valores dos bens a serem leiloados” (BRASIL, 2021d).

2 Procedimento do concurso

O *concurso* é a modalidade licitatória utilizada para a escolha de trabalho técnico, artístico ou científico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, com base em critérios previamente estipulados em edital. Não deve, pois, ser confundido com o *concurso de provas e títulos* necessários à seleção de candidatas para a investidura em cargos e empregos públicos.

Nos concursos destinados à elaboração de projeto, o vencedor deverá ceder à Administração Pública, conforme o art. 93 da NLL³, todos os direitos patrimoniais relativos ao projeto e autorizar sua execução conforme juízo de conveniência e oportunidade das autoridades competentes.

O concurso deve ser precedido de edital próprio, no qual estarão especificadas a qualificação exigida dos participantes, as diretrizes e forma de apresentação de trabalho, bem como as condições de sua realização e o prêmio (ou remuneração) a ser concedido ao vencedor.

A convocação deve ser feita por edital, com prazo mínimo de divulgação de “35 (trinta e cinco) dias úteis” (art. 55, IV, NLL). Ainda que a Lei nº 14.133/2021 não apresente disposição específica sobre a competência para o julgamento do concurso⁴, é recomendável que, para a observância dos princípios e objetivos previstos nos arts. 5º e 11 da NLL, a modalidade seja conduzida por um órgão colegiado (comissão especial), de preferência composto por servidores especializados ou formação correlata à temática do objeto do concurso; por conseguinte, é razoável a aplicação da hipótese prevista no § 2º do art. 8º na NLL.

³ “Art. 93. Nas contratações de projetos ou de serviços técnicos especializados, inclusive daqueles que contemplem o desenvolvimento de programas e aplicações de internet para computadores, máquinas, equipamentos e dispositivos de tratamento e de comunicação da informação (software) – e a respectiva documentação técnica associada –, o autor deverá ceder todos os direitos patrimoniais a eles relativos para a Administração Pública, hipótese em que poderão ser livremente utilizados e alterados por ela em outras ocasiões, sem necessidade de nova autorização de seu autor. § 1º Quando o projeto se referir a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos a que se refere o *caput* deste artigo incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra. § 2º É facultado à Administração Pública deixar de exigir a cessão de direitos a que se refere o *caput* deste artigo quando o objeto da contratação envolver atividade de pesquisa e desenvolvimento de caráter científico, tecnológico ou de inovação, considerados os princípios e os mecanismos instituídos pela Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004” (BRASIL, 2021d).

⁴ Como fora previsto no § 5º do art. 51 da Lei nº 8.666/1993, “[n]o caso de concurso, o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não” (BRASIL, [2021c]).

3 Procedimento do diálogo competitivo

Como visto anteriormente, é excepcional o cabimento do diálogo competitivo, res- trito às hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 32 da Lei nº 14.133/2021:

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 (BRASIL, 2021d, grifos nossos).

Para uma visão pragmática do cabimento do diálogo competitivo, vale transcrever as palavras de Oliveira (2020, grifos nossos):

A novidade é o diálogo competitivo, cujo escopo é a adjudicação de contratos dotados de complexidade técnica, jurídica ou financeira. Trata-se de um instituto oriundo do Direito Europeu cujo foco inicial foi incentivar os Estados-Membros da União Europeia a promoverem parcerias público-privadas, as PPP's. *A ideia subjacente nessa modalidade de licitação é a de que o setor privado pode contribuir para as soluções públicas.* Por isso, ele é apropriado para aquelas situações nas quais o poder público sabe da sua necessidade, mas não sabe como supri-la. *No diálogo competitivo, o objeto da contratação é concebido no curso da licitação.*

[...]

Essa modalidade é apta para casos complexos, sendo, por isso, de aplicação restrita. *Na Europa, poucos são os países que se valem dessa espécie de procedimento, apesar de o terem positivado no seu direito interno.* Ele é bastante utilizado na Inglaterra e na França.

O procedimento do diálogo competitivo é estruturado basicamente em três etapas:

1ª etapa: pré-seleção

Realização da seleção prévia dos candidatos aptos a participar do certame, conforme critérios de qualificação previamente estabelecidos em edital.

Por força do inciso I, § 1º, do art. 32 da Lei nº 14.133/2021, o procedimento inicia-se com a divulgação do edital, contendo obrigatoriamente as "necessidades e as exigências"

da Administração, a fim de que o mercado compreenda os termos do diálogo e, assim, manifeste interesse na participação. O mesmo inciso I estabelece o prazo mínimo de divulgação do ato convocatório de “25 (vinte e cinco) dias úteis”.

Frise-se que “os critérios empregados para [a] pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos” (art. 32, § 1º, II, da NLL (BRASIL, 2021d)).

2ª etapa: diálogo

Concluída a qualificação prévia dos candidatos, inicia-se o diálogo com os licitantes pré-selecionados.

Na fase de diálogo, os candidatos devem ser tratados de forma isonômica: é vedado à Administração “revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento” (art. 32, § 1º, IV) e promover a “divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante” (art. 32, § 1º, III).

De acordo com o inciso VII do § 1º do art. 32, admite-se que a etapa de diálogo seja seccionada em fases sucessivas, “caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas”.

Conforme os incisos V e VIII, o que determina a conclusão da etapa de diálogo não é um prazo preestabelecido, mas sim a identificação efetiva pela Administração da “solução ou as soluções que atendam às suas necessidades”. Feita a identificação, a Administração deverá “declarar que o diálogo foi concluído” e, assim, “juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo” (BRASIL, 2021d).

3ª etapa: competição

Após a declaração de conclusão do diálogo, como antecedente da etapa de julgamento das propostas, a Administração deverá “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” apresentarem suas propostas (§ 1º, VIII).

A seleção da proposta vencedora dar-se-á conforme os critérios divulgados no edital referente à fase competitiva, “assegurada a contratação mais vantajosa como resultado”.

O inciso IX do § 1º admite que, na fase de julgamento das propostas, a Administração solicite “esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas” (BRASIL, 2021d).

O diálogo competitivo necessariamente será conduzido de forma colegiada, ou seja, por uma *comissão de contratação* composta de no mínimo “3 (três) servidores efetivos”, admitida a contratação de profissionais para o assessoramento técnico de tal comissão (art. 32, § 1º, XI). Nessa hipótese, os profissionais contratados deverão assinar termo de confidencialidade e abster-se de atividades que possam configurar conflito de interesses.

4 Procedimento da concorrência e do pregão

No *caput* do art. 29 da Lei nº 14.133/2021 consigna-se que “a concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei”. Ou seja, de antemão percebe-se a unicidade conferida à estrutura procedimental básica do pregão e da concorrência.

Os incisos II a VII do art. 17 apresentam a estrutura procedimental básica para a realização da *fase de seleção dos fornecedores* propriamente dita:

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

[...]

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 (BRASIL, 2021d).

Com base no que já consta da Lei nº 10.520/2002, nota-se que não é uma novidade em si a estrutura adotada no art. 17 da NLL; a bem da verdade, foi mantida a estrutura tradicional do pregão (fase de propostas antecedente à fase de habilitação; previsão de etapa de lances e fase recursal única). A grande novidade está justamente na estruturação da modalidade concorrência com base na experiência consagrada do pregão. No dizer de Oliveira (2020), a concorrência foi “apregoadada”. Desse modo, em comparação com a sistemática do art. 43 da Lei nº 8.666/1993, pode-se compreender que na NLL estamos diante de uma “nova” *concorrência*.

Como já visto, a diferença entre *pregão* e *concorrência* situa-se no cabimento dos critérios de julgamento e no objeto passível de ser licitado. Porém, em termos procedimentais, mesmo não sobrevivendo regulamento com maiores detalhamentos do fluxo operacional (principalmente na forma eletrônica), poder-se-ia dizer que, adotado o critério *menor preço* ou *maior desconto*, não haveria a rigor qualquer distinção no procedimento do *pregão* e da *concorrência*.

Eis o “esqueleto” do procedimento do *pregão* e da *concorrência*:

- 1) *divulgação do edital* e apreciação de eventuais impugnações e pedidos de esclarecimentos;
- 2) abertura da sessão pública com a *apresentação das propostas*;
- 3) “quando for o caso”⁵, realização da *fase de lances*;
- 4) *negociação* a ser entabulada com o proponente da melhor oferta (art. 61);
- 5) *julgamento da proposta* mais bem classificada de acordo com os critérios explicitados no edital;
- 6) análise da *habilitação* do licitante provisoriamente vencedor;
- 7) *fase recursal* única (art. 165, § 1º);
- 8) *adjudicação*⁶ e *homologação* (art. 71, IV).

4.1 A possibilidade de *inversão de fases*

No § 1º do art. 17 da NLL é prevista a possibilidade de a Administração inverter as fases de propostas e de habilitação “mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes” e “desde que expressamente previsto no edital de licitação”. Ou seja, o procedimento iniciar-se-ia com a fase de habilitação, e seguiriam para a apresentação das propostas e da etapa de lances (“quando for o caso”) apenas os licitantes que tenham sido habilitados.

⁵ A expressão *quando for o caso* contida no inciso III do art. 17 da NLL justifica-se porque na modalidade *concorrência* poderá haver a adoção de critérios de julgamento que admitam a utilização isolada do modo de disputa *fechado*, que não pressupõe a realização de fase de lances.

⁶ Conforme a redação do inciso IV do art. 71 da NLL, a adjudicação do objeto caberia “à autoridade superior”. Todavia, reputamos não haver óbice à eventual previsão em regulamento no sentido do que consta no inciso XX do art. 4º da Lei nº 10.520/2002, o qual atribui ao agente de contratação a adjudicação do objeto quando não houver manifestação imediata da intenção de recurso (art. 165, § 1º, NLL).

Assim, em que pese o objetivo da norma de buscar eficiência e celeridade semelhantes às do procedimento do pregão na Lei nº 10.520/2002, diante da particularidade e sensibilidade de alguns objetos, a *inversão de fases* pode mostrar-se como medida recomendável para atenuar os riscos de participações aventureiras e dotar a Administração de maior segurança para avaliar propostas apenas em relação aos fornecedores que previamente tenham demonstrado aptidão na fase de habilitação.

Nesse mesmo intento, importantes instrumentos auxiliares poderão ser acoplados aos procedimentos licitatórios – como a pré-qualificação (de licitantes e de produtos) prevista no art. 81 da NLL –, de modo a afastar as distorções e críticas relativas ao rito do estabelecido na Lei nº 10.520/2002, notadamente em relação a uma pressuposta baixa qualidade de disputa decorrente da verificação das condições de contratar com a Administração somente após o fim da disputa; e também por um fetiche dos agentes públicos – fomentado, em grande parte, pelos órgãos de controle – na busca do menor preço, desatrelada da preocupação com a qualidade e a performance da solução a ser contratada.

4.2 A possibilidade de exigência de garantia para participar do certame

De maneira similar ao previsto no art. 31, III, da Lei nº 8.666/1993, o art. 58 da NLL prevê a possibilidade de exigência de garantia de proposta “como requisito de pré-habilitação”.

No caso, a garantia – que “não poderá ser superior a 1% (um por cento) do valor estimado para a contratação” – deverá ser apresentada juntamente com a proposta, cabendo ao licitante optar por uma das modalidades previstas no § 1º do art. 96 da Lei nº 14.133/2021: caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária.

Observe-se que, diante da inexistência de vedação no sentido do que fora estabelecido no art. 5º, I, da Lei nº 10.520/2002, na NLL admite-se a exigência de garantia de proposta quando adotada a modalidade *pregão*.

4.3 Etapas da fase externa nas modalidades concorrência e pregão

4.3.1 Etapa de divulgação do edital

O edital – também denominado *ato* ou *instrumento convocatório* – consiste no ato por meio do qual não só se convocam os interessados em participar do certame licita-

tório como também se estabelecem as condições que o regerão. Trata-se, portanto, de documento obrigatório para todas as modalidades de licitação.

São estas as funções desempenhadas pelo edital:

- a) confere publicidade à licitação;
- b) identifica o objeto licitado e delimita o universo das propostas;
- c) circunscreve o universo de proponentes;
- d) estabelece os critérios para análise e avaliação dos proponentes e propostas;
- e) regula atos e termos processuais do procedimento; e
- f) fixa as cláusulas do futuro contrato.

Quanto ao seu conteúdo, de forma diversa do detalhado rol “mínimo” então adotado pelo art. 40 da Lei nº 8.666/1993, o art. 25 da NLL preconiza que “[o] edital deverá conter o *objeto da licitação* e as regras relativas à *convocação*, ao *juízo de 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*” (BRASIL, 2021d, grifos nossos).

Em relação ao procedimento do certame em si, na linha do inciso VIII do art. 18 é evidente que o ato convocatório deverá explicitar objetivamente a modalidade de licitação, o critério de julgamento e o modo de disputa a ser adotado; tal definição deve ser desenvolvida motivadamente na fase preparatória orientada pela “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” (BRASIL, 2021d).

Ademais, positivando entendimento solidificado pelo TCU, o § 7º do mesmo art. 25 estabelece que,

independentemente do prazo de duração do contrato, *será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço*, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos (BRASIL, 2021d, grifo nosso).

De acordo com o § 4º do art. 25 da Lei nº 14.133/2021, nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto⁷, é obrigatório que o edital estabeleça a

⁷ De acordo com o inciso XXII do art. 6º da NLL, consideram-se “obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais)” (BRASIL, 2021d).

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 (BRASIL, 2021d).

Da leitura do § 3º do art. 25 da NLL infere-se que são anexos necessários do edital: a minuta de contrato, o TR ou o PB e, quando for o caso, o anteprojeto e os projetos.

Afora o conteúdo básico previsto no *caput* do art. 25, a Lei nº 14.133/2021 faculta as seguintes previsões nos atos convocatórios:

- a) “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” (art. 22);
- b) “utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra” (art. 25, § 2º);
- c) responsabilidade do contrato pela: i) obtenção do licenciamento ambiental; e ii) realização da desapropriação autorizada pelo poder público (art. 25, § 5º);
- d) exigência de alocação de percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por: i) mulheres vítimas de violência doméstica⁸; e ii) oriundos ou egressos do sistema prisional; e
- e) “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”, admitida “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” (art. 63, §§ 2º e 3º) (BRASIL, 2021d).

4.3.1.1 Publicidade do edital

As regras de publicidade dos editais referentes às licitações realizadas com esteio na Lei nº 14.133/2021 estão estabelecidas no art. 54:

⁸ A previsão contida no art. 25, § 9º, I, da NLL é inspirada em exitosa experiência da Administração do Senado Federal a partir do Ato da Comissão Diretora nº 4/2016, que determinou a previsão, nos editais de licitação para serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, a reserva efetiva de no mínimo 2% do quantitativo total de postos de trabalho para mulheres vítimas de violência doméstica.

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 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 (BRASIL, 2021d).

Denotam-se dois regramentos distintos:

a) *publicidade obrigatória*: divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e a publicação do *extrato do edital* (ou *aviso de licitação*) no *diário oficial* do respectivo ente federativo e em *jornal diário de grande circulação*.

b) *publicidade adicional*: manutenção do inteiro teor do edital e de seus anexos em *sítio eletrônico oficial do ente federativo* do órgão ou entidade responsável pela licitação.

4.3.1.1.1 Disponibilidade do edital e seus anexos no PNCP

A publicidade mínima exigida pela NLL em relação ao PNCP realiza-se, não com a mera veiculação de aviso de licitação (como observado no regime da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 10.520/2002), mas sim com a *divulgação* e a *manutenção* do *inteiro teor* do edital e seus respectivos anexos.

Nos termos do art. 174 da Lei nº 14.133/2021, o PNCP é um *sítio eletrônico oficial* que se destina precipuamente⁹ à “divulgação centralizada e obrigatória” dos atos exigidos na NLL por todos os entes federativos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), em especial os editais de licitação (art. 54) e os contratos administrativos (art. 94).

⁹ Diz-se *precipuamente* porque, consoante preconizam os §§ 2º e 3º do art. 174 da NLL, o PNCP contemplará uma série de funcionalidades além da publicidade centralizada de editais e contratos. Contudo, a utilização de tais funcionalidades no âmbito do PNCP será meramente facultativa para os Estados, Municípios e Distrito Federal.

4.3.1.1.2 A publicação do extrato do edital em diário oficial e em *jornal diário de grande circulação*

Além da disponibilização da íntegra do edital e seus anexos no PNCP, conforme o comando do *caput* do art. 54, é obrigatória a publicação do *aviso de licitação* ou – como denominado pela NLL – do *extrato do edital* nos seguintes veículos de comunicação:

Diário oficial

Trata-se do veículo de imprensa oficial do respectivo ente federado.

Deverão ser admitidos tanto os diários oficiais impressos quanto os digitais, desde que certificados digitalmente por autoridade certificadora.

Note-se que, quando a licitação for promovida por consórcio público (regulado pela Lei nº 11.107/2005), dispõe o § 1º do art. 54 que o *aviso de licitação* deverá ser publicado no diário oficial “do ente de maior nível entre eles”. Tal expressão deve ser lida em conformidade com a CRFB, que pressupõe a autonomia plena dos entes federados, de modo que não se pode falar em relação hierárquica. Na verdade, por “maior nível” deve ser considerada a maior abrangência territorial quando relacionados a União e Estados, a União e Municípios ou Estados e Municípios. Portanto, no caso de composição interfederativa do consórcio, a publicação deverá ser realizada na imprensa oficial daquele ente que ostente maior abrangência territorial: em caso de consórcio entre União, Estados ou Municípios, publicação no *Diário Oficial da União*; em caso de consórcio entre Estados e Municípios, publicação no diário oficial do Estado. Com efeito, como em consórcios com mais de um Estado ou apenas entre Municípios não se pode se falar em “maior nível entre eles”, defendemos a necessidade de publicação nos diários oficiais de todos os entes consorciados.

Jornal diário de grande circulação

A parte final do § 1º do art. 54 estabelece como obrigatória a publicação do *aviso de licitação* em *jornal diário de grande circulação* referente a todo e qualquer certame a ser promovido por órgão e entidade da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, independentemente do tipo e do valor estimado do objeto.

Como se observa na Lei nº 8.666/1993, a expressão *grande circulação* é um conceito jurídico indeterminado.

O único parâmetro objetivo traçado pelo § 1º seria quanto à sequência diária de publicação do jornal, de modo que por *jornal diário* se deve compreender a publicação do periódico sem interregno de datas.

Quanto à abrangência da circulação, como a NLL não estabelece o âmbito em si (*local, regional* ou *nacional*), reputa-se que ao menos a publicação do aviso deverá ocorrer em jornal que circule na região do local no qual fique sediado o órgão promotor da licitação.

Por se tratar de conceito indeterminado, é relevante a definição das premissas de enquadramento do jornal como de *grande circulação*¹⁰ mediante parâmetros objetivos e verificáveis.

Ainda com esteio na previsão do art. 21, III, da Lei nº 8.666/1993, em relação à expressão *jornal de grande circulação* cumpre registrar o entendimento da Consultoria Zênite; segundo ele, *jornal de grande circulação* é o

periódico que tem ampla circulação no território do estado, ou seja, um periódico bastante aceito e consumido pela população, em se tratando do estado, que atinja quase todos os municípios, senão todos. O mesmo sentido deve ser dado com relação ao município, o jornal local deverá atingir a quase todas as classes e faixas da população. A Administração não poderá aceitar contratar com jornais que atinjam apenas uma categoria de profissionais, ou apenas uma parte da sociedade (REVISTA ZÊNITE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS – ILC, 1997, p. 239).

Desde a Lei nº 8.666/1993, a jurisprudência tem sido bem vacilante acerca de uma densificação conceitual abstrata de *jornal de grande circulação*, deixando para as particularidades do caso concreto a avaliação do enquadramento¹¹.

Sobre a controvérsia, destaque-se a seguinte passagem do voto do ministro Menezes Direito no REsp nº 41.969/DF:

A questão da grande circulação é uma matéria muito controvertida [...]. É muito difícil fazer essa consideração de jornal de grande ou de pequena circulação, porque são vários os fatores que devem ser considerados. Não é a frequência da circulação, não é a quantidade da circulação. Há jornais que têm uma destinação específica de publicação de editais, que têm uma pequena circulação, mas uma circulação dirigida, e essa circulação dirigida, muitas vezes, e, frequentemente isso ocorre, a meu juízo, substitui o conceito de grande circulação para aquele caso concreto (BRASIL, 1998).

Por fim, julgamos razoável a admissão de jornais publicados em meio digital, desde que assegurado o amplo acesso e atendidos os requisitos quanto à publicação diária e à abrangência de seu público-alvo e alcance territorial.

¹⁰ Registre-se que no exercício de sua competência normativa suplementar, o estado de Goiás estabeleceu – no art. 2º, XVI, da Lei estadual nº 17.928/2012 – o conceito de *jornal estadual de grande circulação* como o periódico que “possua tiragem diária e abrangência de distribuição em no mínimo 60% (sessenta por cento) dos municípios do Estado, estes com pelo menos o mesmo percentual de participação no total da população estadual, atestadas por certificador independente, de notório reconhecimento regional ou nacional” (GOIÁS, [2015]).

¹¹ Ver os Acórdãos do TCU nºs 4.016/2020 (2ª Câmara) e 10.076/2020 (1ª Câmara).

4.3.1.1.3 A publicidade adicional dos editais

Quanto à divulgação adicional, o inciso LII do art. 6º da NLL conceitua o *sítio eletrônico oficial* como o “sítio da internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora, no qual o ente federativo divulga de forma centralizada as informações e os serviços de governo digital dos seus órgãos e entidades” (BRASIL, 2021d, grifo nosso).

Assim como o § 2º do art. 54, o inciso LII menciona o sítio eletrônico “do ente federativo”, dando a entender que os sítios eletrônicos específicos de cada órgão ou entidade, a despeito de ostentarem um caráter “oficial”, não se prestariam à finalidade da divulgação adicional. Todavia, em nosso entender, compete a cada ente federativo, no pleno exercício de sua autonomia constitucional, estabelecer o que se entende por “meio oficial” – podendo, assim, conferir ao sítio de cada órgão e entidade o *status* de *sítio eletrônico oficial*.

Em nossa óptica, as disposições da Lei nº 14.133/2021 que pré-estabelecem a compreensão de meio oficial de divulgação de atos administrativos devem ser qualificadas como *normas específicas*, admitindo-se, pois, disciplina diversa nas leis estaduais e municipais.

4.3.1.1.4 Regras transitórias excepcionais

Além do regime transitório geral previsto no art. 191 da NLL, foram previstas no art. 176 algumas condições excepcionais para Municípios com até 20.000 habitantes, entre as quais o cumprimento – no prazo máximo “de 6 (seis) anos” da publicação da Lei nº 14.133/2021 – “das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial” (art. 176, III).

Nesse contexto, o parágrafo único do mesmo art. 176 dispõe que, “enquanto não adotarem o PNCP”, tais Municípios 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 (BRASIL, 2021d).

O § 2º do art. 175 trata de uma disposição de caráter transitório apenas para os Municípios (independentemente da população e da abrangência territorial): até 31/12/2023, além da publicidade dos editais no PNCP, deverão “realizar divulgação complementar de suas contratações mediante publicação de extrato de edital de licitação em jornal diário de grande circulação local” (BRASIL, 2021d).

Por isso, diante de um requisito obrigatório de publicidade adicional à regra estabelecida no *caput* e no § 1º do art. 54 da NLL, até 31/12/2023 os Municípios deverão tornar disponível a íntegra dos seus editais e anexos no PNCP e publicar o respectivo *aviso de licitação* no diário oficial municipal e em jornal de grande circulação.

Note-se que a regra transitória situada no art. 175 se aplica a todos os Municípios, independentemente da população e do território. Não incide, pois, a restritividade de aplicação prevista no art. 176 para os Municípios com até 20.000 habitantes. Para estes, no parágrafo único desse mesmo artigo há regra específica de transitoriedade para a publicidade das licitações.

4.3.1.2 Prazo mínimo de divulgação do edital

Como se observa no art. 21, § 2º, da Lei nº 8.666/1993 e no art. 4º, V, da Lei nº 10.520/2002, o art. 55 da NLL estabelece, em relação à divulgação do edital, prazos mínimos a serem compreendidos entre a data da efetiva publicidade do edital e a data designada para a abertura do certame. De acordo com a sistemática adotada nesse dispositivo, a adequada identificação dos prazos mínimos será orientada por três aspectos: *natureza do objeto* (no caso de contratação de obras e serviços e aquisição de bens), *critério de julgamento* e *regime de execução* (no caso de obras e serviços de engenharia):

Aquisição de bens	quando adotados os critérios de julgamento de <i>menor preço</i> ou de <i>maior desconto</i>	8 dias úteis
	quando adotados os demais critérios de julgamento	15 dias úteis
Contratação de serviços e obras	quando adotados os critérios de julgamento de <i>menor preço</i> ou de <i>maior desconto</i> , no caso de <i>serviços comuns</i> e de <i>obras e serviços comuns de engenharia</i>	10 dias úteis
	quando adotados os critérios de julgamento de <i>menor preço</i> ou de <i>maior desconto</i> , no caso de <i>serviços especiais</i> e de <i>obras e serviços especiais de engenharia</i>	25 dias úteis
	quando o regime de execução for de <i>contratação integrada</i>	60 dias úteis
	quando o regime de execução for o de <i>contratação semi-integrada</i> ou quando adotados os critérios <i>técnica e preço</i> , <i>maior retorno econômico</i> ou <i>melhor técnica</i>	35 dias úteis
para licitação em que se adote o critério de julgamento de <i>maior lance</i>		15 dias úteis
para licitação em que se adote o critério de julgamento de <i>técnica e preço</i> ou de <i>melhor técnica ou conteúdo artístico</i>		35 dias úteis

Fonte: elaborado pelo autor com base na Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021d).

Há uma norma excepcional de natureza *específica* para a Administração Pública federal prevista no § 2º do art. 55 da NLL que dispõe sobre a possibilidade de, “mediante decisão fundamentada”, os prazos de divulgação serem “reduzidos até a metade nas licitações realizadas pelo Ministério da Saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)” (BRASIL, 2021d).

Em observância à regra do *caput* e do inciso I do § 1º do art. 183 da NLL, considera-se dia do começo do prazo o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização do edital. A contagem do prazo não deve ser peremptória: a data de abertura do certame não deve estar incluída no dia do término do prazo estabelecido – afinal, o prazo entre a disponibilização efetiva do edital e a abertura do certame é prazo destinado à ausência da sessão de recebimento das propostas.

Conforme o inciso III do art. 183, os prazos de divulgação são contados em dias *úteis* correspondentes aos “dias em que ocorrer expediente administrativo no órgão ou entidade competente”. Com base no art. 183, § 2º, da NLL, entende-se por dia de expediente aquele em que o órgão ou entidade operar com todos os seus serviços e agentes, o que exclui dias de ponto facultativo ou sujeitos a regime de plantão.

4.3.1.3 Alteração do edital: necessidade de reabertura do prazo de divulgação

Da leitura do § 1º do art. 55 da NLL depreende-se que qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma como ocorreu com a do texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido. A regra confirma a necessidade de republicação do edital e a consequente reabertura do prazo de divulgação sempre que o conteúdo do ato convocatório for alterado. Contudo, essa regra será afastada se *inquestionavelmente* a alteração “não comprometer a formulação das propostas”.

Logo, a depender da intensidade e da repercussão prática da alteração promovida no caso concreto, a Administração deverá avaliar de forma criteriosa se a modificação tem o potencial de influir na formulação das propostas ou se repercute substancialmente na ampliação ou na redução do universo potencial de competidores.

A respeito do tema, sob a égide da Lei nº 8.666/1993, extrai-se dos julgados do TCU¹² o entendimento de ser necessária a reabertura do prazo quando as modificações afetarem de fato a formulação das propostas – alteração de especificação do objeto e da forma de fornecimento, por exemplo – ou acarretarem a ampliação ou restrição das condições de participação – alteração na exigência dos documentos de habilitação, por exemplo.

¹² Ver Acórdãos nºs 552/2008 (Plenário), 930/2008 (Plenário) e 6.750/2018 (1ª Câmara).

Por conseguinte, a republicação será necessária, mesmo que as modificações não atinjam diretamente a proposta, mas apenas os documentos de habilitação, ampliando ou restringindo a participação em relação ao texto original do edital. De acordo com o TCU, impõe-se a republicação “mesmo em hipóteses que resultem na ampliação do universo de competidores, a fim de viabilizar que os novos possíveis interessados contem com tempo hábil para a elaboração de suas propostas” (BRASIL, 2010)¹³.

A aplicação do § 1º do art. 55 da NLL sempre demandará um ato decisório da Administração, pois, se houver a republicação, compreendeu-se que a alteração influenciou na formulação das propostas; e, se houver algum tipo de modificação – em geral, por meio de *errata* – sem republicação, avaliou-se que a retificação não afetou substancialmente a formulação das ofertas e as condições de participação.

Quanto à forma da republicação, o mesmo § 1º menciona que a publicidade deve ocorrer “na mesma forma de sua divulgação inicial”, de modo que, caso a Administração tenha optado por conferir publicidade superior ao mínimo normativo exigido – como a divulgação adicional de que trata o § 2º do art. 54 da Lei nº 14.133/2021 –, dever-se-á manter o padrão na nova divulgação, isto é, o mesmo meio de veiculação.

Por fim, da mesma expressão infere-se que o prazo de divulgação do edital inicialmente estabelecido pela Administração deverá ser observado na nova divulgação, ainda que tenha sido ampliado em relação ao prazo mínimo fixado na hipótese aplicável no art. 55 da NLL, pois, se houve essa majoração, presume-se que se trata de uma decisão aderente à complexidade do caso concreto e à necessidade de propiciar maior tempo ao mercado para compreender os termos da disputa e preparar-se para ela.

4.3.1.4 Impugnação

A impugnação tem por objetivo possibilitar a qualquer pessoa apontar à Administração a existência de *vícios de legalidade*, *irregularidades* e *inconsistências* nos editais e respectivos anexos, de modo a viabilizar a sua correção e adequação.

O fundamento constitucional é identificado no direito de petição consagrado no art. 5º, XXXIV, *a*, da CRFB: “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (BRASIL, [2021a]).

No âmbito da Lei nº 14.133/2021, o direito à impugnação encontra previsão no art. 164:

¹³ Trecho do item 9.2.2 do Acórdão TCU nº 1.197/2010 (Plenário).

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 (BRASIL, 2021d).

4.3.1.4.1 Legitimidade e formalidade para impugnar

Ao contrário do que se observava no art. 41 da Lei nº 8.666/1993, o *caput* do art. 164 da NLL confere ampla legitimidade para a impugnação, podendo ser apresentada por *qualquer pessoa*, física ou jurídica, independentemente de seu potencial de figurar como licitante e mesmo de eventual justificativa do interesse ou objetivo com a formulação da peça impugnatória.

Não foi estabelecida qualquer formalidade específica para a petição de impugnação, mas inferem-se ao menos a forma escrita, a identificação do impugnante e a admissibilidade de sua apresentação por meio eletrônico, ainda que se trate de certame presencial.

4.3.1.4.2 Contagem do prazo para a impugnação

Ao contrário dos prazos de divulgação do edital, cuja contagem se dá de forma prospectiva (*para frente*), conforme o art. 183 da NLL a tempestividade para o exercício do direito de impugnar o edital e de apresentar pedido de esclarecimento é estabelecida por contagem retroativa (*para trás*), dado o uso no *caput* do art. 164 do termo *até*, que implica a inclusão do terceiro dia útil anterior como data apta para o exercício do direito de impugnação.

Por conseguinte, até o terceiro dia útil anterior à abertura do certame ainda é possível apresentar o pedido de impugnação. Trata-se de uma compreensão da doutrina majoritária e do próprio TCU acerca do art. 41 da Lei nº 8.666/1993, que, a nosso ver, é compatível com a sistemática do prazo de que trata o art. 164 da NLL.

4.3.1.4.3 Competência para o julgamento da impugnação

Não há na Lei nº 14.133/2021 indicação expressa da autoridade competente para apreciar a impugnação. Logo, a definição da competência é transferida para os regulamentos e normatizações internas dos órgãos públicos.

Saliente-se que, nos termos do art. 56 da Lei nº 9.784/1999, da decisão do agente competente caberia recurso à autoridade competente (sem efeito suspensivo) no sentido da improcedência da impugnação.

4.3.1.4.4 Prazo para a resposta à impugnação: efeito suspensivo da impugnação?

De acordo com o parágrafo único do art. 164 da NLL, o prazo de resposta à impugnação é de “até 3 (três) dias úteis, limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame”.

A resposta não deve limitar-se à ciência específica do impugnante; e, para conhecimento público, deve ser divulgada em sua integralidade no sítio eletrônico oficial.

Na Lei nº 14.133/2021 constata-se a ausência de previsão normativa de concessão de efeito suspensivo automático decorrente da mera apresentação da impugnação. Ou seja, impugnado o edital, o prazo de divulgação do certame continua a transcorrer normalmente.

Contudo, é preciso evidenciar a imprescindibilidade de a Administração responder à impugnação no “último dia útil anterior à data da abertura do certame”. Desse modo, não havendo resposta do órgão licitante, impõe-se a suspensão do certame.

4.3.1.4.5 Impugnação intempestiva: preclusão da alegação de nulidade do edital?

Considerada a previsão legal do prazo para a impugnação, indaga-se se deve ser ignorada a impugnação formalizada fora do prazo.

Para responder a essa questão, é preciso fazer uma breve análise do poder-dever da Administração de anular os atos administrativos maculados por vício de legalidade.

De acordo com o inciso III do art. 71 da NLL, a autoridade competente para a aprovação do procedimento deverá anular a licitação “sempre que presente ilegalidade insanável” da qual tenha tomado conhecimento de ofício ou por provocação de terceiros.

Quando não partir de ofício da própria Administração, a constatação do vício de legalidade poderá ser motivada mediante provocação de terceiros, não necessariamente participantes do processo licitatório. Por se tratar de questão de ordem pública, a provocação da análise do vício de legalidade por qualquer pessoa não está sujeita a preclusão. Desse modo, quanto ao vício de legalidade, a Administração

deverá ao menos apreciar eventuais alegações advindas de *qualquer pessoa* independentemente do prazo, seja na oportunidade da impugnação, seja durante a realização do certame.

Logo, mesmo que seja intempestiva a impugnação, é aconselhável que a Administração avalie, ainda que perfunctoriamente, se a peça apresenta algum apontamento de ilegalidade nas disposições do edital. Com efeito, em termos processuais, diante da inexistência de preclusão da alegação da matéria, o mais adequado é o agente competente apreciar a impugnação, não a conhecendo por ausência do pressuposto da tempestividade; contudo, em razão da autotutela da Administração, ele deve analisar de ofício o mérito de eventual ilicitude nas exigências editalícias.

4.3.1.5 Pedido de esclarecimento

Ao tratar da impugnação, o mesmo art. 164 da Lei nº 14.133/2021 prevê a possibilidade de *qualquer pessoa* solicitar esclarecimentos acerca dos termos do edital e de seus anexos, devendo, para tanto, protocolar o pedido “até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame”.

Saliente-se o entendimento já sedimentado pelo TCU acerca do caráter vinculativo da resposta formulada: “esclarecimentos prestados administrativamente para responder a questionamento de licitante têm natureza vinculante para todos os participantes do certame, não se podendo admitir, quando da análise das propostas, interpretação distinta, sob pena de violação ao instrumento convocatório” (Acórdão nº 299/2015 (Plenário) (BRASIL, 2015)).

Conclui-se que a resposta publicada adere aos termos do edital, vinculando os licitantes e a própria Administração quando do julgamento das propostas, habilitação e demais atos decisórios relativos à condução do certame e ao julgamento dos eventuais recursos.

4.3.2 Etapa de apresentação das propostas

Preliminarmente, convém ressaltar que a forma de realização dos procedimentos licitatórios poderá ocorrer pela via *presencial* ou *eletrônica*; a bem da verdade, há um comando de preferencialidade pela forma eletrônica no § 2º do art. 17 da Lei nº 14.133/2021. Assim, quanto à apresentação das propostas, a sistemática do fluxo procedimental será afetada pela forma de realização da licitação.

Quanto à forma presencial, não constam da NLL maiores detalhamentos acerca do procedimento de preparação, entrega e recepção não apenas das propostas, mas

também dos outros documentos de habilitação necessários à comprovação da qualificação do licitante, a exemplo do que se observa no art. 43 da Lei nº 8.666/1993 e no art. 4º, incisos VII e XII da Lei nº 10.520/2002. Logo, o espaço de conformação procedimental ficará a cargo do instrumento convocatório; a depender da instância e da vinculação do órgão ou entidade promotora da licitação, dever-se-á verificar eventual regulamentação específica sobre a matéria, como se observa no Decreto nº 3.555/2000.

Da mesma maneira, ao tratar da forma eletrônica das licitações, a Lei nº 14.133/2021 refere-se apenas a aspectos gerais das características dos documentos (art. 12, VI e § 2º; art. 17, § 4º; art. 65, § 2º; art. 68, § 1º) e à necessidade de uma plataforma de realização dos certames (art. 174, II e § 3º, IV; art. 175). Por conseguinte, as minúcias procedimentais deverão ser tratadas nos devidos regulamentos ou nos editais; deve ser considerada, porém, a respectiva parametrização e adequação do fluxo na plataforma eletrônica a ser utilizada. A seguir a prática observada no pregão eletrônico e no RDC eletrônico, a apresentação das propostas far-se-á por meio de prévio cadastro da oferta no sistema eletrônico – obedecendo-se às exigências específicas, como *upload* de anexos e campos mínimos para preenchimento – até a data e o horário previstos para a abertura da sessão pública.

4.3.3 Etapa de lances

No caso de adoção do modo *aberto* de disputa – seja isoladamente, seja de forma combinada com o modo *fechado* –, impõe-se a realização de uma etapa de lances nos termos do inciso III do art. 17 e do inciso I e §§ 3º e 4º do art. 56 e do art. 57 da Lei nº 14.133/2021.

Como se viu no tópico 3 do Capítulo 4, não consta da NLL maior pormenorização do fluxo operacional da etapa de lances, de modo que as condições específicas de operacionalização serão estabelecidas em regulamento ou no próprio ato convocatório.

4.3.4 Etapa de julgamento da proposta

O julgamento é o ato por meio do qual se confrontam as ofertas, classificam-se os proponentes e escolhe-se o vencedor, a quem deverá ser adjudicado o objeto da licitação, para o subsequente contrato com a Administração.

Ressalte-se que tal julgamento não é discricionário: a Administração vincula-se aos critérios estabelecidos no ato convocatório e deve primar pela busca da proposta cujo resultado seja o mais vantajoso em vista do critério de julgamento estabelecido no edital.

Como corolário dos princípios setoriais da licitação previstos no art. 5º da NLL – em especial o *juízo objetivo* e a *vinculação ao edital* –, o art. 59 arrola as situações que resultarão na desclassificação das propostas:

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 (BRASIL, 2021d).

Note-se que a atividade de julgamento das propostas compreende basicamente uma análise da relação entre as exigências fixadas no edital quanto à conformação do objeto e as especificações do serviço ou do bem ofertado pelos licitantes. Em tal exercício, diante de omissões ou falhas meramente formais ou sanáveis, o agente de contratação deverá realizar as diligências necessárias ao esclarecimento ou saneamento para, em caráter definitivo, avaliar a compatibilidade substancial do teor da proposta com os requisitos mínimos fixados no ato convocatório.

Nos termos dos incisos I, II e V do art. 59 da Lei nº 14.133/2021, impõe-se a desclassificação da proposta diante da incompatibilidade substancial em face dos critérios estabelecidos.

Por sua vez, os incisos III e IV do mesmo art. 59 tratam das hipóteses de desclassificação das propostas atreladas ao preço e têm o valor estimado da contratação como parâmetro de análise:

a) após a fase de lances e a tentativa de negociação promovida pelo agente de contratação (art. 61), preço final *acima do valor estimado*: é necessária a desclassificação da proposta em razão da parte final do inciso II do art. 59 da NLL. Ou seja, de forma diversa da sistemática adotada na Lei nº 8.666/1993, a NLL compreendeu a correlação entre *preço estimado* e *preço máximo*, de modo que o *valor estimado* passa a constituir necessariamente o teto de aceitabilidade da proposta (*preço máximo*);

b) preço consideravelmente *inferior ao valor estimado* que gere suspeita quanto à viabilidade econômico-financeira da oferta de duas naturezas:

i) *presunção absoluta de inexequibilidade*, quando a inviabilidade da oferta seja manifesta e evidentemente irrefutável: o agente de contratação procederá à

desclassificação da proposta, de forma justificada e demonstrará – com base no conjunto de indícios e em cotejamento com os dados oriundos da estimativa de valor de mercado – a implausibilidade de comprovação idônea da viabilidade econômico-financeira da oferta.

ii) *presunção relativa de inexequibilidade*, quando os valores ofertados “forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração” (§ 4º): o agente de contratação, nos termos do inciso IV e do § 2º do art. 59, deverá conceder ao licitante a oportunidade de afastar tal presunção mediante a comprovação da exequibilidade dos preços praticados, sendo-lhe vedado desclassificar de pronto a proposta.

Conquanto o § 4º do art. 59 da Lei nº 14.133/2021 se refira a “obras e serviços de engenharia”, não vemos óbice à aplicação desse parâmetro a todo e qualquer tipo de objeto (compras e demais serviços).

4.3.4.1 Critérios de desempate e preferências legais

A despeito da previsão contida no art. 9º da NLL quanto à vedação de estabelecimento de cláusulas discriminatórias no julgamento das propostas, a legislação admite exceções para a consecução dos seguintes objetivos:

- a) *facilitação de acesso* das MEs e EPPs ao mercado público: art. 179 da CRFB e art. 44 da LC nº 123/2006;
- b) *promoção do desenvolvimento nacional* (arts. 5º e 11, IV, da Lei nº 14.133/2021): i) critérios de *desempate real* em prol de bens e serviços produzidos ou prestados por empresas sediadas regionalmente, empresas brasileiras, empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País e empresas que comprometem a prática de mitigação dos efeitos adversos da mudança do clima (art. 60, § 1º, da NLL); e ii) estabelecimento de margem de preferência (art. 26 da NLL).

4.3.4.1.1 Critérios de desempate diante de empate real

De acordo com o próprio § 2º do art. 60 da Lei nº 14.133/2021, observadas as disposições do art. 4º (ver tópico 4.3.4.2.1 deste Capítulo), na fase de julgamento das propostas a Administração deverá observar os benefícios para as MEs e EPPs previstos no art. 44 da LC nº 123/2006. Após a aplicação desses benefícios (e, quando for o caso, das margens de preferência), se se configurar o *empate real* – exata equivalência entre duas ou mais propostas conforme o critério de julgamento previsto no edital –, aplicar-se-ão os *critérios de desempate* na sequência prevista no art. 60 da NLL:

ORDEM	CRITÉRIO	APLICAÇÃO
1º	disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação	Em tal situação, ocorrendo o empate real, haverá uma oportunidade procedimental de <i>disputa final</i> (conforme os termos de regulamento ou do próprio edital), na qual os licitantes apresentarão uma oferta definitiva e tendente a reorientar a classificação final
2º	avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais a fim de atestar o cumprimento de obrigações previstas na NLL	Trata-se de determinação dependente de disposição específica no edital, que estabelecerá as métricas e parâmetros objetivos para a verificação do <i>desempenho contratual prévio</i>
3º	desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento	Trata-se de disposição dependente de regulamentação específica, a fim de serem estabelecidas as certificações e os parâmetros necessários à aferição da adoção efetiva das ações de equidade de gênero
4º	desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle	Trata-se de outra disposição que depende de regulamentação específica (inclusive no próprio edital), com base nas orientações provenientes dos órgãos de controle interno e externo

Fonte: elaborado pelo autor com base na Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021d).

4.3.4.1.2 Observância de preferência diante da manutenção do empate

Mesmo com a aplicação sucessiva dos quatro critérios de desempate previstos no *caput* do art. 60, para o desempate entre duas ou mais propostas o § 1º do mesmo dispositivo institui uma ordem de preferência decisiva para indicar o vencedor:

§ 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 (BRASIL, 2021d).

Caso o empate persista após a observância dos *critérios de desempate* de que trata o *caput* do art. 60 e diante da insuficiência ou inaplicabilidade factual da *ordem de preferência* instituída no § 1º, considera-se cabível um sorteio público, embora a Lei nº 14.133/2021 seja silente a respeito disso.

4.3.4.2 Benefícios concedidos às MEs e às EPPs

De acordo com o art. 44 da LC nº 123/2006, nas licitações é assegurada a preferência de contratação para as MEs e EPPs como critério de desempate.

- a) ME: auferir, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00;
- b) EPP: auferir, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00.

Para fins de enquadramento da LC nº 123/2006, considera-se *receita bruta* o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Embora o limite de receita bruta seja o principal critério de enquadramento, é preciso observar a eventual incidência das hipóteses de afastamento do direito aos benefícios previstas no § 4º do art. 3º da LC nº 123/2006. Assim, ainda que a receita bruta da empresa se atenha aos limites constantes dos incisos I e II do art. 3º (até R\$ 4.800.000,00), estando efetivamente configurada uma das situações previstas no § 4º, a empresa não poderá valer-se dos benefícios previstos no estatuto das MEs e EPPs, em especial do tratamento privilegiado nas licitações públicas.

Em regra, a comprovação do enquadramento da licitante na condição de ME ou EPP depende da forma prevista no ato convocatório; e, se houver, a legislação específica deve ser observada.

No âmbito da Administração Pública federal, basta a declaração do licitante conforme dispõe o art. 13, § 2º, do Decreto nº 8.538/2015. Dessa forma, a declaração faz incidir uma presunção relativa de veracidade quanto ao enquadramento, de modo que se admite prova em contrário.

Por sua vez, nos termos do art. 8º da Instrução Normativa do Departamento Nacional do Registro do Comércio (DNRC) nº 103, de 30/4/2007, “a comprovação da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte pelo empresário ou sociedade será efetuada mediante certidão expedida pela Junta Comercial” (BRASIL, [2013a]). Contudo, para a emissão dessa certidão, a Junta Comercial não

realiza exame substancial da adequação ou não do enquadramento, baseando-se exclusivamente na própria declaração do interessado. Exatamente em razão desse procedimento, no Acórdão nº 3.113/2016 (Plenário) o TCU julgou indevida a exigência da certidão expedida pela Junta Comercial nos editais de licitação, sendo suficiente a autodeclaração do licitante “em respeito ao princípio do formalismo moderado” (BRASIL, 2016c).

No âmbito da Administração Pública federal, a despeito de o § 2º do art. 13 do Decreto nº 8.538/2015 conferir presunção de veracidade à declaração de enquadramento apresentada pelo licitante, desde 2015 o TCU orienta os gestores públicos a realizarem diligências para a verificação da regularidade desse enquadramento e a utilizarem como instrumento, por exemplo, a consulta ao Portal da Transparência do Governo Federal (PTGF), no qual é possível consultar o volume de ordens bancárias efetivamente recebidas pelas empresas ao longo de cada ano-calendário¹⁴.

Ressalte-se que a quebra da presunção de veracidade do enquadramento somente será viável quando houver prova cabal em sentido contrário.

As diligências de verificação devem embasar-se na observação de pagamento efetivamente ocorrido: os valores correspondentes aos contratos eventualmente firmados pela empresa em questão não são considerados aptos a ilidir a presunção de veracidade da declaração, pois haveria mera expectativa de recebimento ao longo da execução contratual, não necessariamente circunscrito a um mesmo ano-calendário.

4.3.4.2.1 Limites de aplicação dos benefícios para as MEs e EPPs de acordo com o art. 4º da NLL

A despeito de reconhecer *a priori*, nos processos licitatórios, a incidência das regras de tratamento diferenciado para as MEs e EPPs previstas nos arts. 42 a 49 da LC nº 123/2006, o art. 4º da NLL estabelece dois parâmetros de aplicabilidade dos benefícios:

Limitação objetiva (§ 1º)	em razão do valor estimado da contratação	Não serão aplicados os benefícios de ME ou EPP para determinada licitação se o seu valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como EPP, ou seja, acima de R\$ 4.800.000,00. Note-se que a aferição da aplicação ou não de tal limite deve ocorrer de acordo com o critério de aceitabilidade adotado (<i>por item, por grupo ou global</i>).
-------------------------------------	-------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

¹⁴ Ver os Acórdãos nºs 1.868/2015 e 1.875/2015, ambos do Plenário.

<p>Limitação subjetiva (§ 2º)</p>	<p>em razão do volume de valores contratados pela ME ou EPP junto à Administração Pública</p>	<p>Independentemente do valor estimado da licitação, não serão aplicados os benefícios de ME ou EPP se o licitante “no ano-calendário de realização da licitação” tiver celebrado contratos com a Administração Pública (art. 6º, III, NLL) cujos valores somados ultrapassem o montante de R\$ 4.800.000,00. Não estão compreendidos, portanto, os contratos porventura firmados pelo licitante com os agentes do mercado privado. Para aferir essa situação, deverá ser exigida do licitante a apresentação de declaração quanto à observância de tal limite.</p>
-----------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fonte: elaborado pelo autor com base na Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021d).

Destaque-se que o § 3º do art. 4º da NLL preconiza que, na apuração dos limites de que tratam os §§ 1º e 2º, “será considerado o valor anual do contrato” caso as contratações tenham prazo de vigência superior a um ano.

4.3.4.2.2 Repercussões da LC nº 123/2006 na fase de julgamento das propostas

De acordo com o art. 44 da LC nº 123/2006,

[n]as licitações será assegurada, como *critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte*.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (*dez por cento*) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na *modalidade de pregão*, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (*cinco por cento*) superior ao melhor preço (BRASIL, [2021b], grifos nossos).

Portanto, a norma estabeleceu o chamado *empate ficto*, pois considera empate as situações em que as propostas apresentadas pelas MEs e EPPs sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada (que não seja ofertada por ME ou EPP). Na modalidade pregão, o intervalo percentual para a configuração do *empate ficto* é de até 5% superior ao melhor preço.

Diante do *empate ficto*, a ME ou a EPP mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior à da considerada vencedora do certame, situação em que o objeto licitado será adjudicado em seu favor.

Na modalidade pregão, havendo *empate ficto*, a ME ou a EPP mais bem classificada será convocada a apresentar nova proposta no prazo máximo de cinco minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão. Nas demais modalidades, o prazo para o exercício do direito deverá ser fixado no edital.

Caso a ME ou a EPP mais bem colocada decline do direito de superar a proposta vencedora, serão convocadas as MEs ou as EPPs remanescentes, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito.

Havendo equivalência dos valores apresentados pelas MEs ou EPPs, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar a melhor oferta.

4.3.4.2.3 Repercussões da LC nº 123/2006 na fase de habilitação

De acordo com o art. 43 da LC nº 123/2006,

[a]s microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma *restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista*, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

§ 2º A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação (BRASIL, [2021b], grifo nosso).

4.3.4.3 Outros benefícios previstos para ME e EPP no art. 48 da LC nº 123/2006

A LC nº 123/2006 prevê também alguns benefícios para a ME e a EPP. Conforme os incisos I, II e III do *caput* do seu art. 48, a Administração Pública:

I – *deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte* nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II – *poderá*, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, *exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte*;

III – *deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto* para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte (BRASIL, [2021b], grifos nossos).

Saliente-se que a redação dos incisos I e III desse artigo foi alterada por força da LC nº 147/2014, que tornou obrigatória (e não mais facultativa) a observância dos respectivos benefícios.

Por sua vez, o § 3º do art. 48 da LC nº 123/2006 estabelece a possibilidade (e não a obrigatoriedade) de atribuir prioridade de contratação às MEs ou EPPs *sediadas local ou regionalmente*¹⁵, até o “limite de 10% do melhor preço válido”, conforme definido no instrumento convocatório ou em regulamentação específica editada pelo respectivo ente federativo. Em outras palavras, estar-se-ia diante de uma *ordem de preferência* entre MEs e EPPs, devendo prevalecer a aplicação dos benefícios previstos na LC nº 123/2006 em relação às sediadas local ou regionalmente nos termos previstos no instrumento convocatório ou em eventual regulamentação editada pelo respectivo ente federativo. Da redação do mesmo § 3º do art. 48 não se depreende que o “limite de 10% do melhor preço válido” represente, na verdade, uma espécie de “empate ficto”, dando oportunidade a que ME ou EPP local ou regional cubra a melhor oferta, ou então um tipo de *margem de preferência* pela qual a administração pagaria um valor superior à melhor proposta justamente para fomentar a ME ou EPP local ou regional. Dessa forma, julgamos viável a possibilidade de que normatização específica de cada ente federativo (ou, na ausência de tal regulamentação, a definição em edital) estabeleça a forma como será aplicado o comando do § 3º do art. 48 da LC nº 123/2006.¹⁶

4.3.4.3.1 Licitação exclusiva

De acordo com o inciso I do art. 48 da LC nº 123/2006, a Administração deverá realizar licitação com participação exclusiva de ME ou EPP quando o valor estimado for de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para a contratação de bem, serviço ou obra, conforme critério de julgamento adotado (*por item, por grupo ou global*).

Consoante o entendimento do TCU no Acórdão nº 1.932/2016 (Plenário), caso o objeto seja a prestação de serviços contínuos em se que admite a prorrogação contratual, o limite de contratação no valor de R\$ 80.000,00 terá como parâmetro apenas o exercício financeiro inicial da contratação, não podendo ser considerados para a aferição do montante os valores correspondentes às eventuais prorrogações contratuais.

Ainda quanto à compreensão da incidência do limite de valor para a aplicação do benefício, no Acórdão nº 2.957/2011 (Plenário) o TCU concluiu que – nas licitações exclusivas para ME e EPP para registro de preços – o somatório de todas as contratações (aí

¹⁵ Nos termos do § 2º do art. 1º do Decreto nº 8.538/2015, considera-se: a) âmbito local: os “limites geográficos do Município onde será executado o objeto da contratação”; b) âmbito regional: os “limites geográficos do Estado ou da região metropolitana, que podem envolver mesorregiões ou microrregiões, conforme definido pelo [...] IBGE” (BRASIL, [2020a]).

¹⁶ No âmbito federal, conforme o art. 9º, II, b, do Decreto nº 8.538/2015, optou-se por considerar espécie de *empate ficto* o benefício do § 3º do art. 48 da LC nº 123/2006. Todavia, em nosso entender, não há afronta à LC nº 123/2006 caso o Estado, o Distrito Federal ou o Município venha a estabelecer, mediante lei ou decreto, o benefício tomado como *margem de preferência*.

inclusos os quantitativos previstos para o órgão gerenciador e os órgãos participantes) não poderá ultrapassar o patamar de R\$ 80.000,00. Em decorrência disso, caso o somatório dos quantitativos não alcance esse valor, o órgão gerenciador deverá limitar eventuais adesões tardias à ARP (“caronas”) quando atingido tal patamar.

4.3.4.3.2 Cota reservada

Conforme preconiza o inciso III do art. 48 da LC nº 123/2006, para a aquisição de bens de natureza divisível, de acordo com o critério de julgamento adotado – *por item, por grupo* ou *global* –, e desde que não haja prejuízo ao conjunto ou complexo da contratação pretendida, a Administração deverá estabelecer *cota reservada* de participação exclusiva de ME ou EPP de até 25% do quantitativo do objeto. Note-se que o benefício está relacionado ao objeto em si (aquisição de bem), sendo aplicável também nos casos de adjudicação *global* ou *por grupo*.

Segundo o mesmo dispositivo legal, não se admite a cota reservada para a contratação de serviços e obras. Da mesma forma, por uma questão de coerência interpretativa, não se aventa a adoção de cota reservada quando o valor estimado do objeto for de até R\$ 80.000,00, em vista da aplicação do benefício da licitação exclusiva previsto no inciso I do art. 48.

A adoção de cota reservada implica a instituição de um *item* ou *grupo* à parte no qual se admite apenas a participação de ME ou EPP. Dessa forma, diante do benefício previsto no inciso III, haveria duas cotas para um mesmo objeto: a *cota principal* (de ampla participação) e a *cota reservada* (com participação exclusiva de ME ou EPP). Logo, não há impedimento de que uma mesma ME ou EPP venha a sagrar-se vencedora das duas cotas. Nesse caso, conforme a previsão contida no § 3º do art. 8º do Decreto nº 8.538/2015, “se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação das cotas deverá ocorrer pelo menor preço” (BRASIL, [2020a]).

Ainda que a *cota reservada* represente um item ou um grupo à parte, há uma relação de dependência com *cota principal*, de modo que, de acordo com o § 2º do art. 8º do Decreto nº 8.538/2015, “na hipótese de não haver vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado da cota principal” (BRASIL, [2020a]).

O inciso III do art. 48 não estabelece um percentual fixo de 25%: trata-se de um limite máximo (“cota de até 25%”) que admite o estabelecimento de cota de reserva com percentual inferior a 25%.

Também quanto ao percentual de composição da cota reservada, mencione-se o entendimento doutrinário¹⁷ e o de alguns membros da AGU no sentido de se considerar que a expressão *até* utilizada no inciso III tem por finalidade “modular o percentual da cota reservada, visando adequá-lo ao teto definido para exclusividade de participação na licitação – R\$ 80.000,00 (inciso I do art. 48 da LC), sob pena de subversão do equilíbrio de interesses e princípios, contemplado na LC citada” (Parecer nº 00573/2016/CONJUR-MD/CGU/AGU (BRASIL, 2016b)). De acordo com essa linha de compreensão, o valor de R\$ 80.000,00 seria o patamar máximo de composição da cota reservada, independentemente do valor da cota principal.

Em sentido contrário, no Acórdão nº 1.819/2018 (Plenário) o TCU concluiu que

não há, na [LC] 123/2006, e no decreto que a regulamenta, determinação no sentido de que a aplicação da cota de 25%, de que trata o inciso III do art. 48 da referida lei, estaria limitada à importância de R\$ 80.000,00, prevista no inciso I do referido dispositivo, razão pela qual não procede o entendimento de que esses incisos devem ser interpretados de forma cumulativa (BRASIL, 2018b).

4.3.4.3.3 Afastamento da obrigatoriedade de concessão dos benefícios previstos no art. 49 da LC nº 123/2006

O art. 49 da LC nº 123/2006 estabelece hipóteses que, uma vez configuradas, autorizam o afastamento da aplicação dos benefícios devidos à ME e à EPP:

- a) não haver um *mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP* sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;
- b) o tratamento diferenciado e simplificado para as MEs e EPPs *não é vantajoso para a Administração Pública ou representa prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;*
- c) a *licitação é dispensável ou inexigível*, nos termos dos arts. 74 e 75 da Lei nº 14.133/2021¹⁸, excetuando-se as dispensas pelo valor da contratação tratadas nos incisos I e II do art. 75 da NLL¹⁹, nas quais a compra deverá ser feita *preferencialmente* de MEs e EPPs, com a aplicação do disposto no inciso I do art. 48 da LC nº 123/2006.

¹⁷ Ver Niebuhr (2016) e Torres (2017, p. 1.030-1.032).

¹⁸ Conforme dispõe o art. 189 da Lei nº 14.133/2021, “[a]plica-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” (BRASIL, 2021d).

¹⁹ Conforme dispõe o art. 189 da Lei nº 14.133/2021.

Em todo caso, a incidência de fato de uma das hipóteses previstas no art. 49 da LC nº 123/2006 deverá ser certificada e justificada nos autos do processo licitatório, e a autoridade competente deverá deliberar sobre o afastamento do benefício.

4.3.4.4 Elementos específicos da fase de julgamento das propostas

Notadamente quanto à fase de julgamento das propostas, o § 3º do art. 17 e o § 1º do art. 42 da Lei nº 14.133/2021 positivam importantes procedimentos de análise das ofertas cuja viabilidade há muito já era reconhecida pela jurisprudência do TCU:

Art. 17 [...]

§ 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.

[...]

Art. 42 [...]

§ 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) (BRASIL, 2021d, grifos nossos)*.

Para os casos em que o produto pretendido pela Administração demande do fornecedor um processo de fabricação específico, o § 2º do art. 42 da NLL prevê a possibilidade de a própria Administração tornar disponível um *protótipo do objeto* a fim de que os licitantes tenham um referencial concreto de suas características. Nesse caso, de acordo com o mesmo parágrafo, seja para fins de julgamento da proposta, seja como “condição para firmar o contrato”, poderá a Administração exigir a apresentação de amostras aderente ao protótipo referencial, desde que prevista no edital.

Prescreve o inciso II do art. 41 da NLL que a exigência de amostra ou prova de conceito poderá ocorrer não apenas “na fase de julgamento das propostas ou de lances”, mas também “no procedimento de pré-qualificação permanente” ou “no período de vigência do contrato ou da ata de registro de preços”:

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

[...]

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;

[...]

Parágrafo único. A exigência prevista no inciso II do *caput* deste artigo restringir-se-á ao licitante provisoriamente vencedor quando realizada na fase de julgamento das propostas ou de lances (BRASIL, 2021d, grifos nossos).

Como tendência observada no texto da Lei nº 14.133/2021 também consta a incorporação e o detalhamento de premissas de entendimentos do TCU acerca da admissibilidade de indicação ou vedação de marcas²⁰ e da controversa exigência de “carta de solidariedade”²¹:

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;

[...]

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* (BRASIL, 2021d, grifos nossos).

A bem da verdade, a alínea *d* do inciso I do art. 41 significa a positivação de uma prática já há muito observada nos editais: a indicação de marca de bem ou produto não como obrigatória, mas apenas para fins de referência de especificação. Tal experiência já fora adotada no art. 47, I, *c*, da Lei nº 13.303/2016²² (Lei das estatais).

²⁰ Ver enunciado da Súmula nº 270 do TCU: “em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificação” (BRASIL, [2016e]).

²¹ Ver os Acórdãos nºs 1.805/2015, 1.473/2016 e 2.273/2016, todos do Plenário.

²² “Art. 47. A empresa pública e a sociedade de economia mista, na licitação para aquisição de bens, poderão: I – indicar marca ou modelo, nas seguintes hipóteses: [...] c) quando for necessária, para compreensão do objeto, a

Em tal situação, indicada uma marca ou um modelo como referência, o art. 42 da Lei nº 14.133/2021 institui um rol de meios idôneos de *prova de qualidade* do produto com o propósito de viabilizar a aferição da similaridade:

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 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 (BRASIL, 2021d, grifos nossos).

4.3.5 Etapa de habilitação

Na fase de habilitação, verifica-se se o interessado em contratar com o Poder Público apresenta as qualificações e os requisitos exigidos pelo edital.

Segundo dispõe o art. 62 da Lei nº 14.133/2021, poderá ser exigida dos interessados em contratar com a Administração apenas a documentação relativa à *habilitação jurídica*, à *qualificação técnica* (nas dimensões *operacional* e *profissional*), à *qualificação econômico-financeira* e à *regularidade fiscal, social e trabalhista*.

4.3.5.1 Habilitação jurídica

Nos termos do art. 66 da Lei nº 14.133/2021, a habilitação jurídica visa demonstrar a capacidade de o licitante exercer direitos e assumir obrigações, de modo que a documentação a ser apresentada deve limitar-se à “comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada” (BRASIL, 2021d).

De acordo com o TCU, para fins de habilitação jurídica é necessária a compatibilidade entre o objeto do certame e as atividades previstas no contrato social das empresas licitantes²³. A aferição dessa compatibilidade deve basear-se no *contrato social* da em-

identificação de determinada marca ou modelo apto a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão ‘ou similar ou de melhor qualidade’” (BRASIL, 2016a).

²³ Ver Acórdãos nºs 1.021/2007 e 642/2014, ambos do Plenário.

presa e não nos códigos de atividades registrados no Cadastro Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), cuja finalidade é meramente fiscal²⁴.

4.3.5.2 Habilitação técnica

As exigências de qualificação técnica têm por escopo comprovar que o licitante apresenta aptidão necessária para a realização da atividade pertinente ao objeto da licitação e, quando for o caso, o conhecimento técnico especializado e a capacitação operacional para cumprir o objeto do contrato.

A demonstração de aptidão técnica é aferida em duas dimensões:

- a) *capacidade técnico-operacional*: aptidão da própria licitante (pessoa jurídica), abrangendo as instalações, o aparelhamento, as metodologias de trabalho e os processos internos de controle de qualidade; e
- b) *capacidade técnico-profissional*: aptidão dos profissionais (pessoas físicas) indicados pelo licitante.

Nos termos do art. 67 da NLL, a comprovação da capacidade técnico-operacional realiza-se mediante a apresentação dos seguintes documentos:

Art. 67 [...]

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;

[...]

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.

[...]

§ 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 (BRASIL, 2021d, grifos nossos).

²⁴ Ver Acórdão TCU nº 1.203/2011 (Plenário) e Acórdão nº 10-44919, de 9/7/2013, da 6ª Turma de Julgamento (Porto Alegre) da Secretaria da Receita Federal.

A seu turno, para atender à exigência de *capacidade técnico-profissional*, a empresa licitante deve indicar 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” (art. 67, I, NLL (BRASIL, 2021d)).

Compreende-se a expressão *para fins de contratação* contida na parte final do inciso I do art. 67 como a aplicabilidade do entendimento do TCU de que não seria imprescindível a existência de vínculo empregatício do profissional com a empresa ao tempo da licitação, sendo admitida também a apresentação de contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação comum²⁵. De toda forma, em razão de fatos supervenientes, o § 6º do art. 67 da NLL admite, ao longo da execução do contrato, a possibilidade de substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela Administração.

Note-se que, para as duas dimensões da habilitação técnica (*operacional e profissional*), a forma por excelência de comprovação da experiência pretérita é a apresentação de *atestado de capacidade técnica*.

De modo diverso do estabelecido no art. 30 da Lei nº 8.666/1993, o art. 67 da NLL não fixou regras de legitimidade e formalidade para a emissão de atestados; dispõe apenas que, “quando for o caso”, deverão ser “emitidos” pelo conselho profissional competente. Assim, quando as atividades contempladas no atestado se referirem a atos privativos de profissões regulamentadas em lei, o documento deverá ser emitido pela entidade profissional competente.

Para não se inibir a participação na licitação, nos termos da parte final do § 2º do art. 67 é vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou de locais específicos.

Com a Lei nº 14.133/2021, houve melhor pormenorização dos aspectos substanciais das exigências de conteúdo dos atestados, ressaltando-se que a experiência pretérita deverá ser *semelhante, equivalente ou superior* quando comparada com a complexidade tecnológica e operacional do objeto da licitação. Assim, com os atestados de capacidade técnica, busca-se a comprovação de experiência pretérita do licitante no fornecimento de objeto ou execução de serviço similar ao do objeto licitado. Ou seja, é ilícita a exigência de que a experiência pretérita seja exatamente igual à do fornecimento ou ao serviço licitado.

²⁵ Ver Acórdão nº 1.393/2010 do TCU (Plenário).

Para isso, é fundamental que o instrumento convocatório estabeleça de forma objetiva e indubitável os parâmetros de aferição da similaridade entre o objeto do certame e o objeto da experiência pretérita materializado no atestado. Tais parâmetros são compreendidos em três aspectos, que podem estar presentes concomitantemente ou não:

Qualitativo

Foco de análise quanto às características e dimensões do objeto propriamente dito (obra, serviço ou produto).

Para isso, nos termos do § 1º do art. 67 da NLL, a similaridade ou compatibilidade do objeto do atestado será aferida com base em *parcelas de maior relevância e valor significativo* a serem definidas no instrumento convocatório.

Quantitativo

Em relação à *quantificação* da similaridade, positivando jurisprudência consolidada do TCU sobre o tema, o § 2º do art. 67 prevê a possibilidade de exigência de atestados com quantidades mínimas de até 50% das parcelas de maior relevância ou valor significativo.

Portanto, convém que a Administração estabeleça objetivamente no edital o quantitativo mínimo a ser comprovado.

Diante do silêncio da Lei nº 14.133/2021 a esse respeito, infere-se a aplicação do entendimento desenvolvido pelo TCU quanto à admissão, em regra, do somatório de atestados de capacidade técnica, de modo que eventual vedação nesse sentido deverá estar prevista no ato convocatório, com motivação técnica apta a justificá-la²⁶.

Temporal

Quando o tempo de fornecimento ou de execução do objeto for elemento preponderante na composição do próprio objeto a ser licitado, admite-se a exigência de período mínimo de execução da experiência pretérita de que trata o atestado.

Em tais situações, entende-se que a exigência temporal deverá ser proporcional ao período de vigência do contrato a ser gerado com a licitação.

²⁶ “A vedação ao somatório de atestados, para o fim de comprovação da capacidade técnico-operacional, deve estar restrita aos casos em que o aumento de quantitativos acarretarem, incontestavelmente, o aumento da complexidade técnica do objeto ou uma desproporção entre quantidades e prazos de execução, capazes de exigir maior capacidade operativa e gerencial da licitante e ensejar potencial comprometimento da qualidade ou da finalidade almejadas na contratação, devendo a restrição ser justificada técnica e detalhadamente no respectivo processo administrativo” (Acórdão TCU nº 7.105/2014 (2ª Câmara) (BRASIL, 2014b)).

Especificamente em relação aos chamados *serviços contínuos*, o § 5º do art. 67 admite que o edital estabeleça a exigência de “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” (BRASIL, 2021d).

Os §§ 10 e 11 do art. 67 da Lei nº 14.133/2021 disciplinam a sistemática de avaliação da capacidade técnico-operacional de licitante que tenha apresentado atestado de desempenho anterior emitido em favor de consórcio do qual tenha feito parte:

§ 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 (BRASIL, 2021d).

4.3.5.3 Habilitação econômico-financeira

De acordo com o art. 69 da Lei nº 14.133/2021,

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 (BRASIL, 2021d).

A comprovação dar-se-á mediante a apresentação de:

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 (BRASIL, 2021d).

A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, por meio do *cálculo de índices contábeis* previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação (§ 4º) e também a exigência de valores mínimos de faturamento anterior e de índices de rentabilidade ou lucratividade (§ 2º).

De forma adicional, admite-se:

- a) nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, o estabelecimento em edital da exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo “equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação”; e
- b) 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”.

Quanto à *certidão negativa de feitos sobre falência*, o agente de contratação somente deverá adotar alguma providência caso conste da certidão da unidade judiciária responsável pela distribuição de processos²⁷ o registro de ação judicial de natureza falimentar, regida pela Lei nº 11.101/2005: *falência*, *recuperação judicial* ou *recuperação extrajudicial*. Ou seja, caso constem da certidão, as eventuais demandas em nome do licitante (seja na condição de *autor*, seja na de *réu*) não surtirão efeitos ou implicarão condicionamentos à habilitação econômico-financeira.

Entretanto, havendo registro de ação de natureza falimentar, extrai-se da jurisprudência do STJ²⁸ e do TCU a vedação à inabilitação sumária do licitante, devendo o agente de contratação ser diligente para apurar a real situação do processo. Não sendo possível obter tais informações com base na consulta ao trâmite processual eletrônico do respectivo Juízo falimentar, entende-se que o ônus de complementar essa diligência será do licitante, em geral mediante a apresentação de certidão negativa emitida pelo Juízo competente.

²⁷ Por se tratar de competência da Justiça estadual, a sistemática de emissão da certidão de processos de natureza falimentar dependerá da estrutura de organização judiciária de cada Estado da federação. Assim, há Estados com unidades distribuidoras de processos cíveis em geral (af incluídos o de natureza falimentar) e alguns com unidades específicas de distribuição de processos falimentares.

²⁸ “Empresa em recuperação judicial [pode] participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica” (AREsp nº 309.867/ES (BRASIL, 2018a, p. 2)).

No caso específico de ações de *recuperação judicial* ou de *recuperação extrajudicial*, o TCU já reiterou que a participação e a habilitação das empresas em tais situações ficam condicionadas à apresentação de “certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório” (Acórdão nº 1.201/2020 do TCU (Plenário) (BRASIL, 2020b)).

4.3.5.4 Regularidade fiscal, social e trabalhista

Dispõe o art. 68 da NLL acerca das regularidades fiscal, social e trabalhista, assim compreendidas:

Fiscal

Busca-se comprovar a inscrição do licitante nas Fazendas Públicas competentes, além da regularidade no tocante às obrigações tributárias.

O inciso III do art. 68 da NLL exige de fato a comprovação da *regularidade*, o que não se confunde com a total inexistência do débito de natureza tributária (comprovada mediante *certidão negativa*). Assim, mesmo diante de um débito tributário, se a sua exigibilidade estiver suspensa por algum motivo, deverá ser reconhecida a regularidade fiscal.

De acordo com entendimento do TCU, consagrado no enunciado da Súmula nº 283, “para fim de habilitação, a Administração Pública não deve exigir dos licitantes a apresentação de certidão de quitação de obrigações fiscais, e sim prova de sua regularidade” (BRASIL, [2016e]). Ou seja, será indevida a exigência de apresentação exclusiva de *certidões negativas*, porquanto pressupõem a inexistência de débitos; devem, pois, ser admitidas as chamadas *certidões positivas com efeitos de negativas*.

Social

A regularidade social é demonstrada com a comprovação do cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei, notadamente perante a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Trabalhista

De acordo com o inciso XXXIII do art. 7º da CRFB, o licitante deverá apresentar declaração de que não emprega menores de dezoito anos para a realização de trabalho noturno, perigoso ou insalubre e de que não emprega menores de dezesseis

anos para a realização de qualquer trabalho, “salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos” [BRASIL, [2021a]].

Além dessa declaração, é fundamental que o licitante comprove sua *regularidade perante a Justiça do Trabalho*, o que se dá mediante a apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) emitida pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST).

A composição, estrutura e forma de expedição da CNDT são regulamentados pela Resolução Administrativa nº 1.470/2011 do TST, que estabelece o prazo de validade de 180 dias a contar da expedição da certidão.

Quanto à regularidade das obrigações trabalhistas, também se aplica a premissa da Súmula nº 283 do TCU, pois os débitos ajuizados poderão estar com a exigibilidade suspensa – quando garantida a execução por depósito, bloqueio de numerário ou penhora –, acarretando a emissão de uma CNDT *positiva com efeitos de negativa*.

Em consideração à possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração (art. 121, § 2º, NLL), ressalte-se a necessidade de o agente de contratação verificar a atualidade da CNDT, pois os dados constantes do Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT) são atualizados a cada dois dias. Por conseguinte, mesmo que o licitante venha a apresentar uma CNDT negativa cuja data de expedição seja inferior a 180 dias, caso a Administração emita nova certidão na data da licitação em que conste a existência de débitos trabalhistas inadimplidos e sem a exigibilidade suspensa, deverá prevalecer a CNDT mais recente, ficando patente que a empresa, ao tempo do certame, não comprovou a regularidade exigida no art. 68, V, da NLL. Nesse sentido, em 20/3/2012 o MPDG expediu esta orientação: “na fase de habilitação, que revela a atual situação da licitante, ou seja, caso haja mais de um documento válido, isto é, dentro do prazo de cento e oitenta dias, prevalecerá a certidão mais recente sobre a mais antiga” [BRASIL, 2012].

Quanto à forma de comprovação da regularidade fiscal, social e trabalhista, tratando-se de certidões emitidas com base em banco de dados de natureza pública, o § 1º do art. 68 da NLL admite a substituição ou a supressão da exigência da apresentação do documento “por outros meios hábeis a comprovar a regularidade do licitante, inclusive por meio eletrônico”. Ou seja, com a evolução das ferramentas tecnológicas e dos recursos de cruzamento de dados, se a própria Administração tiver condições de aferir diretamente essa regularidade, será preferível fazê-lo. Afinal, o próprio *caput* do art. 68 da NLL vale-se da expressão *serão aferidas mediante a verificação* de forma diversa do que consta, por exemplo, no *caput* do art. 69 – “apresentação da seguinte documentação”.

4.3.5.5 Exigências de documentos habilitatórios: limites legais e razoabilidade

Em relação aos requisitos mínimos para a contratação a serem estabelecidos no instrumento convocatório, a parte final do inciso XXI do art. 37 da CRFB preconiza que “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica *indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*” (BRASIL, [2021a], grifo nosso).

Especificamente quanto à qualificação técnica e econômica, os arts. 67 e 69 da NLL preceituam que a exigência de habilitação *será restrita* à apresentação dos documentos arrolados em seus incisos. Desse modo, entende-se que, ao definir os requisitos de habilitação no edital, a Administração deve não só observar os limites legais mas também a razoabilidade das exigências que, dentro da segurança de execução contratual pretendida, representem o menor cerceamento à competição.

Com efeito, ao tratar do conteúdo da fase preparatória, entre outras exigências o inciso IX do art. 18 da NLL contém a de que seja consignada nos autos “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” (BRASIL, 2021d).

Deve-se, portanto, identificar e utilizar o patamar mínimo que permite estabelecer a segurança da execução do objeto licitado. A finalidade é ampliar a possibilidade de competição de forma a abarcar todos os interessados minimamente aptos a contratar o objeto. Dessa maneira, dentro da margem de segurança identificada, busca-se a proposta de preço mais vantajosa para a Administração.

Por representar restrição de acesso ao mercado público, qualquer exigência para fins de habilitação deverá estar prevista em *ato normativo* primário, de modo que carecem de legalidade as exigências fundadas em *atos normativos secundários* (decretos, instruções normativas, resoluções, portarias etc.). Nesse sentido, quanto à qualificação técnica, o próprio inciso IV do art. 67 da Lei nº 14.133/2021 prevê a possibilidade de os licitantes comprovarem outros requisitos técnicos, desde que “previstos em lei especial”.

Entendem-se aplicáveis ao sistema da NLL as premissas consubstanciadas no enunciado da Súmula nº 272 do TCU, segundo o qual, “no edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato” (BRASIL, [2016e]). Por isso, já no momento da habilitação, são vedadas exigências relativas à necessidade de

a empresa contar com estabelecimento na localidade da execução do futuro contrato, determinada estrutura ou maquinário ou mesmo funcionários específicos, porquanto tais providências demandariam custos para viabilizar a participação da licitante no certame.

Com o intento de simplificar, o inciso III do art. 70 da NLL admite a possibilidade de dispensa total ou parcial da exigência de documentação de habilitação nos casos de: a) contratações para entrega imediata²⁹; b) contratações “em valores inferiores a 1/4 (um quarto) do limite” na dispensa de licitação para compras em geral (R\$ 12.500,00); e c) nas contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento “até o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais)”.

4.3.5.6 Momento de apresentação da documentação de habilitação

Consoante o art. 63, II, da Lei nº 14.133/2021, “será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento” (BRASIL, 2021d). Ou seja, salvo quando adotada a inversão de fases de acordo com o previsto no § 1º do art. 17, em regra deverá ser *exigida* a apresentação da documentação de habilitação apenas após a conclusão da fase de julgamento das propostas, já com a indicação do licitante provisoriamente vencedor.

Em especial nas licitações eletrônicas, o comando do inciso II do art. 63 da NLL demanda aprofundamento regulamentar – em ato normativo secundário ou, em sua ausência, no edital – a fim de ser especificado o procedimento operacional detalhado relativo à “apresentação dos documentos de habilitação”, notadamente quanto ao prazo e à forma de envio e de anexação dos arquivos na plataforma de realização do certame, sem prejuízo da possibilidade de adoção da documentação já existente em cadastro unificado de fornecedores de que trata o art. 87 da Lei nº 14.133/2021.

No caso de inversão de fases, observado o que dispõe o inciso III do art. 63 da NLL, a documentação de habilitação deverá ser apresentada por todos os concorrentes na oportunidade da abertura do certame.

Especificamente em relação à documentação de *regularidade fiscal*, se houver a inversão de fases, esses documentos não poderão ser exigidos quando da apresentação da habilitação pelo licitante, mas apenas no “momento posterior ao julgamento das propostas”.

²⁹ De acordo com o inciso X do art. 6º da NLL, considera-se compra imediata “aquela com prazo de entrega de até 30 (trinta) dias da ordem de fornecimento”.

4.3.5.7 Formalidades dos documentos de habilitação

Nos termos do art. 70 da NLL, a documentação necessária à habilitação poderá ser “apresentada em original, por cópia ou por qualquer outro meio expressamente admitido pela Administração” (BRASIL, 2021d), admitindo-se a sua substituição por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que tenha sido previsto no edital e o registro tenha sido feito em obediência ao disposto na Lei nº 14.133/2021.

O inciso I do mesmo art. 70, diferentemente do *caput* do art. 32 da Lei nº 8.666/1993, não exige *de per si* a *prova de autenticidade* de cópia de documento; é viável que a Administração, por exemplo, estabeleça em seu edital que, em caso de *cópia simples* de documento, a exigência de apresentação de original ou de cópia autenticada somente se dará quando houver fundada dúvida quanto à legitimidade.

Consagrando a tendência de desburocratização já instituída no § 2º do art. 22 da Lei nº 9.784/1999 e no art. 3º, I, da Lei nº 13.726/2018, dispõe o art. 12, V, da NLL que, salvo expressa imposição legal, somente será exigido o reconhecimento de firma “quando houver dúvida de autenticidade”.

Quanto à formalidade documental, merece destaque a diretriz de *atos digitais* substanciada no inciso VI e no § 2º do art. 12; no § 4º do art. 17; no § 2º do art. 65, no § 1º do art. 68; e no § 3º do art. 91 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

[...]

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

[...]

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

[...]

Art. 17 [...]

§ 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.

[...]

Art. 65 [...]

§ 2º A habilitação poderá ser realizada por processo eletrônico de comunicação a distância, nos termos dispostos em regulamento.

[...]

Art. 68 [...]

§ 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.

[...]

Art. 91 [...]

§ 3º Será admitida a forma eletrônica na celebração de contratos e de termos aditivos, atendidas as exigências previstas em regulamento (BRASIL, 2021d).

Da leitura do § 4º do art. 67 da NLL – salvo se comprovada a inidoneidade da entidade emissora – entende-se pela desnecessidade de tradução juramentada de documentos produzidos em língua estrangeira (como então previsto no § 5º do art. 32 da Lei nº 8.666/1993): basta a apresentação do documento acompanhado de tradução simples para o português³⁰.

4.3.5.8 Realização de diligências para complementação e esclarecimentos acerca do conteúdo da documentação de habilitação

Com o objetivo de melhor determinar os pressupostos e os limites para a realização de diligências, o *caput* do art. 64 da NLL – diferentemente da redação do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993 – estabelece a possibilidade de substituição e apresentação de novos documentos de habilitação desde que necessárias para a:

- 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 (BRASIL, 2021d, grifos nossos).

Caso a diligência promovida pelo agente de contratação resulte na *produção* ou *encaminhamento* de um documento que materialize uma situação já existente ao tempo da abertura da licitação, conforme o inciso I do art. 64 da NLL seria plenamente admissível a sua juntada em momento processual posterior ao indicado para a apresentação da documentação de habilitação (art. 63, II). *A contrario sensu*, seria vedada a juntada de documento que comprove uma situação ou um fato cuja conclusão ou consumação sobreveio na data de abertura do certame.

Cumprе salientar que a redação do art. 64 da NLL positiva a instrumentalidade da licitação já consagrada na jurisprudência dos Tribunais Superiores e das Cortes de Contas: reconhece-se que o procedimento licitatório não deve ser pautado num

³⁰ Esse entendimento é compatível com o disposto no art. 22, § 1º, da Lei nº 9.784/1999 e no art. 224 do Código Civil.

formalismo exacerbado que desvirtue sua finalidade e o equipare a uma “gincana” na qual interessa apenas o cumprimento da etapa definida, indiferentemente de sua razão de ser.

Em *leading case* de destaque, no Acórdão nº 1.758/2003 (Plenário) o TCU entendeu ser regular, no âmbito de procedimento licitatório, a conduta da autoridade que procedeu à juntada posterior de comprovação de regularidade fiscal da licitante por meio de diligência promovida com base no art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993. Segundo o TCU, tal juntada não configuraria irregularidade, mas praticidade, celeridade e otimização do certame. O apego excessivo à letra da lei pode acarretar equívocos jurídicos, porquanto não traduzem seu sentido real. No Acórdão nº 2.627/2013 (Plenário), por sua vez, a Corte de Contas federal concluiu ser indevida a inabilitação de licitante em razão da apresentação de atestado de capacidade técnica com data posterior à da abertura do certame, uma vez que tal documento tem natureza declaratória – e não constitutiva – de uma condição preexistente. Julgou-se equivocada a decisão do pregoeiro de desabilitar licitante em razão de “apresentação de atestado de capacidade técnica com data posterior à da licitação”. Em relação a esse ponto, o ministro relator Valmir Campelo registrou que

o atestado de capacidade técnica tem natureza declaratória – e não constitutiva – de uma condição preexistente. É dizer que a data do atestado não possuiu qualquer interferência na certificação propriamente dita, não sendo razoável sua recusa pelo simples fato de ter sido datado em momento posterior à data da abertura do certame. O que importa, em última instância, é a entrega tempestiva da documentação exigida pelo edital, o que, de acordo com o informado, ocorreu (BRASIL, 2013b).

Trata-se, pois, de um juízo de verdade real em detrimento do pensamento dogmático segundo o qual o que importa é se o licitante apresentou os documentos adequadamente, subtraindo-se o fato de esse mesmo licitante reunir ou não as condições de contratar com a Administração ao tempo da realização do certame.

Quanto ao tema, cumpre ainda registrar o entendimento do TCU acerca do inciso I do art. 64 da NLL manifestado no julgamento do Acórdão nº 1.211/2021 (Plenário) no sentido de 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 (BRASIL, 2021e).

Ainda que a menção ao dispositivo da Lei nº 14.133/2021 se tenha dado em caráter *obiter dictum* no voto do ministro relator³¹ Walton Alencar, há que se reconhecer, conforme o *caput* e o inciso I do art. 64 da NLL, que a juntada *posterior* de documento, no contexto de averiguação das condições de habilitação do licitante, somente seria possível *em sede de diligência*, o que pressupõe um comando decisório do agente de contratação que decorra de uma avaliação antecedente da documentação habilitatória então apresentada. Ou seja, será o agente de contratação quem avaliará os pressupostos concretos de incidência da possibilidade prevista no art. 64, I, da NLL, de modo que o documento *novo* será produzido ou apresentado como resultado de uma diligência considerada cabível e necessária pela Administração.

Conforme exposto no tópico 4.3.5.9 deste Capítulo, com o objetivo de conferir a devida segurança jurídica na aplicação do art. 64, I, da Lei nº 14.133/2021 nas licitações eletrônicas, é recomendável a definição precisa, em regulamento ou no edital, do prazo e da forma de envio ou anexação dos arquivos na plataforma de realização do certame, porquanto deve haver um marco de preclusão procedimental claro quanto à oportunidade de apresentação da documentação de habilitação pelo licitante vencedor, abrindo-se a possibilidade de envio de documentos supervenientes apenas *em sede de diligência* determinada pelo agente de contratação. Busca-se, assim, afastar a compreensão desse dispositivo como uma porta sempre aberta para a apresentação de documentos a qualquer tempo, sob a genérica alegação de *esquecimento*, *equivoco* ou *falha* do licitante. Daí a importância de o agente de contratação motivar não apenas a decisão de admitir a realização da diligência, mas também quando compreende ser impertinente ou desnecessária a diligência.

4.3.5.9 Realização de diligências para o saneamento de falhas das propostas e da documentação de habilitação

Diante de vícios e falhas nos atos praticados ao longo do processo licitatório, seja pela Administração, seja pelos próprios licitantes, em consonância com o art. 55 da

³¹ Destaque-se o seguinte trecho do voto do ministro Walton Alencar no Acórdão nº 1.211/2021 (Plenário): “Cito ainda o disposto no art. 64 da nova Lei de Licitações (Lei 14.133 de 1º de abril de 2021), que revogará a Lei 8.666/1993 após decorridos 2 anos da sua publicação oficial [...]. O dispositivo reproduz a vedação à inclusão de novos documentos, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993; porém, deixa salvaguarda a possibilidade de diligência para a complementação de informações necessárias à apuração de fatos existentes à época da abertura do certame, o que se alinha com a interpretação de que é possível e necessária a requisição de documentos para sanear os comprovantes de habilitação ou da proposta, atestando condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame. Assim, nos termos dos dispositivos citados, inclusive do art. 64 da Lei 14.133/2021, entendo não haver vedação ao envio de documento que não altere ou modifique aquele anteriormente encaminhado. Por exemplo, se não foram apresentados atestados suficientes para demonstrar a habilitação técnica no certame, talvez em razão de conclusão equivocada do licitante de que os documentos encaminhados já seriam suficientes, poderia ser juntado, após essa verificação no julgamento da proposta, novos atestados de forma a complementar aqueles já enviados, desde que já existentes à época da entrega dos documentos de habilitação” (BRASIL, 2021e).

Lei nº 9.784/1999³² e com a Súmula nº 473 do STF³³ a Lei nº 14.133/2021 evidencia a diretriz de busca do saneamento, impondo-se a anulação apenas diante da impossibilidade da convalidação – ou seja, quando se está diante de vício insanável.

Essa diretriz é consubstanciada no art. 169, § 3º, I, que estabelece o dever de os agentes públicos em geral, “quando constatarem simples impropriedade formal”, adotarem “medidas para o seu saneamento”.

Em semelhante sentido, o inciso III do art. 12 da NLL dispõe que, no processo licitatório, “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”. E, especificamente quanto à habilitação, o § 1º do art. 64 assegura à Administração a prerrogativa de “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” (BRASIL, 2021d).

Além dos casos de omissão ou obscuridade nos documentos de habilitação ou da proposta (ver tópico 4.3.5.8 deste Capítulo), na ocorrência de alguma falha formal, não há uma faculdade, mas um poder-dever do agente de contratação de realizar a diligência, superando-se o dogma do formalismo excessivo e prestigiando a razoabilidade e a busca da eficiência, a ampliação da competitividade e a proposta mais vantajosa para a Administração.

Quanto ao propósito de saneamento de falhas, para se avaliar a plausibilidade de adoção de diligência, é preciso identificar a natureza do vício (ou erro) ou da omissão: se *formal*, *material* ou *substancial*.

TIPO	ENQUADRAMENTO	É POSSÍVEL O SANEAMENTO?
Erro formal	Quando um documento é produzido de forma diversa da exigida. Ex.: proposta em padrão diverso do modelo exigido no edital, mas que apresenta todas as informações essenciais.	Sim. Por uma questão de instrumentalidade das formas, o documento poderá ser considerado válido quando atingir a finalidade pretendida, ainda que produzido de forma diferente da exigida.

³² “Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração” (BRASIL, [2009]).

³³ “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque [deles] não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial” (BRASIL, 2017, p. 268).

TIPO	ENQUADRAMENTO	É POSSÍVEL O SANEAMENTO?
Erro material	Quando, por falha de conteúdo na informação, há evidente desacordo entre a vontade e o que de fato foi expresso no documento. Ex.: erro de cálculo na totalização do valor da proposta; grafia incorreta; erro na sequência de numeração das páginas dos documentos.	Sim. Uma vez que retrata a inexatidão material, refletindo uma situação ou algo que obviamente não ocorreu, o erro material admite correção. Logo, o saneamento não acarretaria alteração da substância do documento.
Erro substancial	Quando se refere à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração ou a alguma das qualidades a ele essenciais (art. 139 do Código Civil). A omissão ou falha substancial prejudica o conteúdo essencial do documento e inviabiliza seu adequado entendimento. Ex.: não apresentação de documentação de habilitação no prazo previsto no edital; indicação de produto com especificações incompatíveis com as exigidas.	Não. Como se trata de vício insanável, já que relacionado à substância do documento, a eventual correção acarretaria a substituição de informações essenciais ou a inclusão posterior de documento não relacionado com a mera complementação ou esclarecimento.

Fonte: elaborado pelo autor.

Com efeito, não será juridicamente viável a realização de diligência tendente a sanear irregularidade essencial de determinado documento³⁴, alterar a substância das propostas ou documentos de habilitação³⁵ ou implicar a juntada de documento ou informação que originalmente deveria constar da proposta³⁶.

O respeito ao princípio da isonomia é garantido ao se reputar a diligência como um dever da Administração: sabe-se de antemão que o tratamento será o mesmo para todo e qualquer licitante³⁷, desde que seja cabível a realização das diligências e/ou do saneamento de atos eivados de erro formal ou material.

4.3.5.10 Participação de consórcios e habilitação

Com algumas variações em relação ao que o art. 33 da Lei nº 8.666/1993 dispunha, a NLL trata da possibilidade de participação de empresas consorciadas como forma

³⁴ Ver Acórdão nº 4.650/2010 do TCU (1ª Câmara).

³⁵ Ver Acórdão nº 300/2016 do TCU (Plenário).

³⁶ Ver Acórdãos nºs 1.612/2010 e 918/2014 do TCU, ambos do Plenário.

³⁷ Ver Acórdão nº 1.849/2016 do TCU (Plenário).

de suprir as exigências de habilitação técnica e econômico-financeira, promovendo a ampliação da competitividade em face da complexidade do objeto e da configuração do mercado relevante.

Conforme há muito salientado pelo TCU,

a regra, no procedimento licitatório, é a participação de empresas individualmente em disputa umas com as outras, permitindo-se a união de esforços quando questões de alta complexidade e de relevante vulto impeçam a participação isolada de empresas com condições de, sozinhas, atenderem todos os requisitos de habilitação exigidos no edital, casos em que a participação em consórcio ampliaria o leque de concorrentes (Acórdão nº 1.240/2008 (Plenário) (BRASIL, 2008)).

Pelo disposto no *caput* do art. 15 da NLL, em regra será admitida a participação de consórcios, salvo expressa vedação no edital e mediante devida justificativa nos autos do processo licitatório. Superou-se, pois, a antiga celeuma doutrinária acerca da possibilidade de participação de consórcio quando omissa o edital a respeito, em vista da redação do *caput* do art. 33 da Lei nº 8.666/1993.

Nos termos do § 4º do art. 15, se houver “justificativa técnica aprovada pela autoridade competente, o edital de licitação poderá estabelecer limite máximo para o número de empresas consorciadas” (BRASIL, 2021d).

Enfim, no caso de participação de consórcio, há que se observar o regramento específico do art. 15 da NLL:

- I – comprovação de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;
- II – indicação da empresa líder do consórcio, que será responsável por sua representação perante a Administração;
- III – admissão, para efeito de habilitação técnica, do somatório dos quantitativos de cada consorciado e, para efeito de habilitação econômico-financeira, do somatório dos valores de cada consorciado;
- IV – impedimento de a empresa consorciada participar, na mesma licitação, de mais de um consórcio ou de forma isolada;
- V – responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato (BRASIL, 2021d).

Note-se que cada empresa consorciada deve comprovar, individualmente, os requisitos estabelecidos para a habilitação jurídica e regularidade fiscal, social e trabalhista, admitindo-se a conjugação dos requisitos apenas para a qualificação técnica e econômico-financeira. Em relação a esta última, aduz o § 1º do art. 15 que “o edital deverá estabelecer para o consórcio acréscimo de 10% (dez por cento) a 30%

(trinta por cento) sobre o valor exigido de licitante individual para a habilitação econômico-financeira” (BRASIL, 2021d), exceto se nos autos do processo licitatório houver justificativa para a não fixação de percentual adicional.

A constituição efetiva do consórcio à luz da legislação aplicável (como os arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404/1976) e seu respectivo registro (art. 32 da Lei nº 8.934/1994) serão exigidos apenas por ocasião da assinatura do contrato.

4.3.6 Etapa recursal

Alterando a sistemática recursal da Lei nº 8.666/1993 e reproduzindo o modelo adotado na Lei nº 10.520/2002 e na Lei nº 12.462/2011, os incisos I e II do § 1º do art. 165 da NLL estabelecem a *unicidade* tanto para o *momento* de interposição do recurso quanto para a *apreciação* do pleito recursal:

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:

[...]

b) julgamento das propostas;

c) ato de habilitação ou inabilitação de licitante;

[...]

§ 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 (BRASIL, 2021d).

Mesmo quando adotada a inversão das fases de habilitação e propostas na forma do § 1º do art. 17 da NLL, mantém-se a estrutura única da fase recursal (interposição e apreciação).

Tem-se, por conseguinte, a *unirrecorribilidade* dos atos decisórios exarados pelo agente de contratação no âmbito da *fase externa* da licitação, havendo apenas uma única oportunidade para a interposição de recurso, cuja matéria pode envolver qualquer etapa procedimental, aspecto ou ocorrência da fase externa da licitação.

Conforme dispõe o inciso I do § 1º do art. 165 da Lei nº 14.133/2021, dada a concentração da fase recursal a oportunidade para a interposição do recurso deverá ser

observada, na própria sessão pública, após a emissão, pelo agente de contratação, do ato decisório final que implica o encerramento do certame, porquanto é plenamente possível – e até frequente – que o certame seja concluído sem que haja um licitante vencedor, como nos casos de licitação fracassada ou anulada, por exemplo.

Tão logo emitido o ato decisório final do certame (declarando o licitante vencedor, o fracasso do certame ou a anulação do procedimento), deverá o licitante interessado, sob pena de preclusão, manifestar-se expressamente quanto à *intenção de recorrer* na própria sessão pública. Caso a licitante não manifeste o interesse em recorrer na oportunidade da sessão, decairá o seu direito de recurso.

Diversamente do que consta do art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/2002, a Lei nº 14.133/2021 não exige que a manifestação da intenção de recorrer seja *motivada*. Com efeito, independentemente da externalização de motivo, havendo manifestação de intenção de recurso pelo licitante, ficará interposto o recurso administrativo.

Assim, uma vez interposto o recurso, o recorrente disporá do prazo de “até 3 (três) dias úteis” para a apresentação das razões recursais contados da “data de intimação ou de lavratura da ata de habilitação ou inabilitação” ou, na hipótese de inversão de fases de que trata o § 1º do art. 17 da NLL, da data de intimação ou de lavratura da “ata de julgamento”. Após a “intimação pessoal ou de divulgação da interposição do recurso”, os demais licitantes disporão do mesmo prazo “de 3 (três) dias úteis” para a apresentação das contrarrazões recursais (art. 165, § 4º).

4.3.6.1 Juízo de admissibilidade em relação à manifestação da intenção de recurso?

Ainda que a NLL tenha afastado a necessidade de *motivação* da intenção recursal, de certa forma afigura-se aplicável para a fase recursal única o consolidado entendimento do TCU acerca da prerrogativa do pregoeiro de aferir os pressupostos legais da *intenção de recorrer*: ele deve limitar-se a verificar se a intenção manifestada pelo licitante reúne os requisitos de admissibilidade³⁸.

É evidente que, dada a ausência da exposição objetiva do conteúdo da irresignação do licitante quando do registro da intenção, não é possível aferir requisitos de admissibilidade como o *interesse recursal* e a *motivação*.

³⁸ “Em sede de pregão eletrônico ou presencial, o juízo de admissibilidade das intenções de recurso deve avaliar tão somente a presença dos pressupostos recursais (sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse e motivação), constituindo afronta à jurisprudência do TCU a denegação fundada em exame prévio de questão relacionada ao mérito do recurso” (Acórdão nº 694/2014 (Plenário) (BRASIL, 2014a)).

Por sua vez, julgamos viável que o agente de contratação avalie não só os pressupostos de admissibilidade recursal atrelados à condição do licitante que manifesta a intenção, como a *sucumbência* e a *legitimidade*, mas também o pressuposto objetivo de adequação ao prazo para o registro da intenção (*tempestividade*), porquanto o inciso I do § 1º do art. 165 da NLL exige que tal manifestação seja *imediata*.

Sucumbência

A sucumbência implica derrota do interessado; somente aquele que não logrou êxito em sua pretensão de sagrar-se vitorioso no certame é que atende a esse pressuposto.

Tempestividade

A manifestação da intenção de recurso deverá ocorrer no prazo previsto no ato convocatório.

Legitimidade

Só há legitimidade quando a parte que interpuser o recurso for a parte sucumbente. Logo, não é admissível que o vencedor recorra da decisão que o declarou vencedor. Da mesma forma, não cabe recorrer da decisão de desclassificação ou inabilitação de terceiros.

4.3.6.2 Não apresentação das razões recursais no prazo legal

Dispensada a necessidade de motivação da intenção de recurso, entendemos que, pela sistemática recursal da Lei nº 14.133/2021, não mais se mantém a celeuma então observada na Lei nº 10.520/2002 acerca da não apresentação das razões recursais após o acolhimento da intenção recursal pelo pregoeiro.

De acordo com a NLL, mesmo com a manifestação tempestiva da intenção de recurso – e presentes os pressupostos da *sucumbência* e *legitimidade* –, como não houve em sede de *motivação* a delimitação da matéria recursal, há uma dependência processual necessária da apresentação das razões recursais para a efetivação do recurso propriamente dito.

Diante da não apresentação das razões recursais no prazo legal, concluímos que o recurso propriamente dito não é concretizado, o que permite a continuidade da instrução processual (art. 71 da NLL) sem a necessidade de apreciação e julgamento do pleito recursal, dado que inexistente.

4.3.6.3 Efeito suspensivo

Nos termos do *caput* do art. 168 da Lei nº 14.133/2021, interposto recurso contra decisão do agente de contratação, haverá efeito suspensivo automático a perdurar até o efetivo julgamento pela autoridade competente.

O termo inicial do efeito suspensivo é o momento do acolhimento da intenção de recorrer e não o da apresentação das razões recursais.

4.3.6.4 Formalidades e procedimento do julgamento

De acordo com o art. 165, § 2º, da NLL, o recurso “será dirigido à autoridade que tiver editado o ato ou proferido a decisão recorrida”. Isto é, a peça com as razões recursais deve ser endereçada à autoridade que proferiu a decisão objeto do recurso. Essa previsão justifica-se em razão da possibilidade de reconsideração pela própria autoridade recorrida. Somente na hipótese de não reconsideração da decisão, os autos serão remetidos à autoridade hierarquicamente superior para o efetivo *julgamento* do recurso.

Vale salientar que a autoridade que proferiu a decisão não é competente para realizar o julgamento do recurso. Na verdade, como é possível reconsiderar, caso a autoridade recorrida mantenha sua decisão, deve apenas apresentar informações nos autos administrativos para subsidiar o julgamento da autoridade superior.

Uma vez protocolada a peça com as razões recursais, a autoridade recorrida deve manifestar-se no prazo máximo de *três* dias úteis. Se reconsiderar sua decisão, deverá realizar os atos decorrentes. Se mantiver a decisão, deverá apresentar as informações e *fazer subir* o recurso (efeito devolutivo), ou seja, encaminhá-lo à autoridade superior.

Recebidos os autos, a autoridade superior deve proferir decisão sobre o recurso (julgamento) no prazo máximo de *dez* dias úteis, sob pena de responsabilidade.

4.3.6.5 Efeitos da reconsideração pela autoridade recorrida

Com base na redação constante do § 2º do art. 165 da Lei nº 14.133/2021, constata-se a necessidade de uma primeira manifestação da autoridade que praticou o ato recorrido (agente de contratação ou comissão de contratação). Nessa etapa, ao utilizar a conjunção subordinativa condicional *se*, esse dispositivo legal descortina os dois caminhos possíveis para o recurso administrativo: a) *reconsideração* da decisão, que implica o desfazimento do ato decisório anterior e sua substituição por outro; e b) *manutenção* da decisão (*não reconsideração*), prestando as informações e *subindo* os autos para o efetivo julgamento do recurso por autoridade superior.

Assim, ao conferir ao agente de contratação a competência para *reconsiderar* a decisão recorrida, a NLL estabelece uma condição para a subida do recurso à autoridade superior: a não retratação quanto ao ato ou à decisão recorrida.

Ao reconsiderar a decisão, o agente de contratação emitirá novo ato decisório e, dessa forma, desconstituirá a decisão anteriormente adotada, desfazendo os atos subsequentes; em tal hipótese, o recurso não sobe para o julgamento pela autoridade superior.

4.3.7 Encerramento da licitação

O art. 71 da Lei nº 14.133/2021 dispõe que, uma vez “encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior” (BRASIL, 2021d), que poderá proferir os seguintes atos decisórios:

- a) determinar o retorno dos autos para *saneamento de irregularidades*;
- b) *revogar a licitação* por motivo de conveniência e oportunidade;
- c) proceder à *anulação da licitação*, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável; e
- d) adjudicar o objeto e *homologar a licitação*.

4.3.7.1 Determinação de saneamento dos vícios

Constatado vício na prática de ato no curso da condução da licitação – por desconformidade ou contrariedade à lei ou ao edital –, o inciso I do art. 71 da Lei nº 14.133/2021 estabelece o *dever* da autoridade superior de avaliar a viabilidade de *saneamento* – ou *convalidação* – da irregularidade.

Assim, não se tratando de vício insanável e não havendo “lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros” (art. 55 da Lei nº 9.784/1999), sempre será preferível o saneamento ou a convalidação do ato, em todas as suas modalidades: *ratificação*, *reforma* e *conversão*³⁹⁴⁰, que, por sua vez, apresentam repercussão retroativa (*ex tunc*)⁴¹.

³⁹ Conforme classificação de Moreira Neto (2014, p. 241): a) *ratificação*: “ato administrativo derivado pelo qual a Administração, suprindo falha ou corrigindo defeito de competência, declara íntegro e válido desde a origem, o ato viciado quanto a este elemento”; b) *reforma*: “ato administrativo derivado pelo qual se elimina de um ato defeituoso a sua parte viciada, mantendo-se a eficácia da parte sadia”; c) *conversão*: “ato administrativo derivado pelo qual se opera a metamorfose de um ato com vício de legalidade, aproveitando-se os elementos válidos, para articular-se um novo ato, mantida a mesma finalidade, justificativa do emprego da sanatória”.

⁴⁰ Adota a mesma classificação de Otero (2016, p. 675-678).

⁴¹ Ver Moreira Neto (2014, p. 241) e Otero (2016, p. 674).

Diante de *vício insanável*, será impossível o saneamento; logo, impõe-se a anulação do ato ou, conforme o caso, a de todo o processo licitatório.

4.3.8 Homologação da licitação

A homologação é o ato de controle pelo qual os atos realizados pelos agentes responsáveis pela fase externa da licitação são confirmados pela autoridade competente a quem incumbe a deliberação final sobre o julgamento.

A autoridade competente deverá ser hierarquicamente superior ao agente de contratação ou aos servidores que, conforme o caso, sejam integrantes da comissão de contratação, a qual, em regra, é aquela que determinou a abertura da licitação, mas poderá ser qualquer outra indicada no edital, no regulamento ou na lei.

A concordância refere-se a dois aspectos: a *legalidade* dos atos praticados pelo agente de contratação na condução da fase externa e a *conveniência* de ser mantida a licitação.

É importante ressaltar que, segundo o TCU, no caso de vícios que maculem o procedimento, a ocorrência da homologação (por presumir a certificação de regularidade do certame) não atrai de forma absoluta a integral responsabilidade da autoridade competente:

A responsabilidade da autoridade que homologa a licitação se atém à verificação do cumprimento das macroetapas que compõem o procedimento, de fatos isolados materialmente relevantes e de questões denunciadas como irregulares que tenham chegado ao seu conhecimento, não sendo exigível que a fiscalização a seu cargo abranja todos os dados contidos no procedimento licitatório (BRASIL, 2016d)⁴².

4.3.9 Revogação e anulação da licitação

De acordo com o inciso II e o § 2º do art. 71 da NLL, a autoridade competente para a aprovação do procedimento somente pode *revogar* a licitação “por motivo de conveniência e oportunidade”, desde que o motivo determinante resulte “de fato superveniente devidamente comprovado”.

Por sua vez, nos termos do inciso III do citado art. 71, a mesma autoridade poderá realizar a anulação da licitação se houver “ilegalidade insanável” de que tenha tomado conhecimento “de ofício ou mediante provocação de terceiros”. Em tal caso, deverá a autoridade indicar “expressamente os atos com vícios insanáveis, tornando sem efeito todos os subsequentes que deles dependam, e dará ensejo à apuração de res-

⁴² Enunciado do Acórdão nº 3.178/2016 (Plenário).

ponsabilidade de quem lhes tenha dado causa” (§ 1º) (BRASIL, 2021d). Reitere-se, pois, que a anulação da licitação somente será cabível quando os vícios apontados não forem passíveis de saneamento.

Desse modo, a *anulação* decorre da existência de vício de legalidade, ao passo que a *revogação* ocorre no âmbito da discricionariedade administrativa, por razões de conveniência e oportunidade, e desde que haja motivo superveniente devidamente comprovado e pertinente. Observe-se que tanto a anulação quanto a revogação podem ocorrer no curso do procedimento licitatório.

Estabelece o § 3º do art. 71 que, “nos casos de anulação e revogação, deverá ser assegurada a prévia manifestação dos interessados”. Portanto, a despeito da celeuma jurisprudencial relacionada à interpretação do § 3º do art. 49 da Lei nº 8.666/1993, considera-se que, com base na redação do § 3º do art. 71 da NLL, seja depois de concluída a fase externa, seja no curso da licitação, sempre deverá ser observado o contraditório prévio a qualquer licitante interessado. Afinal, em vista da estrutura procedimental e dialógica da formação da vontade administrativa num contexto de plena constitucionalização do Direito Administrativo, a oitiva dos interessados previamente à decisão administrativa continua a ser a instrumentalização de um importante controle social da incidência efetiva dos pressupostos fáticos e jurídicos aptos a ensejar a juridicidade e a legitimidade do ato de revogação ou anulação do certame como a melhor solução possível.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Decreto nº 10.024/2019. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/573456>. Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.

_____. *Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015*. Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8538.htm. Acesso em: 13 jul. 2021.

_____. Departamento Nacional do Registro do Comércio. *Instrução Normativa DNRC nº 103, de 30 de abril de 2007*. Dispõe sobre o enquadramento, reenquadramento e desenquadramento de microempresa e empresa de pequeno porte, constantes da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, nas Juntas Comerciais. [S. l.]: Normas Legais, [2013a]. [Revogada]. Disponível em: http://www.normaslegais.com.br/legislacao/indnrc103_2007.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.

_____. *Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006*. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 13 jul. 2021.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.

_____. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 13 jul. 2021.

_____. *Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 13 jul. 2021.

_____. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021d. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.

_____. Ministério da Defesa. Consultoria Jurídica. *Parecer nº 00573/2016/CONJUR-MD/CGU/AGU*. Brasília, DF: Ministério da Defesa, 2016b.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Validade da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT, de 20 de março de 2012*. [S. l.]: Comprasnet, 2012. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/noticias/detalhaAviso.asp?ctdCod=530>. Acesso em: 13 jul. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Agravo em Recurso Especial nº 309.867/ES*. Administrativo. Licitação. Empresa em recuperação judicial. Participação. Possibilidade. Certidão de falência ou

concordata. Interpretação extensiva. Descabimento. Aptidão econômico-financeira. Comprovação. Outros meios. Necessidade [...]. Agravante: Tracomal Terraplenagem e Construções Machado Ltda – em recuperação judicial. Agravado: Município de Vitória. Relator: Min. Gurgel de Faria, 26 de junho de 2018a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300649473&dt_publicacao=08/08/2018. Acesso em: 13 jul. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 41.969/DF*. Comercial e processo civil. Falência. Alienação judicial. Nulidade. Ação própria. Edital. Jornal de grande circulação. A ação própria a desconstituição de venda judicial de bem arrecadado em processo de falência é a anulação do ato jurídico (Art. 486, do CPC) [...]. Recorrentes: Carlos Alberto de Almeida Netto – Espólio e outro; Ronaldo Ferreira Dias e cônjuge. Recorridos: Construtora Embramar S/A e outros. Relator: Min. Costa Leite, 14 de abril de 1998. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199300353861&dt_publicacao=26/10/1998. Acesso em: 12 jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula do STF*. [Brasília, DF]: STF, 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf. Acesso em: 13 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 299/2015*. Representação. Possíveis irregularidades em pregão eletrônico conduzido pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná – UTFPR. Conhecimento e procedência parcial considerados em assentada anterior, com fixação de prazo para que a entidade adotasse providências com vistas à anulação do ato administrativo correspondente [...]. Responsável: Hewlett-Packard Brasil Ltda. Entidade: Universidade Tecnológica Federal do Paraná – UTFPR. Relator: Min. Vital do Rêgo, 25 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/299%252F2015/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 12 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 694/2014*. Representação. Possíveis irregularidades em pregão eletrônico para contratação de serviço de produção de materiais gráficos. Conhecimento. Adoção de medida cautelar, ante a presença dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* [...]. Interessado: Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União. Entidade: Secretaria de Controle Externo do TCU no Estado de Minas Gerais. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo do TCU no Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Valmir Campelo, 26 de março de 2014a. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/694%252F2014/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 13 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 1.197/2010*. Representação de unidade técnica. Possíveis irregularidades em processo de alienação de imóvel mediante permuta. Revogação do certame licitatório. Desmembramento do imóvel, com transferência de parcela dele a outro órgão da União e alienação do restante a governo estadual [...]. Interessada: Secex/RO. Entidade: Comando da 12ª Região Militar – CE/MD. Unidade Técnica: Secex/RO. Relator: Min. Augusto Sherman, 26 de maio de 2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1197%252F2010/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 12 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 1.201/2020*. Representação. Pregão. Contratação de serviços de dragagem de manutenção no Porto de Santos/SP. Índices de irregularidades no edital. Solicitação de adoção de medida cautelar. Ausência dos pressupostos. Indeferimento. Cinco indícios improcedentes [...]. Interessada: DTA Engenharia Ltda. Entidade: Autoridade Portuária de Santos S.A. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia). Relator: Min. Vital do Rêgo, 13 de maio de 2020b. Disponível

em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1201%252F2020/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 13 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 1.211/2021*. 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 [...]. Entidade: Diretoria de Abastecimento da Marinha. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog). Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 26 de maio de 2021e. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1211%252F2021/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 13 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 1.240/2008*. Representação. Pedido de suspensão cautelar de licitação da Infraero. Índícios de irregularidade na concorrência para construção de terminal de cargas no aeroporto internacional de Porto Alegre. Licitação suspensa pela entidade [...]. Interessada: MPD Engenharia Ltda. Entidade: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero. Unidade Técnica: Secex/RS. Relator: Min. André de Carvalho, 25 de junho de 2008. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1240%252F2008/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 13 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 1.819/2018*. Relatório de auditoria, no âmbito da FOC realizada no Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE. Irregularidades e impropriedades identificadas no estado da Federação auditado. Medida cautelar suspendendo a execução de registros de preços com indícios de sobrepreço nos lotes destinados às microempresas e às empresas de pequeno porte [...]. Interessada: Natan Distribuidora de Gêneros Alimentícios Eireli – ME. Entidade: Entidades/Orgãos do Governo do Estado do Paraná. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Paraná (Secex-PR). Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 8 de agosto de 2018b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1819%252F2018/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 13 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 2.627/2013*. Representação, com pedido de medida cautelar. Supostas irregularidades ocorridas em procedimento licitatório para aquisição de equipamentos laboratoriais. Cautelar concedida. Vício insanável no motivo determinante do ato de inabilitação. Nulidade. Determinação. Ciência. Representante: Biovera Equipamentos e Serviços Ltda. – ME. Entidade: Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Valmir Campelo, 25 de setembro de 2013b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2627%252F2013/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 13 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão de Relação nº 3.113/2016*. Entidade: Senado Federal. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog). Relator: Min. Augusto Nardes, 7 de dezembro de 2016c. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3113%252F2016/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 12 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 3.178/2016*. Pedidos de reexame em representação de licitante. Pregão eletrônico. Discussões acerca das atribuições e responsabilidades da equipe de apoio e do escopo da fiscalização a ser procedida pela autoridade que homologa o certame [...]. Recorrentes: Davi José Franco da Silva; Hermano Albuquerque de Castro; Maria

José Lopes Martins. Entidade: Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur). Relatora: Min. Ana Arraes, 7 de dezembro de 2016d. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/?KEY:JURISPRUDENCIA-SELEZIONADA-30873/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/sinonimos%3Dtrue. Acesso em: 13 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (2. Câmara). *Acórdão nº 7.105/2014*. Representação. Possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 134/ADR/SBRJ/2014 – Infraero para contratação de serviços de adequação da climatização da sala de embarque do aeroporto Santos Dumont/RJ. Conhecimento. Improcedência. Ciência. Arquivamento. Representante: Wap Air Refrigeração Ltda. Entidade: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro – Secex/RJ. Relator: Min. Marcos Bemquerer, 18 de novembro de 2014b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/7105%252F2014/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 13 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmulas nº 001 a 289*. [Brasília, DF]: TCU, [2016e]. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>. Acesso em: 13 jul. 2021.

GOIÁS. *Lei nº 17.928, de 27 de dezembro de 2012*. Dispõe sobre normas suplementares de licitações e contratos pertinentes a obras, compras e serviços, bem como convênios, outros ajustes e demais atos administrativos negociais no âmbito do Estado de Goiás. [S. l.]: LegisWeb, [2015]. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=303133>. Acesso em: 12 jul. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

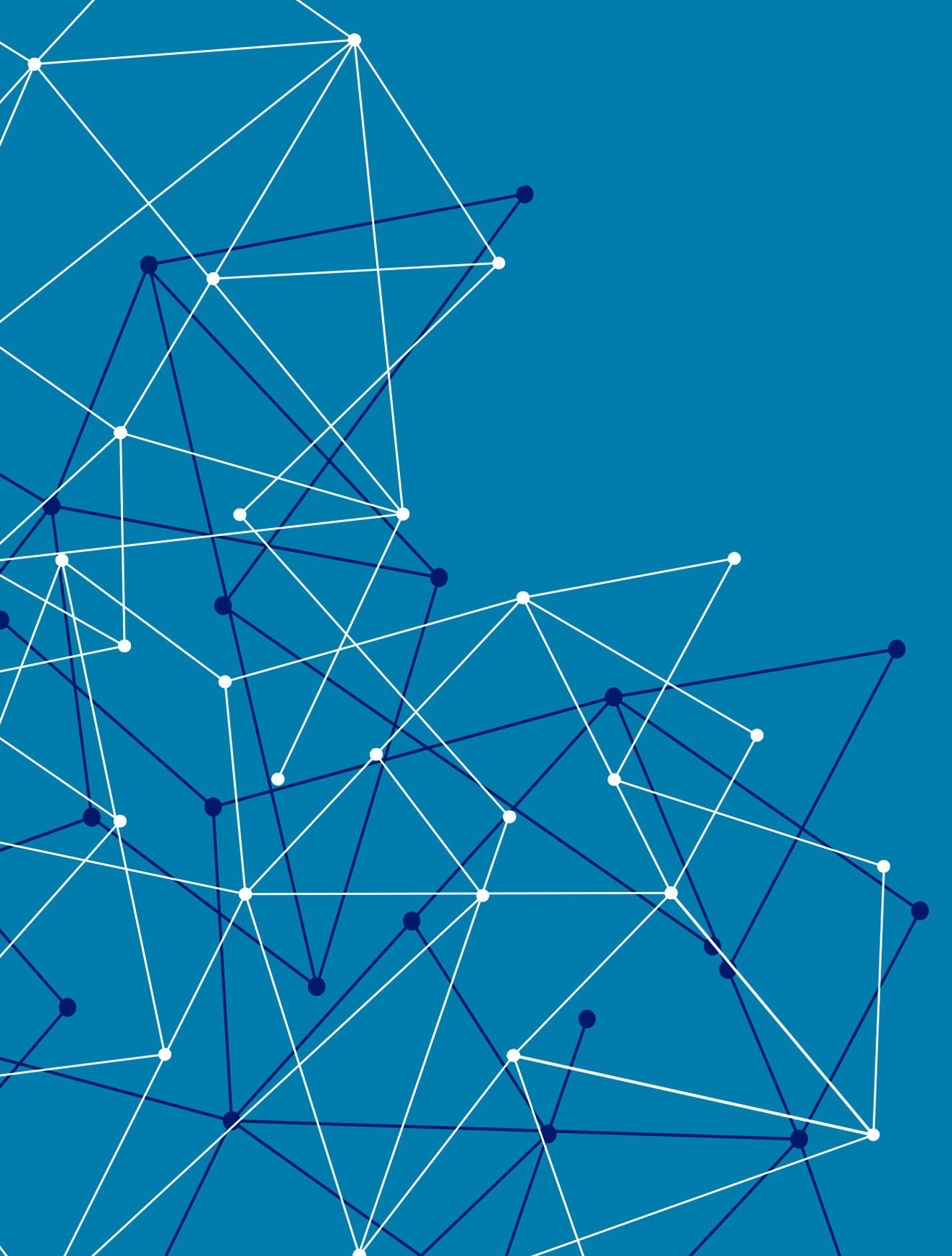
NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação com cota reservada para microempresas e empresas de pequeno porte. *Revista Zênite*: ILC: Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, v. 23, n. 264, p. 142-152, fev. 2016.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. 10 tópicos mais relevantes do projeto da nova Lei de Licitação e Contrato. *ONLL*: Observatório da Nova Lei de Licitações, [s. l.], 18 dez. 2020. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/12/18/10-topicos-mais-relevantes-do-projeto-da-nova-lei-delicitacao-e-contrato/>. Acesso em: 12 jul. 2021.

OTERO, Paulo. *Direito do procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1.

REVISTA ZÊNITE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS – ILC. Curitiba: Zênite, n. 37, p. 239, mar. 1997.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.



Capítulo 6

Procedimentos especiais

Como visto no Capítulo 1, as contratações públicas são viabilizadas por meio de um procedimento administrativo formal, cujo fluxo é estruturado na legislação de regência, incluindo as disposições de natureza regulamentar.

Quanto ao *processo de licitação pública* a que alude o inciso XXI do art. 37 da CRFB, a forma de realização do procedimento é estabelecida de acordo com a *modalidade licitatória* aplicável (ver Capítulo 4).

Contudo, há procedimentos específicos previstos na Lei nº 14.133/2021 que não qualificam uma estrutura de modalidade. A bem da verdade, tratar-se-ia de procedimentos *especiais* ou *auxiliares*, aptos a conferir o devido suporte à Administração para viabilizar contratações mais eficazes, dinamizar a fase preparatória e reduzir os custos transacionais intrínsecos ao trâmite processual e à relação entre o Poder Público e o mercado privado.

Nesse sentido, a NLL estabelece um capítulo próprio para a disciplina dos chamados *instrumentos* ou *procedimentos auxiliares*, arrolando-os no art. 78: “I – credenciamento; II – pré-qualificação; III – procedimento de manifestação de interesse; IV – sistema de registro de preços; V – registro cadastral” (BRASIL, 2021b).

As audiências e consultas públicas mencionadas no art. 21 da Lei nº 14.133/2021 também se afiguram como importantes instrumentos de auxílio na realização da fase preparatória dos processos de contratação.

Maior pormenorização e o estabelecimento de regras específicas dos *procedimentos especiais* poderão ocorrer não apenas com base na edição de legislação complementar ou suplementar por Estados, Distrito Federal e Municípios, mas também mediante regulamentação (ato normativo secundário) no âmbito de cada Poder e órgão dotado de autonomia constitucional.

1 Registro cadastral

Com o objetivo de reduzir os custos de transação e dinamizar a interação dos agentes de mercado (potenciais fornecedores) com os órgãos e entidades públi-

cas, o art. 87 da Lei nº 14.133/2021 prevê o dever de a Administração utilizar um sistema de registro cadastral unificado, integrado ao PNCP.

Como destinatário do cadastro, esse artigo faz alusão ao termo *licitante*, cujo conceito, de acordo com o art. 6º, IX, da NLL, contempla “pessoa física ou jurídica, ou consórcio de pessoas jurídicas, que participa ou manifesta a intenção de participar de processo licitatório, sendo-lhe equiparável, para os fins desta Lei, o fornecedor ou o prestador de serviço que, em atendimento à solicitação da Administração, oferece proposta” (BRASIL, 2021b). Trata-se, portanto, do fornecedor a ser contratado pela Administração mediante licitação, dispensa ou inexigibilidade.

Considerando a diretriz de realização de licitações eletrônicas e a necessidade de uma prévia providência de cadastramento do licitante para o acesso à plataforma de realização do certame, é recomendável o estabelecimento de um cadastro unificado para centralizar a base de dados sobre os fornecedores, reunindo as informações que comprovem os requisitos de habilitação arrolados no artigo. Ademais, o próprio art. 70, II, da NLL estabelece que a documentação de habilitação poderá ser “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” (BRASIL, 2021b).

Note-se que é “proibida a exigência, pelo órgão ou entidade licitante, de registro cadastral complementar para acesso a edital e anexos” (art. 87, § 2º).

1.1 O chamamento público anual

Conforme determina o § 1º do art. 87 da NLL, o sistema de registro cadastral unificado será público e deverá ser amplamente divulgado e estar permanentemente aberto aos interessados, sendo obrigatória ao menos uma vez por ano a veiculação – no PNCP e no sítio eletrônico oficial do órgão – do *chamamento público* para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados.

1.2 O requerimento de cadastro

Como o cadastro deve ser permanente, a qualquer tempo o interessado poderá apresentar requerimento de inscrição ou atualização, devendo fornecer os elementos necessários exigidos para a habilitação na Lei nº 14.133/2021.

Em face da sua especialização e área de atuação, os inscritos serão classificados por categorias, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econô-

mica avaliada de acordo com as regras do cadastramento previamente divulgadas no sítio eletrônico oficial.

O deferimento da inscrição no registro cadastral será formalizado mediante a emissão de um certificado.

Caso o fornecedor deixe de satisfazer às exigências estabelecidas na NLL ou em regulamento, a qualquer tempo o registro cadastral poderá ser alterado, suspenso ou cancelado.

1.3 Registros de reputação do fornecedor

Os §§ 3º e 4º do art. 88 da Lei nº 14.133/2021 tratam de um importante mecanismo informacional acerca da *reputação* dos fornecedores, e não apenas da reunião dos requisitos de habilitação porventura fixados.

A avaliação do desempenho pretérito do licitante na execução dos contratos apresenta repercussões objetivas no sistema da NLL: a) a contemplação da *reputação* na pontuação técnica quando adotado o critério de julgamento *técnica e preço* (§ 6º do art. 36 e inciso III do art. 37); e b) a comprovação de qualificação técnico-operacional nos termos do art. 67, II.

De acordo com o § 3º do art. 88 da Lei nº 14.133/2021, poderá constar do registro cadastral unificado a realização, por órgão ou entidade contratante, do cumprimento das obrigações assumidas pelo fornecedor. Essa avaliação mencionará eventuais penalidades aplicadas e o desempenho do fornecedor na execução contratual, aferido com base em indicadores objetivamente definidos.

Estabelece o § 4º do mesmo art. 88 que a anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado

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 (BRASIL, 2021b).

Tal dispositivo menciona um “cadastro de atesto de cumprimento de obrigações”, também referido no inciso III do § 3º do art. 174 da NLL, ao estabelecer que a funcionalidade será oferecida pelo PNCP.

1.4 Possibilidade de realização de licitação restrita a fornecedores cadastrados

Nos termos do § 3º do art. 87 da NLL, “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” (BRASIL, 2021b).

Em caso de licitação restrita, o § 6º do art. 88 admite a participação do licitante que ainda não tenha obtido a certificação de inscrição no cadastro, mas já tenha apresentado o requerimento nos termos do *caput* do mesmo art. 88. Nessa hipótese, caso ele venha a sagrar-se vencedor, a celebração do contrato ficará condicionada à emissão do respectivo certificado.

2 Audiência e consulta pública

Uma das grandes dificuldades enfrentadas pelo Estado na realização de suas contratações é justamente a assimetria de informações em relação à lógica e à estrutura de funcionamento do mercado capazes de atender às necessidades da Administração.

Além dos entraves instrucionais e da própria limitação de conhecimento dos agentes públicos para a definição da solução mais adequada – o que se pretende superar com estudos técnicos preliminares –, há sérias restrições à delimitação de metodologia e à formação de preços, contemplando os custos transacionais projetados pelo mercado ao contratar com a Administração.

Por isso, ainda na fase preparatória da contratação há que se valorizar a postura de maior diálogo entre a Administração e o mercado. Para tanto, o art. 21 da Lei nº 14.133/2021 trata da *audiência pública* e da *consulta pública*:

Art. 21. A Administração poderá convocar, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis, audiência pública, presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados.

Parágrafo único. A Administração também poderá submeter a licitação a prévia consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado (BRASIL, 2021b).

Da leitura do *caput* e do parágrafo único do art. 21 da NLL depreende-se uma sutil diferença entre *audiência* e *consulta*:

Audiência pública

Há uma interação síncrona (presencial ou eletrônica) dos agentes públicos com os interessados.

Consulta pública

Não há uma reunião propriamente dita. Na consulta, a Administração torna disponíveis alguns dos elementos da fase preparatória para que em determinada plataforma de interação os interessados registrem de forma assíncrona as suas sugestões.

Nas palavras de Bittencourt (2014, p. 421), “a audiência pública é um instrumento do diálogo entre a Administração Pública e a sociedade, na busca de soluções para as demandas sociais de toda a ordem, propiciando ao cidadão a possibilidade de troca de informações com o administrador público”. Ou seja, o escopo da norma é garantir que o cidadão tenha o direito de exercer uma efetiva influência junto à Administração na especificação do objeto da licitação e na formulação das regras e demais exigências a serem inseridas no edital.

2.1 Formalidades

A NLL é silente quanto aos atos da sessão pública da audiência (seja presencial, seja virtual), bem como ao agente público competente para a condução dos atos; limita-se a estabelecer as formalidades da antecedência mínima de sua convocação: oito dias úteis.

Compreende-se que o comunicado da realização da audiência ou da consulta pública deverá ser veiculado ao menos no PNCP e no sítio eletrônico do órgão, em atenção ao *caput* do art. 54 da NLL e do art. 7º, VI, da Lei nº 12.527/2011.

Logo que convocada a audiência ou a consulta, a Administração deverá tornar disponíveis todas as informações pertinentes e os documentos porventura já elaborados na fase preparatória.

3 Procedimento de manifestação de interesse

Nas palavras de Fortini e Rainho (2019), o

procedimento de manifestação de interesse – PMI consiste em um instrumento propiciador da cooperação privada na construção do ato convocatório e anexos de um eventual procedimento licitatório, por meio do qual a administração pública, a partir da

exposição de suas demandas, recebe estudos, levantamentos, investigações ou projetos que deverão, para fins de real aproveitamento, passar pelo crivo do ente demandante.

O procedimento de manifestação de interesse (PMI) tem sua origem normativa no art. 21 da Lei nº 8.987/1995, que trata de concessões e permissões de serviços públicos, também aplicável às chamadas *parcerias público-privadas* (PPPs) por força do art. 3º da Lei nº 11.079/2004. O detalhamento do PMI foi estabelecido pelo Decreto nº 8.428/2015.

Com o advento da Lei nº 14.133/2021, o PMI passa a ser cabível, em tese, para as contratações públicas em geral relacionadas a “soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública” (art. 81, NLL).

Com a publicação do *edital de chamamento público*, por meio do PMI a Administração apresenta ao mercado sua pretensão de realizar uma futura contratação de solução não usualmente disponível no mercado e que demande um desenvolvimento customizado à demanda administrativa, almejando, dessa forma, que os agentes privados apresentem e realizem estudos, investigações, levantamentos e projetos necessários ao desenvolvimento da *solução inovadora*.

O *produto* do PMI serão os artefatos (estudos, investigações, levantamento e projetos) que comporão a fase preparatória de um futuro processo de contratação, de modo que, nos termos do § 3º do art. 81 da NLL, a aceitação do produto está condicionada à emissão pela Administração de

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 (BRASIL, 2021b).

Dispõe o § 2º do art. 81 que, selecionado o produto do PMI que represente em termos técnicos e econômicos a solução mais adequada para a Administração a fim de compor o objeto da futura contratação, ao agente privado responsável pela solução “escolhida” não será atribuído o direito de preferência no futuro certame a ser eventualmente realizado e, também, não lhe será conferido, “por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração”.

Segundo o § 1º e o inciso IV do § 2º do mesmo art. 81, o ressarcimento ao agente privado pelos dispêndios relacionados ao desenvolvimento dos estudos, investigações, levantamentos e projetos deverá ser realizado pelo vencedor da futura licitação para a contratação do objeto delineado com base nos artefatos obtidos após o PMI.

3.1 PMI restrito a *startups*

Dispõe o § 4º do art. 81 da NLL que o PMI poderá restringir-se 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 (BRASIL, 2021b).

Quanto ao tema, vale mencionar o marco legal das *startups* e do empreendedorismo inovador instituído pela LC nº 182/2021. Nos termos do seu art. 4º, “são enquadradas como *startups* as organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, cuja atuação se caracteriza pela inovação aplicada a modelo de negócios ou a produtos ou serviços ofertados” (BRASIL, 2021a).

Relativamente às contratações de objetos que envolvam “soluções inovadoras” que venham a ser desenvolvidas por *startups*, os arts. 13 a 15 da LC nº 182/2021 estabelecem procedimentos especiais de licitação e regras específicas para a relação contratual.

4 Pré-qualificação

O art. 6º, XLIV, da Lei nº 14.133/2021 define a pré-qualificação como o “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” (BRASIL, 2021b).

Com objetivo semelhante ao do *registro cadastral* (ver tópico 1 deste Capítulo), a pré-qualificação assegura maior eficiência aos procedimentos de seleção dos fornecedores e a redução dos custos transacionais, antecipando à própria disputa os atos de habilitação de licitantes e qualificação de bens.

Contudo, o art. 80 da NLL estende o cabimento da pré-qualificação não apenas com o foco na pré-seleção do fornecedor em si (*pré-habilitação*), mas também na pré-seleção do objeto a ser contratado (*pré-classificação*), que, com base na previsão do § 5º, poderá ser *bem* ou *serviço*:

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 (BRASIL, 2021b).

Consoante o § 10 do art. 80 da Lei nº 14.133/2021, admite-se a realização de licitação com a participação apenas dos fornecedores pré-habilitados ou condicionada à oferta de bens pré-classificados.

4.1 O procedimento de pré-qualificação

O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição de interessados, admitindo-se a sua realização em grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores.

O resultado da pré-qualificação deverá ser obrigatoriamente divulgado e mantido à disposição do público, observando-se que os bens e os serviços pré-classificados deverão integrar o catálogo de bens e serviços da Administração.

A pré-qualificação de fornecedores poderá ser parcial ou total, com alguns ou com todos os requisitos técnicos ou de habilitação necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes.

Conforme o § 3º do art. 80, o detalhamento do procedimento de pré-qualificação deverá ser estabelecido no instrumento convocatório, que necessariamente contemplará: a) as informações mínimas necessárias para a definição do objeto; e b) a modalidade, a forma da futura licitação e os critérios de julgamento.

Os documentos serão apresentados a órgão ou comissão indicados pela Administração, que deverá examiná-los no prazo máximo de “10 (dez) dias úteis” e determinar a correção ou a reapresentação de documentos, quando for o caso, com vistas à ampliação da competição.

Quanto ao prazo, dispõe o § 8º do art. 80 que a pré-qualificação, ainda que possa ser atualizada a qualquer tempo, terá validade de no máximo “1 (um) ano”, observado em cada caso o prazo de validade dos documentos apresentados pelos interessados.

5 Credenciamento

A análise do cabimento e do procedimento do credenciamento será desenvolvida no tópico 2.4 do Capítulo 7.

6 Sistema de Registro de Preços

O Sistema de Registro de Preços (SRP) é um *conjunto de procedimentos formais* com o objetivo de registrar preços para contratações futuras.

O inciso XLV do art. 6º da Lei nº 14.133/2021 apresenta o conceito legal do SRP: “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” (BRASIL, 2021b).

De forma diversa da adotada no regime do art. 15 da Lei nº 8.666/1993 – que se limitou a estabelecer balizas gerais sobre o SRP preconizando a necessidade de regulamentação pela União, Estados e Municípios –, a Lei nº 14.133/2021 dedicou uma seção própria ao instituto (Seção V do Capítulo X do Título II), incorporando em grande parte aspectos procedimentais regulamentados no Decreto nº 7.892/2013.

Saliente-se que o SRP não é nova modalidade de licitação, mas um instrumento auxiliar das licitações e contratações para a aquisição de bens e a contratação de serviços mediante a adoção das modalidades concorrência e pregão (art. 6º, XLV, da NLL).

No § 5º do art. 82 da NLL são definidas as condições gerais para a utilização do SRP:

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 (BRASIL, 2021b).

A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que poderão advir: faculta-se a realização de licitação específica para a aquisição pretendida e é assegurada ao beneficiário do registro a preferência de fornecimento em igualdade de condições.

Entre as vantagens do SRP, podem-se destacar: a) a superação de dificuldades relacionadas aos contingenciamentos orçamentários e ao fracionamento ilegal de despesas; b) a possibilidade de realização de compras compartilhadas entre entes públicos, permitindo significativa obtenção de ganho de escala e de celeridade nas contratações; e c) a viabilização das chamadas aquisições *just in time*, tornando desnecessários os custos financeiros e operacionais com a formação e gerenciamento de estoque.

O SRP é cabível: a) quando, dadas as características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes; b) quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à

Administração para o desempenho de suas atribuições; c) quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para o atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; e d) quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Por conseguinte, não cabe o SRP para a contratação imediata de bens e serviços, com quantitativos certos e determinados, sem que haja previsão de parcelamento de entregas do objeto.

Definições legais relacionadas ao SRP

[art. 6º da NLL]

Ata de registro de preços: "documento vinculativo e obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, no qual são registrados o objeto, os preços, os fornecedores, os órgãos participantes e as condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no edital da licitação, no aviso ou instrumento de contratação direta e nas propostas apresentadas".

Órgão ou entidade gerenciadora: "órgão ou entidade da Administração Pública responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e pelo gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente".

Órgão ou entidade participante: "órgão ou entidade da Administração Pública que participa dos procedimentos iniciais da contratação para [o] registro de preços e integra a ata de registro de preços".

Órgão não participante ("carona"): "órgão ou entidade da Administração Pública que não participa dos procedimentos iniciais da licitação para registro de preços e não integra a ata de registro de preços" (BRASIL, 2021b).

6.1 Objeto do registro de preços

O SRP objetiva a definição dos fornecedores e respectivos preços, em relação aos "bens e serviços, inclusive de obras e serviços de engenharia" de que a Administração necessita (ou estima que necessitará) periodicamente; tal definição deve ocorrer num momento anterior ao da efetiva necessidade.

O art. 85 da NLL condiciona a adoção do SRP para obras e serviços de engenharia à observância de dois requisitos: a) a existência de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional; e b) a necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado.

Busca-se, assim, antecipar os procedimentos de seleção do detentor da proposta mais vantajosa, possibilitando à Administração que, diante de uma necessidade, possa simplesmente contratar com aquele que já foi selecionado anteriormente por meio do competente processo licitatório.

6.2 Procedimento de realização

A realização do SRP poderá ser processada mediante *licitação* e, na forma do regulamento, com base em hipóteses de *dispensa* e *inexigibilidade*.

6.2.1 SRP mediante licitação

No caso da realização do SRP mediante licitação, necessariamente deverão ser adotadas as modalidades *pregão* ou *concorrência* (art. 6º, XLV, NLL) e o critério de julgamento de *menor preço* ou *maior desconto* (art. 82, V, NLL).

Conforme estabelece o art. 82 da Lei nº 14.133/2021, além das demais exigências estabelecidas em regulamento, o edital de licitação para o SRP 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 (BRASIL, 2021b).

A fase preparatória e o processo de licitação são conduzidos pelo órgão gerenciador, que, previamente à abertura do certame, deverá observar o procedimento de Intenção de Registro de Preços (IRP), tratado no tópico 6.2.3.

Realizado todo o procedimento licitatório, será assinada a ARP, por meio da qual será formalizado o compromisso de futura contratação.

Ao órgão gerenciador também caberá gerenciar a ARP: sempre que solicitado, ele providenciará a indicação dos fornecedores para o atendimento às necessidades da Administração, obedecendo à ordem de classificação e aos quantitativos de contratação definidos pelos participantes da Ata.

6.2.2 SRP com base em processos de dispensa e inexigibilidade de licitação

Nos termos do § 6º do art. 82 da NLL, a realização do registro de preços oriundo de contratação direta somente será admitida em duas situações:

- a) a aquisição de bens, ainda que não haja órgãos participantes; e
- b) a contratação de serviços nos casos de compra compartilhada, isto é, com ao menos um órgão participante do processo de dispensa ou inexigibilidade.

6.2.3 Intenção de registro de preços

Incorporando a prática estabelecida no art. 4º do Decreto nº 7.982/2013, o art. 86 da NLL instituiu a IRP, procedimento prévio à licitação e à efetivação da contratação direta para a realização do SRP.

A IRP é necessária para viabilizar a participação de outros órgãos nos procedimentos iniciais do SRP, integrando desde o início a própria ARP realizada pelo órgão gerenciador.

Desse modo, antes mesmo da elaboração do edital, a IRP será divulgada eletronicamente, “pelo prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis”, para viabilizar o registro da manifestação de órgãos interessados em participar da futura licitação ou contratação direta para a formação de registro de preços.

Os órgãos interessados deverão informar os itens e respectivos quantitativos de interesse; após o transcurso do prazo de divulgação da IRP, caberá ao órgão gerenciador aceitar ou recusar motivadamente a manifestação de interesse. Uma vez

aceitos, os quantitativos informados pelos órgãos participantes serão consolidados no quantitativo total a ser informado no edital da futura licitação ou no aviso de contratação direta.

Ainda que estabelecido como um procedimento em tese necessário, de acordo com o § 1º do art. 86 da NLL é possível o afastamento da realização da IRP desde que de forma justificada pelo órgão gerenciador.

6.2.3.1 O órgão participante

O art. 6º, XLVIII, da NLL conceitua *órgão participante* como o “órgão ou entidade da Administração Pública que participa dos procedimentos iniciais da contratação para registro de preços e integra a ata de registro de preços” (BRASIL, 2021b).

O órgão participante vincula-se ao SRP desde o início do procedimento (portanto, antes mesmo da realização da licitação), formalizando sua integração com base na IRP, oportunidade em que manifesta expressamente o seu interesse em participar, informando ao órgão gerenciador o objeto de interesse (bens ou serviços) o quantitativo do consumo pretendido e o local de entrega e fornecimento do objeto.

Mesmo na qualidade de órgão participante, deverá o interessado realizar a fase preparatória da contratação, elaborando os respectivos ETP e TR em relação ao objeto que pretende adquirir, incluindo a realização de pesquisa de mercado como forma de demonstrar a *vantajosidade* da participação em detrimento da realização de um procedimento licitatório próprio.

Finalizado o procedimento da IRP e deferido o pedido de participação pelo órgão gerenciador, o quantitativo informado pelo órgão participante é incorporado ao edital e à respectiva ARP a ser formalizada.

Note-se que haverá apenas uma ARP, na qual serão discriminados os quantitativos destinados ao órgão gerenciador e aos órgãos participantes, cabendo a cada um deles adotar as providências necessárias ao acionamento da ARP em relação aos seus respectivos quantitativos.

6.2.4 Realização de registro de preços com agrupamento de itens

Conforme o art. 40, IV, *b*, da NLL, deve ser observada como regra a adoção do critério de julgamento *por item*; especificamente no SRP, conforme preconiza o § 1º do art. 82, admite-se como exceção a possibilidade de formação de *grupos* de itens ou a adoção do critério de menor preço *global* se 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” (BRASIL, 2021b).

Nesse contexto, desde que devidamente justificada na fase preparatória, é factível a licitação para o registro de preços que venha a resultar na assinatura de uma ARP composta por diversos itens e que tenha como fornecedor beneficiário o licitante declarado vencedor do certame por ter proposto o menor preço para o grupo.

Todavia, a despeito do agrupamento dos itens para a realização da licitação, observa-se como prática recorrente na Administração Pública o *acionamento*, de forma isolada, de itens específicos da ARP.

Diante dessa realidade, depreende-se do Acórdão nº 2.695/2013 (Plenário), ainda sob a égide da Lei nº 8.666/1993, que o TCU, mesmo não vedando categoricamente a possibilidade de acionamento isolado de itens em ARP formada por grupos, passou a determinar aos órgãos gerenciadores que não realizassem o acionamento isolado de itens quando o valor do respectivo item contido na proposta do fornecedor signatário da ARP não se evidenciasse como o menor valor válido da licitação.

Com efeito, é possível que o licitante que oferte o melhor valor total do grupo não ofereça, em relação aos demais concorrentes, os menores valores para todos os itens que compõem o respectivo grupo; por esse motivo, a Administração deve ter a máxima cautela diante da necessidade de acionamento parcial de itens específicos do grupo correspondente à ARP.

Por conseguinte, de acordo com o TCU, somente é possível o acionamento unitário da ARP quando de fato o valor de tal item for o menor valor válido registrado durante a fase de lances do pregão eletrônico. Caso contrário, diante da existência de um valor unitário inferior registrado por outro licitante que não o beneficiário da ARP, em tese será vedado o acionamento do item em questão.

O mero fato de existir para determinado item um valor nominal registrado inferior à oferta do licitante beneficiário da ARP não acarreta necessariamente a vedação de acionamento preconizada pelo TCU, porquanto esse *menor valor nominal* pode não ser o menor valor unitário *válido* para aquele item. Como exemplo, poder-se-ia desconsiderar um menor valor nominal registrado por uma empresa impedida de licitar com o órgão ou entidade licitante (invalidade do preço por ausência de condição de participação) ou quando seja possível constatar que a marca ou modelo do produto ofertado não atende objetivamente a determinado requisito técnico mínimo fixado no edital.

A admissibilidade excepcional de acionamento isolado de item da ARP foi positivada no § 2º do art. 82 da Lei nº 14.133/2021, que condiciona tal acionamento à “prévia pesquisa de mercado e demonstração de sua vantagem para o órgão ou entidade”.

6.3 Cadastro de reserva

O inciso VII do art. 82 da Lei nº 14.133/2021 prevê a possibilidade de formação de um *cadastro de reserva* composto pelos demais licitantes participantes que “aceitem cotar o objeto em preço igual ao do licitante vencedor, assegurada a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação” (BRASIL, 2021b).

Dessa forma, definido o resultado do certame quanto ao vencedor e às condições de sua respectiva oferta, deverá ser assegurada aos demais concorrentes a manifestação formal do interesse em integrar o cadastro de reserva.

A relação dos fornecedores interessados constará de anexo à ARP a ser firmada com o fornecedor vencedor do certame. A manifestação de vontade do licitante em integrar o cadastro de reserva vincula-o juridicamente durante o período de vigência da ARP.

A convocação dos licitantes registrados no cadastro de reserva será realizada em duas hipóteses: a) quando o convocado não assinar a ata de registro de preços no prazo e condições estabelecidos; e b) quando a ARP assinada com o licitante vencedor for cancelada nas hipóteses previstas no edital (art. 82, IX).

Havendo a necessidade de *acionamento do cadastro de reserva*, a convocação dar-se-á conforme a sequência da classificação original do certame, mesmo que todos os integrantes desse cadastro se tenham comprometido a ofertar o objeto com o mesmo preço do vencedor da licitação.

Somente na oportunidade da convocação formal a Administração deverá verificar as condições de habilitação estabelecidas no edital da licitação em relação ao fornecedor cadastrado. Isto é, o acionamento do cadastro de reserva não representará uma espécie de “retorno” ao procedimento licitatório, que a rigor se encontra devidamente concluído desde a homologação.

6.4 Prazo de duração da ARP

Nos termos do art. 84 da NLL, o prazo de vigência da ARP “será de 1 (um) ano e poderá ser prorrogado, por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso” (BRASIL, 2021b).

A ARP tem validade apenas enquanto subsistir quantitativo do objeto disponível. Logo, a vigência da Ata expirará caso o órgão gerenciador já tenha adquirido a totalidade do quantitativo do objeto cujo preço foi registrado, mesmo que isso ocorra num prazo menor que um ano, eventualmente prorrogado por mais um.

6.5 A formalização da ARP

Homologado o resultado da licitação e respeitada a ordem de classificação e a quantidade de fornecedores a serem registrados, o órgão gerenciador convocará os interessados para a assinatura da ARP, que, após cumpridos os requisitos de publicidade, terá o efeito de compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas.

6.6 A formalização da contratação dos fornecedores registrados e o acionamento da ARP

A contratação com os fornecedores registrados será formalizada pelo órgão interessado por intermédio de instrumento contratual, emissão de nota de empenho de despesa, autorização de compra ou outro instrumento similar, conforme dispõe o art. 95 da NLL.

Dado o disposto no parágrafo único do art. 84 da Lei nº 14.133/2021, evidencia-se a distinção entre a ARP e o instrumento contratual decorrente de seu efetivo acionamento. O termo de contrato (ou suas formas alternativas previstas no art. 95 da NLL) tem por escopo formalizar as relações jurídicas obrigacionais estabelecidas entre Administração e o fornecedor que teve seus preços registrados na ARP. Em outras palavras, o instrumento contratual formaliza os contratos celebrados com base na ARP.

Em virtude da diferença entre a ARP e o instrumento contratual derivado de seu acionamento, as possibilidades de alterações qualitativas e quantitativas previstas no art. 124 da Lei nº 14.133/2021 são aplicáveis aos contratos decorrentes do SRP.

Nos termos do parágrafo único do art. 84, os contratos decorrentes da ARP “terão sua vigência estabelecida em conformidade com as disposições nela contidas”. A depender do objeto, tais contratos poderão ter sua vigência alterada nas hipóteses previstas nos artigos 107 e 111 da NLL, desde que tenham sido assinados no prazo de validade da respectiva ata que lhes deu origem.

6.7 Possibilidade de alteração das condições registradas na ARP

Assim como a Lei nº 8.666/1993, a NLL não dispôs sobre pormenores da eventual admissibilidade de alteração dos preços registrados; deixou, pois, a especificação das condições para o regulamento no âmbito de cada ente federativo e de cada Poder.

A bem da verdade, o inciso VI do art. 82 da NLL determina a necessidade de o edital de licitação para registro de preços dispor sobre “as condições para alteração de preços registrados”.

A viabilidade da alteração dos preços – tanto para reduzi-los quanto para majorá-los, a depender da conjuntura do mercado – será pautada em regulamento ou no edital. Trata-se, pois, de norma de cunho específico; observada a autonomia regulamentar (ver tópico 2.6 do Capítulo 1), poderá haver disciplina diversa entre os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a respeito da (im)possibilidade de alteração dos preços registrados na própria ARP¹.

6.8 Adesão tardia: a figura do *carona*

A Lei nº 14.133/2021, nos §§ 2º a 8º do art. 86, incorpora em ato normativo primário a possibilidade de adesão tardia à ARP, assim como historicamente previsto no art. 8º do Decreto nº 3.931/2001 e no art. 22 do Decreto nº 7.892/2013².

Dessa maneira, permite-se a qualquer órgão e entidade que não tenha assumido, na época própria, a posição formal de órgão participante, a utilização da ARP – daí a designação *carona*.

Tal utilização, porém, não se dá de forma plena, como ocorre com os órgãos inicialmente admitidos como participantes, em vista de a *adesão* ficar sujeita a três condições: a) a apresentação de justificativa da vantagem da adesão, inclusive em situações de provável desabastecimento ou descontinuidade de serviço público; b) a demonstração de que os valores registrados estão compatíveis “com os valores praticados pelo mercado”, na forma do art. 23 da NLL; e c) a prévia consulta e aceitação do órgão ou entidade gerenciadora e do fornecedor.

LIMITES DE ADESÃO NO CASO DE CARONA (§§ 4º E 5º DO ART. 86 DA NLL)

Limite de adesão por órgão ou entidade (limite individual)	As aquisições ou contratações decorrentes da adesão “não poderão exceder, por órgão ou entidade, a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos” registrados na ARP.
Limite total de adesão da ARP (limite global)	O quantitativo decorrente das adesões “não poderá exceder, na totalidade, ao dobro do quantitativo de cada item” registrado na ARP, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem.

Fonte: elaborado pelo autor com base na Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021b).

¹ Para compreender melhor a questão, ver Motta e Amorim (2020).

² Por materializar uma espécie de contratação direta sem a promoção de licitações pelo órgão aderente, a doutrina considerava inconstitucional a possibilidade de adesão prevista em ato regulamentar. Com efeito, a banalização do instituto da adesão, gerando uma indiscriminada “venda” de ARP por todo o País, suscitou movimentos regulamentares de restrição, como se verificou com a edição do Decreto nº 9.488/2018. Contudo, mantinha-se o apontamento de inconstitucionalidade pelo fato de a adesão continuar prevista em ato normativo secundário (regulamento). Com a incorporação do instituto pela NLL (ato normativo primário) e tendo em vista a previsão contida na primeira parte do inciso XXI do art. 37 da CRFB, vislumbramos o arrefecimento daquela discussão.

Para as contratações destinadas à “execução descentralizada de programa ou projeto federal” ou à “aquisição emergencial de medicamentos e material de consumo médico-hospitalar”, as adesões tardias não estarão sujeitas ao limite global de que trata o § 5º do art. 86 da Lei nº 14.133/2021.

6.8.1 Vedação de adesão verticalizada

Como nítida norma de caráter específico, o § 8º do art. 86 da Lei nº 14.133/2021 veda aos órgãos e entidades da Administração Pública a adesão à ARP gerenciada por órgão ou entidade estadual, distrital ou municipal.

Por sua vez, o § 3º do mesmo art. 86 preconiza ser a faculdade de adesão à ARP “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” (BRASIL, 2021b). A seguir a literalidade do dispositivo, diante da ausência de menção aos órgãos municipais como gerenciadores, poder-se-ia chegar ao entendimento da impossibilidade de ARPs municipais serem aderidas. Em nossa compreensão, deve ser conferida ao § 3º uma interpretação conforme a CRFB, pois a conclusão pela impossibilidade de adesão de ARP municipal atentaria contra a estrutura federativa do Estado brasileiro, constituindo um *discrimen* injustificado em relação a um dos entes da Federação – o Município –, autônomo como os demais. Afinal, por qual razão uma ARP municipal não poderia ser aderida por outros entes? Ainda que se diga que o legislador buscou proibir a chamada *adesão verticalizada*, não há razão para um outro órgão municipal vedar adesão de ARP municipal. Em outras palavras: mesmo que se acredite na tese da proibição da adesão verticalizada, ela não seria aplicável a entes da mesma natureza (Municípios). Logo, o raciocínio tendente à proibição de adesão contraditória sua premissa central; e, sendo específica a norma do § 3º, não haveria óbice para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em sua legítima competência normativa concorrente sobre a matéria, tratar do assunto de maneira diversa em relação às suas respectivas estruturas organizacionais.

Com efeito, extraem-se dos §§ 3º e 8º do art. 86 da NLL as seguintes conclusões:

- a) a permissão de adesão tardia à ARP trata-se de uma norma de caráter geral;
- b) a vedação de adesão por órgãos e entidades federais à ARP gerenciada por órgão ou entidade estadual, distrital ou municipal é norma de caráter específico, tendo por destinatários apenas a Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional;

- 
- c) não há vedação de adesão por órgãos e entidades estaduais, distritais e municipais de ARP gerenciada por órgão ou entidade federal e de outros Estados e do Distrito Federal; e
 - d) há que se conferir uma interpretação conforme a CRFB ao § 3º do art. 86 no sentido de ser considerada como apta à adesão às ARPs gerenciadas por órgão ou entidade municipal.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. *Lei Complementar nº 182, de 1º de junho de 2021*. Institui o marco legal das *startups* e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp182.htm. Acesso em: 14 jul. 2021.

_____. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 14 jul. 2021.

FORTINI, Cristiana; RAINHO, Renata Costa. Mudanças no procedimento de manifestação de interesse em face do Decreto 10.104/2019. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 28 nov. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-28/interesse-publico-mudancas-manifestacao-interesse-diante-decreto-101042019>. Acesso em: 14 jul. 2021.

MOTTA, Fabrício; AMORIM, Victor. Revisão de preços registrados em caso de elevação dos valores praticados em mercado no contexto da crise do coronavírus. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 9-16, maio 2020.

Contratação direta: afastamento do dever de licitar

1 Fundamentos para o afastamento do dever de licitar

A regra relativa ao dever de licitar estabelecida no art. 37, XXI, da CRFB admite exceções:

XXI – *ressalvados os casos especificados na legislação*, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, [2021a], grifo nosso).

Contudo, é preciso observar que apenas mediante lei (ato normativo primário) editada pela União será juridicamente viável especificar os casos em que a obrigação de licitar é afastada, porquanto tratar-se-ia – como determina o art. 22, XXVII, CRFB – de norma de caráter geral, cuja competência normativa privativa é da União. Por outro lado, é possível que os Estados e os Municípios editem normas regulamentares com o fito de disciplinar o procedimento detalhado a ser adotado para as contratações diretas em seu âmbito, desde que no caso das dispensas sejam estritamente respeitadas as hipóteses constantes do art. 75 da NLL.

Configurada a hipótese de afastamento do dever de licitação, o administrador estará autorizado a realizar a chamada *contratação direta*, assim qualificada pelo fato de a contratação ocorrer sem o prévio procedimento licitatório, ou seja, *diretamente*.

Diante das hipóteses de contratação direta previstas legalmente, cumpre apresentar uma classificação conceitual e a sua correspondência na Lei nº 14.133/2021:

- a) *Licitação inexigível* é aquela em que há inviabilidade de competição (art. 74);
- b) *Licitação dispensável* é aquela que desobriga a instauração de procedimento licitatório, caso seja conveniente ao interesse público (art. 75); e

c) *Licitação dispensada* é aquela cuja realização é afastada pela própria lei, relacionada com a alienação de bens imóveis e móveis pertencentes ao Poder Público, não havendo sequer a opção para o administrador realizar eventual certame (art. 76).

2 Inexigibilidade de licitação

A *inexigibilidade de licitação* justifica-se nas hipóteses de inviabilidade prática de competição. O elenco instituído pelo art. 74 da NLL não é exaustivo, mas exemplificativo, de modo que se admitem outras hipóteses em que se verifica a inexigibilidade de realização do procedimento licitatório.

Tal raciocínio hermenêutico fica claramente corroborado pela redação da parte final do *caput* do art. 74, que dispõe ser a licitação inexigível “em especial” naqueles casos. Logo, existem outras situações nas quais a licitação se mostraria inviável, estando as hipóteses mais comuns veiculadas nos três incisos do mesmo artigo.

2.1 Fornecedor exclusivo

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 (BRASIL, 2021b).

A hipótese refere-se às situações em que a Administração almeja contratar a prestação de determinado serviço ou promover a aquisição de determinado bem ou produto fornecido por apenas um produtor ou empresa, ou quando a sua comercialização é feita por representante comercial exclusivo. Como é impossível obter mais de uma proposta, é patente a inviabilidade de competição.

Em regra, a Lei nº 14.133/2021 *veda a preferência por marca*, com o claro propósito de evitar que o administrador indique determinada marca justamente para configurar a situação de unicidade de produtor, fornecedor ou representante e, assim, realizar a contratação direta, sem licitação. A exclusividade que justifica a contratação direta é a de produto, não a de marca: se existem diversas marcas de um mesmo tipo de produto, deve ser realizada a licitação por haver competição.

Entretanto, nos casos previstos no art. 41 da NLL em que se admite a indicação de marca, desde que devidamente justificada, se ficar comprovado no processo administrativo que só há um fornecedor para tal produto (ou representante comercial exclusivo), estará configurada a inviabilidade de competição.

Quanto à forma de demonstração da inviabilidade de competição, o § 1º do art. 74 da NLL dispõe que poderá ser apresentado “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 comerciais exclusivos, vedada a preferência por marca específica” (BRASIL, 2021b).

2.2 Contratação de serviços artísticos

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

[...]

II – contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (BRASIL, 2021b).

O inciso II do art. 74 apresenta uma hipótese típica de inviabilidade de competição, visto que, em se tratando de serviços artísticos, é impossível estabelecer padrões e critérios objetivos para o julgamento de propostas para escolher o “melhor” serviço.

Assim, é admitida a contratação direta de qualquer profissional do *setor artístico* – em todas as suas dimensões: artes cênicas, plásticas, musicais etc. –, desde que o contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

A inviabilidade de competição somente se configurará se o(a) artista for contratado(a) diretamente (sem intermediário) ou mediante empresário exclusivo. Ou seja, se é possível a contratação interposta do(a) profissional por empresários distintos, haverá em tese o pressuposto para se realizar uma licitação.

Consoante o § 2º do art. 74, “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” (BRASIL, 2021b). O mesmo dispositivo preconiza a inviabilidade da contratação direta por inexigibilidade no caso de “empresário com representação restrita a evento ou local específico”.

Quanto à publicidade da contratação por inexigibilidade do artista, o § 2º do art. 94 da NLL veicula regra específica, determinando que, na divulgação do instrumento contrato nos meios legais (PNCP e sítio eletrônico oficial), deverão ser identificados “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” (BRASIL, 2021b).

2.3 Contratação de serviços técnicos especializados

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

[...]

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 (BRASIL, 2021b).

O dispositivo versa sobre os elementos necessários à configuração de inexigibilidade de licitação no caso de serviços técnicos especializados, porquanto em regra tais serviços devem ser licitados com a preferencial adoção do critério de julgamento *técnica e preço* (art. 36, § 1º, I, NLL).

Haverá o afastamento do dever de licitar desde que presentes os seguintes requisitos:

- 1) o serviço técnico deve constar do *rol do inciso III do art. 74 da NLL*; e
- 2) o *profissional* ou a *empresa* prestadora do serviço deverá ter *notória especialização*, ou seja, deverá ser, “no campo de sua especialidade”, manifestamente conceituado(a) em vista do “desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades” que permitam inferir que o seu trabalho seja “essencial e reconhecidamente *adequado* à plena satisfação do objeto do contrato” (art. 74, § 3º, NLL (BRASIL, 2021b)).

Ao se referirem ao trabalho do notório especialista, tanto o § 3º do art. 74 quanto o inciso XIX do art. 6º da Lei nº 14.133/2021 utilizam o termo *adequado*; diferem, pois, da redação do § 3º do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, que se valia da expressão *o mais adequado* ao tratar do conceito *notória especialização*. Ademais, ainda quanto aos requisitos para a configuração da inexigibilidade de que trata o inciso III do art. 74, a Lei nº 14.133/2021 não faz alusão à *natureza singular* do serviço, assim como o fazia o art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993.

Ocorre que, em relação aos “serviços especializados de natureza predominantemente intelectual”, inegavelmente há uma clara predominância do aspecto subjetivo, *porquanto, em consideração à notória e manifesta* expertise do profissional ou da empresa, a Administração almeja uma contratação mais tendente a assegurar a qualidade e a eficiência do serviço necessário ao atendimento da demanda administrativa. Daí considerarmos que a singularidade do serviço estaria ínsita na hipótese de inexigibilidade de que trata o inciso III do art. 74 da NLL, uma vez que, *a contrario sensu*, se se tratasse de um serviço *não singular*, ordinário ou corriqueiro, haveria pleno cabimento de competição, desconfigurando, assim, o pressuposto da inexigibilidade: a inviabilidade de competição em razão da impossibilidade de estabelecimento de critérios objetivos de comparação entre os trabalhos ofertados por profissionais ou empresas de notória especialização.

Nesse sentido, destacamos o posicionamento de Niebuhr (2021):

A inexigibilidade pressupõe inviabilidade de competição. Os próprios *caput* do artigo 30 da Lei n. 13.303/2016 e *caput* do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 condicionam as hipóteses previstas nos seus incisos à inviabilidade de competição. O decisivo é que não há inviabilidade de competição para a contratação de serviços que não sejam singulares, que sejam ordinários e comuns, ainda que eventualmente se pretenda contratar profissional ou empresa de notória especialização. Sucede que serviços ordinários e comuns, que não são serviços singulares, podem ser prestados por quaisquer profissionais ou empresas e não necessariamente por profissionais ou empresas de notória especialização.

[...]

A existência de critérios objetivos para comparar propostas impõe a obrigatoriedade de licitação pública, sendo que a inexigibilidade ocorre somente nas hipóteses em que o serviço pretendido pela Administração Pública é apreciado por critérios subjetivos.

[...]

Dessa forma, as hipóteses de inexigibilidade do inciso II do artigo 30 da Lei n. 13.303/2016 e do inciso III do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 são sim condicionadas e dependem de serviços singulares, não encontrando lugar para a contratação de serviços ordinários e comuns. O fundamento legal literal não reside no inciso II do artigo 30 da Lei n. 13.303/2016 ou no inciso III do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021, porém nas cabeças dos referidos artigos, que condicionam qualquer inexigibilidade à inviabilidade de competição e, sendo assim, ainda que não o façam de forma expressa, remetem à singularidade.

Note-se que, apesar de também não se referir à *natureza singular* do serviço especializado, a compreensão doutrinária¹ e jurisprudencial² do art. 30 da Lei nº 13.303/2016

¹ Ver Barcelos (2018, p. 199) e Guimarães e Santos (2017, p. 83).

² Ver Acórdão nº 2.761/2020 do TCU (Plenário).

(Lei das estatais) é no sentido de considerar inerente ao pressuposto da inviabilidade de competição o requisito da singularidade.

2.4 Contratação por meio de credenciamento

Embora mencionada no inciso IV do art. 74 da Lei nº 14.133/2021 como hipótese exemplificativa de inexigibilidade de licitação, a contratação “por meio de credenciamento” refere-se ao procedimento em si, sendo a inviabilidade prática de competição ou a impossibilidade de fixação de critérios objetivos de julgamento entre distintos ofertantes o pressuposto que verdadeiramente conferiria fundamento para a inexigibilidade.

Mesmo diante da ausência de previsão na Lei nº 8.666/1993, a jurisprudência do TCU consagrou o entendimento da relevância e pertinência do *credenciamento* como instrumento salutar para que a Administração,

nas hipóteses de inviabilidade de competição, efetue a contratação direta entre diversos fornecedores previamente cadastrados que satisfaçam os requisitos da administração, em especial o preço. Assim, o credenciamento nada mais é do que a contratação direta entre fornecedores cuja habilitação já foi verificada pela administração, pelo preço por ela definido (BRASIL, 2013)³.

Conforme orientações emanadas do Acórdão nº 351/2010 do TCU (Plenário), o credenciamento pode ser considerado hipótese de inviabilidade de competição quando observados requisitos como:

- a) a contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão;
- b) a garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido; e,
- c) a demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas dessa forma (BRASIL, 2017).⁴

Com efeito, dada a prática administrativa desenvolvida, o art. 79 da Lei nº 14.133/2021 arrola exemplificativamente as hipóteses em que se admitiria o credenciamento:

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;

³ Voto do ministro Marcos Bemquerer Costa no Acórdão nº 768/2013 do TCU (Plenário).

⁴ Voto do ministro Augusto Sherman no Acórdão nº 2.504/2017 do TCU (1ª Câmara).

III – *em mercados fluidos*: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de [fornecedor] por meio de processo de licitação (BRASIL, 2021b, grifos nossos).

O parágrafo único do art. 79 da NLL confere ao *regulamento* a atribuição de por menorizar o procedimento do credenciamento, limitando-se a estabelecer as seguintes regras mínimas:

- a) 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;
- b) o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação;
- c) deverá ser prevista no edital a vedação de cometimento a terceiros (“subcontratação”) do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;
- d) deverá ser admitida a denúncia (iniciativa extrajudicial de um dos contratantes para a extinção do contrato) por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.
- e) na hipótese do inciso I do *caput* do art. 79 da NLL, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;
- f) nas hipóteses dos incisos I e II do *caput* do art. 79 da NLL, deverá definir o valor da contratação; e
- g) na hipótese do inciso III do *caput* do art. 79 da NLL, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação.

2.5 Aquisição ou locação de imóvel singular

No intento de superar a controvérsia jurisprudencial relacionada à possibilidade de aquisição ou locação de imóvel pela Administração por meio de inexigibilidade em vista do panorama da Lei nº 8.666/1993⁵, o inciso V do art. 74 da Lei nº 14.133/2021 – em razão da singularidade do bem e da consequente inviabilidade de competição – prevê como hipótese de inexigibilidade a “aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha” (BRASIL, 2021b).

⁵ De acordo com o art. 24, X, da Lei nº 8.666/1993, a aquisição ou locação direta de imóvel é prevista como hipótese de dispensa de licitação.

Para isso, o § 5º do dispositivo determina que cumulativamente devem estar presentes na instrução do processo 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 (BRASIL, 2021b, grifos nossos).

Observe-se que a NLL não manteve o requisito previsto no inciso X do art. 24 da Lei nº 8.666/1993 quanto à finalidade e destinação do bem (“atendimento das finalidades precípua da administração”); sob a égide do novo regime, basta a presença concomitante dos pressupostos estabelecidos no § 5º do art. 74.

3 Licitação dispensável

As hipóteses para que o administrador deixe de realizar licitação como condição para contratar estão *taxativamente* previstas no art. 75 da Lei nº 14.133/2021, em virtude de se tratar de uma exceção ao dever constitucional de realizar licitação previamente à celebração do contrato (art. 37, XXI, CRFB).

Portanto, em tais casos, será discricionária a decisão de fazer ou não a licitação, conforme critérios de conveniência e oportunidade da Administração.

Por ser um *rol exaustivo*, não se admite a fundamentação de dispensabilidade de licitação com base na analogia, na presunção e em outros recursos interpretativos que vão além da expressa literalidade normativa.

No âmbito da Administração federal direta, autárquica e fundacional, foi editada a Instrução Normativa Seges nº 67/2021 instituindo o Sistema de Dispensa Eletrônica como ferramenta informatizada “para a realização dos procedimentos de contratação direta de obras, bens e serviços, incluídos os serviços de engenharia” (BRASIL, 2021c).

3.1 Dispensa em razão do valor do objeto da contratação

Os incisos I e II do art. 75 da Lei nº 14.133/2021 preveem que poderá ser dispensada a licitação a contratação de:

- a) *obras e serviços de engenharia*: “valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais)”;
- b) *serviços de manutenção de veículos automotores*: “valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais)”;

c) *demais serviços e compras*: “valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)”.

Para a apuração desses limites de valores, na forma do disposto no § 1º do mesmo art. 75 deverão ser considerados: “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” (BRASIL, 2021b).

Assim, a Lei nº 14.133/2021 objetiva evitar a configuração do chamado *fracionamento indevido* que ocorre quando se *divide* o objeto da contratação com o intuito de formar partes cujos valores individualmente considerados se amoldam aos limites que legitimam a dispensa de licitação. Exemplo: uma obra avaliada em R\$ 240.000,00 é fracionada em três partes, cada qual estimada em R\$ 80.000,00. Nessa situação, a Administração promove três dispensas de licitação e, assim – de maneira indevida –, não realiza qualquer certame prévio à contratação.

Note-se que o § 2º do art. 75 prevê que os limites de valores mencionados “serão duplicados para compras, obras e serviços contratados por consórcio público ou por autarquia ou fundação qualificadas como agências executivas na forma da lei” (BRASIL, 2021b).

Cumpra ressaltar que, dada a previsão do § 7º do art. 75, os critérios para a aferição dos valores-limite de que trata o § 1º não seriam aplicáveis para as contratações “de até R\$ 8.000,00 (oito mil reais)” de serviços de manutenção de veículos automotores de propriedade do órgão contratante, incluído o fornecimento de peças.

Quanto ao rito de realização da dispensa, o § 3º do art. 75 estipula que deverá ser realizada preferencialmente uma espécie de procedimento simplificado de disputa, assegurando-se a obtenção de propostas adicionais de eventuais interessados a partir da divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial “pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis”. Nesse caso, deverá ser selecionada a proposta mais vantajosa. Reputa-se que tal procedimento simplificado – no tocante à dispensa pelo valor – foi baseado em experiência exitosa na Administração Pública federal materializada na chamada *cotação eletrônica*, disciplinada pela Portaria nº 306, de 13/12/2001, do MPOG (BRASIL, 2001).

3.2 Dispensa em razão de licitação deserta ou fracassada

Trata o inciso III do art. 75 da hipótese de dispensa em decorrência do fracasso ou da deserção de uma licitação anteriormente realizada, desde que “há menos de 1 (um ano)”:

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 (BRASIL, 2021b).

A hipótese pressupõe que a licitação anterior tenha sido deserta (ausência de *licitantes interessados*) ou fracassada (desclassificação ou inabilitação de todos os participantes do certame). Conforme dispõe o inciso III do art. 59 da NLL, a hipótese tratada na alínea *b* do transcrito inciso III do art. 75 estaria, na verdade, abrangida pela situação versada na alínea *a*.

Por fim, ressalte-se que o contrato decorrente da dispensa de licitação deverá apresentar todas as condições, requisitos e exigências definidas no edital da licitação deserta ou fracassada.

3.3 Dispensa em razão do tipo, origem ou destinação de objeto

O inciso IV do art. 75 da NLL apresenta considerável rol de hipóteses de dispensa de licitação conforme o tipo, a origem ou a destinação do objeto a ser contratado:

IV – para contratação que tenha por objeto:

- a) *bens, componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira* necessários à manutenção de equipamentos, a serem adquiridos do fornecedor original desses equipamentos durante o período de garantia técnica, quando essa condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;
- b) *bens, serviços, alienações ou obras, nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional*, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para a Administração;
- c) *produtos para pesquisa e desenvolvimento*, limitada a contratação, no caso de obras e serviços de engenharia, ao valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais);
- d) *transferência de tecnologia ou licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida*, nas contratações realizadas por instituição científica, tecnológica e de inovação (ICT) pública ou por agência de fomento, desde que demonstrada vantagem para a Administração;
- e) *hortifrutigranjeiros, pães e outros gêneros perecíveis*, no período necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, hipótese em que a contratação será realizada diretamente com base no preço do dia;
- f) *bens ou serviços produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional*;

- g) *materiais de uso das Forças Armadas*, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante autorização por ato do comandante da força militar;
- h) *bens e serviços para atendimento dos contingentes militares das forças singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior*, hipótese em que a contratação deverá ser justificada quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificada pelo comandante da força militar;
- i) *abastecimento ou suprimento de efetivos militares em estada eventual de curta duração* em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento;
- j) *coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis*, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente de pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;
- k) *aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos*, de autenticidade certificada, desde que inerente às finalidades do órgão ou com elas compatível;
- l) *serviços especializados ou aquisição ou locação de equipamentos destinados ao rastreamento e à obtenção de provas* previstas nos incisos II e V do *caput* do art. 3º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, quando houver necessidade justificada de manutenção de sigilo sobre a investigação;
- m) aquisição de *medicamentos destinados exclusivamente ao tratamento de doenças raras* definidas pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2021b, grifos nossos).

Também se podem incluir nessa classificação as previsões dos incisos IX, XII e XVI:

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

[...]

XII – para *contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS)*, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição desses produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia;

[...]

XVI – para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de *insumos estratégicos para a saúde* produzidos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da Administração Pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de

tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, nos termos do inciso XII do *caput* deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à entrada em vigor desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (BRASIL, 2021b, grifos nossos).

3.4 Hipóteses circunstanciais de dispensa de licitação

Afora as hipóteses classificadas nos tópicos anteriores, o art. 75 apresenta variadas circunstâncias que permitem a dispensa de licitação:

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

VII – nos casos de *guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal* ou de *grave perturbação da ordem*;

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

[...]

X – quando a União tiver que *intervir no domínio econômico* para regular preços ou normalizar o abastecimento (BRASIL, 2021b, grifos nossos).

3.5 Hipóteses de dispensa de licitação conforme a natureza jurídica e as características do contratado

Os incisos V, XI, XIII, XIV e XV tratam das hipóteses de dispensa relacionadas à natureza jurídica e as finalidades institucionais dos contratados:

V – para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação constantes da referida Lei;

[...]

XI – para celebração de contrato de programa com *ente federativo ou com entidade de sua Administração Pública indireta* que envolva prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizados em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;

[...]

XIII – para *contratação de profissionais para compor a comissão de avaliação de critérios de técnica*, quando se tratar de profissional técnico de notória especialização;

XIV – para *contratação de associação de pessoas com deficiência*, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgão ou entidade da Administração Pública, para a prestação de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado e os serviços contratados sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência;

XV – para *contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação*, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos (BRASIL, 2021b, grifos nossos).

4 Licitação dispensada

Nos casos de licitação dispensada – taxativamente previstos nos incisos I e II do art. 76 da NLL –, mesmo que exista a possibilidade prática de competição, a própria lei afasta o dever de realizar licitação para viabilizar a alienação de bens imóveis e móveis pertencentes ao Poder Público.

Ao contrário do que ocorre na licitação dispensável, não haverá sequer margem de escolha para o administrador, de modo que o certame não deverá ser realizado se se concretizarem as hipóteses do rol dos incisos I e II do art. 76 da Lei nº 14.133/2021.

4.1 Alienação de bens imóveis

Em regra, seja mediante licitação (na modalidade leilão), seja mediante dispensa, a alienação de bens imóveis pertencentes ao Poder Público dependerá de dois requisitos prévios:

- a) *avaliação quanto ao seu valor de mercado*; e
- b) *autorização legislativa*, salvo se a aquisição do bem imóvel tiver “sido derivada de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento” (art. 76, § 1º, NLL).

O inciso I do mencionado art. 76 trata das hipóteses de licitação dispensada para a alienação de bens imóveis:

I – tratando-se de bens imóveis, inclusive os pertencentes às autarquias e às fundações, exigirá autorização legislativa e dependerá de licitação na modalidade leilão, dispensada a realização de licitação nos casos de:

- a) *dação em pagamento*;

- b) *doação*, permitida exclusivamente *para outro órgão ou entidade da Administração Pública*, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas “f”, “g” e “h” deste inciso⁶;
- c) *permuta por outros imóveis* que atendam aos requisitos relacionados às finalidades precípua da Administração, desde que a diferença apurada não ultrapasse a metade do valor do imóvel que será ofertado pela União, segundo avaliação prévia, e ocorra a torna de valores, sempre que for o caso;
- d) *investidura*⁷;
- e) *venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública* de qualquer esfera de governo;
- f) *alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente usados em programas de habitação ou de regularização fundiária* de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;
- g) *alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis comerciais de âmbito local, com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e destinados a programas de regularização fundiária de interesse social* desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;
- h) *alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária*, atendidos os requisitos legais;
- i) *legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976*, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública competentes;
- j) *legitimação fundiária e legitimação de posse de que trata a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017 (BRASIL, 2021b, grifos nossos)*.

4.2 Alienação de bens móveis

As hipóteses de dispensa de licitação para a alienação de bens móveis são arroladas no inciso II:

II – tratando-se de bens móveis, dependerá de licitação na modalidade leilão, *dispensada a realização de licitação nos casos de:*

- a) *doação*, permitida exclusivamente *para fins e uso de interesse social*, após avaliação de oportunidade e conveniência socioeconômica em relação à escolha de outra forma de alienação;

⁶ De acordo com o § 2º do art. 76 da NLL, os imóveis doados, “cessadas as razões que justificaram sua doação, serão revertidos ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada sua alienação pelo beneficiário” (BRASIL, 2021b).

⁷ Acerca do instituto da *investidura*, o § 5º do art. 76 da NLL dispõe que “por investidura, para os fins desta Lei, [entende-se] a: I – alienação, ao proprietário de imóvel lindeiro, de área remanescente ou resultante de obra pública que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço que não seja inferior ao da avaliação nem superior a 50% (cinquenta por cento) do valor máximo permitido para dispensa de licitação de bens e serviços previsto nesta Lei; II – alienação, ao legítimo possuidor direto ou, na falta dele, ao poder público, de imóvel para fins residenciais construído em núcleo urbano anexo a usina hidrelétrica, desde que considerado dispensável na fase de operação da usina e que não integre a categoria de bens reversíveis ao final da concessão” (BRASIL, 2021b).

- b) *permuta*, permitida exclusivamente *entre órgãos ou entidades da Administração Pública*;
- c) *venda de ações*, que poderão ser *negociadas em bolsa*, observada a legislação específica;
- d) *venda de títulos*, observada a legislação pertinente;
- e) *venda de bens produzidos ou comercializados por entidades da Administração Pública*, em virtude de suas finalidades;
- f) *venda de materiais e equipamentos sem utilização previsível* por quem deles dispõe *para outros órgãos ou entidades da Administração Pública* (BRASIL, 2021b, grifos nossos).

4.3 Concessão de título de propriedade ou de direito real de uso de imóvel

O § 3º do art. 76 da Lei nº 14.133/2021 trata das hipóteses em que a Administração poderá realizar sem prévia licitação a concessão direta de título de propriedade ou de direito real de uso de imóvel:

§ 3º A Administração poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóvel, *admitida a dispensa de licitação, quando o uso destinar-se a:*

I – *outro órgão ou entidade da Administração Pública*, qualquer que seja a localização do imóvel;

II – *pessoa natural que, nos termos de lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, de ocupação mansa e pacífica e de exploração direta sobre área rural*, observado o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009 (BRASIL, 2021b, grifos nossos).

A bem da verdade, diversamente do que se observa nos incisos I e II do art. 76, não se consideram licitações dispensadas propriamente ditas as hipóteses do § 3º de tal dispositivo, porquanto a própria redação se vale da condicionante “admitida a dispensa de licitação”.

Note-se que, na hipótese de que trata o inciso II do § 3º do art. 76, será dispensada a autorização legislativa, devendo ser observados os condicionamentos fixados no § 4º do mesmo dispositivo:

§ 4º A aplicação do disposto no inciso II do § 3º deste artigo será dispensada de autorização legislativa e submeter-se-á aos seguintes condicionamentos:

I – aplicação exclusiva às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1º de dezembro de 2004;

II – submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administrativo de destinação e de regularização fundiária de terras públicas;

III – vedação de concessão para exploração não contemplada na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas ou nas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico;

IV – previsão de extinção automática da concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade pública, de necessidade pública ou de interesse social;

- V – aplicação exclusiva a imóvel situado em zona rural e não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente à exploração mediante atividade agropecuária;
- VI – limitação a áreas de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores;
- VII – acúmulo com o quantitativo de área decorrente do caso previsto na alínea “i” do inciso I do *caput* deste artigo até o limite previsto no inciso VI deste parágrafo (BRASIL, 2021b).

5 Formalidades para a realização de contratação direta

A despeito de a Lei nº 14.133/2021 ter conferido ênfase à *fase preparatória* para todo o procedimento de contratação pública, o art. 72 da NLL reforça a necessidade de formalização de todo o “processo de contratação direta”; conforme a redação do dispositivo, ele “compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação”:

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 (BRASIL, 2021b).

Apesar de exigir para as contratações diretas o mesmo grau de planejamento para os processos que demandem a realização de licitação, o inciso I do art. 72, ao se valer da expressão *se for o caso*, comporta o afastamento justificado (e de acordo com eventual previsão regulamentar nesse sentido) da necessidade de realização de alguns instrumentos como ETP, TR e PB. Desse modo, quanto à dispensa de realização de ETP conforme a realidade da Administração Pública federal, destaca-se a previsão no art. 8º da IN Seges nº 40/2020⁸.

⁸ “Art. 8º A elaboração dos ETP: I – é facultada nas hipóteses dos incisos I, II, III, IV e XI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e II – é dispensada nos casos de prorrogações contratuais relativas a objetos de prestação de natureza continuada” (BRASIL, 2020).

Quanto ao parecer jurídico, além da previsão do inciso III do art. 72, é preciso trazer à luz o tratamento específico conferido pelo § 4º do art. 53 da NLL:

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

[...]

§ 4º Na forma deste artigo, o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos (BRASIL, 2021b, grifos nossos).

Deve-se atentar em que o § 5º do mesmo art. 53 admite a eventual dispensa da análise jurídica

nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico (BRASIL, 2021b).

Relativamente à publicidade, o parágrafo único do art. 72 estabelece que “o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial” (BRASIL, 2021b).

Essa previsão deve ser agregada ao disposto no *caput* do art. 94 da Lei nº 14.133/2021, de modo que – além da disponibilização do inteiro teor do contrato (ou seu instrumento similar) no PNCP – é obrigatória a divulgação no sítio eletrônico oficial do órgão no prazo de “10 (dez) dias úteis” a partir da assinatura.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações e contratos nas empresas estatais*: regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016. Salvador: JusPODIVM, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

_____. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

_____. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital. *Instrução Normativa nº 40, de 22 de maio de 2020*. Dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares – ETP – para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema ETP digital. [Brasília, DF]: Imprensa Nacional, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-40-de-22-de-maio-de-2020-258465807>. Acesso em: 15 jul. 2021.

_____. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital. *Instrução Normativa Seges/ME nº 67, de 8 de julho de 2021*. 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. [Brasília, DF]: Imprensa Nacional, 2021c. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-seges/me-n-67-de-8-de-julho-de-2021-330985107>. Acesso em: 15 jul. 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Portaria nº 306, de 13 de dezembro de 2001*. Aprova a implantação do Sistema de Cotação Eletrônica de Preços, fornece instruções para utilização do sistema e estabelece “Condições Gerais da Contratação”. [S. l.]: Comprasnet, 2001. Disponível em: http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/portarias/p306_01.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 768/2013*. Senar. Auditoria. Cumprimento do Acórdão n. 3.183/2011 – TCU – Plenário. Contratação de bens e serviços. 1) ensino a distância. Fixação do preço em função da prestação potencial do serviço. 2) consultoria e instrutoria [...]. Interessado: Congresso Nacional. Entidade: Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – Administração Central. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Previdência, do Trabalho e da Assistência Social. Relator: Min. Marcos Bemquerer, 3 de abril de 2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/768%252F2013/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 15 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (1. Câmara). *Acórdão nº 2.504/2017*. Monitoramento. Determinações proferidas nas prestações de contas das unidades no período de 2007 a 2009. Controle de contratações diretas. Levantamento de informações. Audiência dos gestores. Acolhimento parcial [...]. Responsáveis: Ovaldir Nardin, Superintendente Corporativo do Sistema Fiep e outros. Entidade: Departamento Regional do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial no Estado do Paraná (Senai/PR); Departamento Regional do Serviço Social da Indústria no Estado do Paraná (Sesi/PR). Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Paraná (Secex-PR). Relator: Min. Augusto Sherman, 2 de maio de 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2504%252F2017/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520>. Acesso em: 15 jul. 2021.



GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das Estatais*: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NIEBUHR, Joel de Menezes. A polêmica da singularidade como condição para a inexigibilidade de licitação que visa à contratação de serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual. *In*: BLOG Zênite. Curitiba, 10 maio 2021. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/a-polemica-da-singularidade-como-condicao-para-a-inexigibilidade-de-licitacao-que-visa-a-contratacao-de-servico-tecnico-especializado-de-natureza-predominantemente-intelectual/>. Acesso em: 15 jul. 2021.



Contratos administrativos

1 Noções gerais

Em uma clássica definição sob a perspectiva jurídico-formal, Meirelles (1990, p. 180) conceitua *contrato administrativo* como “o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições desejadas pela própria Administração”.

Ao contrário da previsão do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 14.133/2021 não veicula um conceito de contrato administrativo.

Estando a Administração num dos polos do contrato, no ordenamento jurídico brasileiro está convencionada¹ a denominação *contrato da administração*. Adotada em sentido amplo, a expressão abrange qualquer contrato celebrado pela Administração Pública, o qual poderá reger-se tanto pelo Direito Público quanto pelo Direito Privado.

Assim, a expressão *contrato da administração* engloba todos os contratos celebrados pela Administração Pública, subdividindo-se em²:

a) *contratos administrativos propriamente ditos*: visam à consecução de objetivos de interesse público. Nessa condição, a Administração participa com supremacia de poder e privilégio administrativo, o que assegura a possibilidade de *cláusulas exorbitantes*. Dividem-se em duas categorias:

i) *contratos administrativos de colaboração*: são aqueles cujo objeto consiste na realização de prestação entre as partes envolvidas (particular e Poder Público), relativa a compras, serviços, obras e alienações. Tal categoria de contrato caracteriza-se pelo estabelecimento de obrigações recíprocas, de modo que a prestação correspondente é executada em face e em proveito da outra parte; e

¹ Ver Justen Filho (2019, p. 1.164).

² Classificação de Justen Filho (2019, p. 1.164-1.167).

ii) *contratos administrativos de delegação*: são os que têm por objeto a delegação a particulares do exercício de atividades estatais relacionadas aos serviços públicos, por meio de concessões e permissões. As regras específicas para essa espécie de contrato estão previstas nas Leis nºs 8.987/1995 e 11.079/2004;

b) *acordos de vontade da Administração*: atos jurídicos de natureza consensual, em que ao menos uma das partes integra a Administração Pública com o objetivo de desenvolver esforços e alocar recursos para a consecução de atividades de interesse coletivo. Exemplos: convênios, termos de cooperação, contratos fiscais e consórcios públicos.

c) *Contratos privados celebrados pela Administração Pública*: atos negociais celebrados entre ente público e terceiros; como consequência, o fato de serem regidos pelo Direito Privado leva a Administração a situar-se no mesmo plano jurídico do particular. Exemplos: locação de bem imóvel, permuta e comodato.

O art. 184 estabelece que os dispositivos da Lei nº 14.133/2021 se aplicam, “no que couber e na ausência de norma específica”, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração. Na relação entre a Administração e as organizações da sociedade civil em regime de mútua cooperação, deve ser observada a Lei nº 13.019/2014 para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco.

1.1 Regime jurídico

Assim como ocorre em relação às licitações, compete à União editar normas gerais de contratação para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional e para as empresas estatais (art. 22, XXVIII, e art. 173, § 1º, III, da CRFB).

O regime contratual da Administração direta, autárquica e fundacional encontra-se estabelecido na Lei nº 14.133/2021 e as disposições específicas estão sob o Título III (“Dos contratos administrativos”).

A despeito de fundadas críticas à concepção de supremacia inexorável do interesse público sobre o particular³, de forma diversa do que se observa nos contratos firmados sob a égide do Direito Privado não há equilíbrio entre as partes, podendo a Administração valer-se das chamadas *cláusulas exorbitantes*, sempre com vistas ao atendimento do interesse público, sob pena de desvio de finalidade.

³ Ver Binenbojm (2008, p. 29-33).

Com efeito, a justificativa para a aplicação de um regime jurídico especial voltado à supremacia e ao tratamento diferenciado da Administração na relação contratual residiria no fato de os contratos administrativos contarem com a necessária participação do Poder Público e serem instrumentos para a busca e proteção do interesse coletivo (MELLO, 2009, p. 69-75).

As *cláusulas exorbitantes*, inerentes ao regime jurídico-administrativo⁴, são as que extrapolam o padrão comum dos contratos em geral com o fim de conferir vantagem à Administração Pública. Com tais prerrogativas, a Administração é posta em situação de superioridade em relação ao particular contratado.

Encontra-se no art. 104 da NLL o grupo de cláusulas exorbitantes:

CLÁUSULAS EXORBITANTES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	
<i>modificação unilateral</i>	Obedecidos os limites e formalidades do art. 124 da NLL, a Administração poderá <i>unilateralmente</i> determinar a alteração do contrato, desde que motivada pelo interesse público e desde que não prejudique os direitos do contratado.
<i>rescisão unilateral</i>	É possível a extinção do contrato por iniciativa unilateral da Administração tanto por razões de interesse público como por descumprimento de cláusula contratual pelo contratado (art. 138, I, da NLL).
<i>fiscalização</i>	A Administração tem o poder-dever de fiscalizar efetivamente a execução do contrato (art. 117, da NLL).
<i>sanções ao contratado</i>	Em caso de inadimplemento contratual e de outras violações contratuais, a Administração pode aplicar ao contratado as sanções previstas no art. 156 da NLL.
<i>ocupação provisória</i>	A Administração detém a prerrogativa de ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de: a) risco à prestação de serviços essenciais; e b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

Fonte: elaborado pelo autor com base na Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021a).

1.2 Aplicação da cláusula *exceptio non adimpleti contractus*

A despeito da supremacia da Administração no âmbito dos contratos administrativos, entende-se pela possibilidade de aplicação da *exceção do contrato não cum-*

⁴ De acordo com Mello (2009, p. 55), as pedras de toque do regime jurídico-administrativo seriam os princípios da *supremacia do interesse público sobre o privado* e da *indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos*.

prido (regra típica dos contratos privados) em benefício do particular contratado nas hipóteses previstas nos incisos II, III e IV do § 2º do art. 137 da NLL:

- a) suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo “superior a 3 (três) meses”;
- b) repetidas suspensões que totalizem “90 (noventa) dias úteis”, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas; e
- c) atraso “superior a 2 (dois) meses”, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos.

Em tais situações, com esteio no art. 137, § 3º, II, da NLL, é garantido ao contratado o *direito* de “optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até a normalização da situação” (BRASIL, 2021a). O exercício dessa opção independe de concordância da Administração e de eventual concessão de provimento judicial, tratando-se de verdadeiro direito potestativo do particular contratado. Por conseguinte, diante de inadimplemento substancial pela Administração, o particular contratado pode exercer a prerrogativa – unilateralmente e sem necessidade da *tutela jurisdicional* – de suspender a execução do contrato. Nesse sentido, destaca-se o entendimento do STJ (ainda sob o regime do art. 78, XV, da Lei nº 8.666/1993) firmado no REsp nº 910.802/RJ:

- 4. Com o advento da Lei 8.666/93, não tem mais sentido a discussão doutrinária sobre o cabimento ou não da inoponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração, ante o teor do art. 78, XV, do referido diploma legal. Por isso, despidiend a análise da questão sob o prisma do princípio da continuidade do serviço público.
- 5. Se a Administração Pública deixou de efetuar os pagamentos devidos por mais de 90 (noventa) dias, pode o contratado, licitamente, suspender a execução do contrato, sendo desnecessária, nessa hipótese, a tutela jurisdicional porque o art. 78, XV, da Lei 8.666/93 lhe garante tal direito (BRASIL, 2008, p. 1).

Todavia, vale ressaltar a importância da devida formalização da opção e de notificação prévia da Administração. Logo, diante da comprovada ocorrência das hipóteses autorizativas previstas nos incisos II, III e IV do § 2º do art. 137 da NLL e formalizada a comunicação com fundamento legal, o particular estaria autorizado a abster-se (postura omissiva) de executar o contrato administrativo.

Saliente-se que no mesmo § 2º do art. 137 a Lei nº 14.133/2021 previu o direito do particular contratado de pugnar pela extinção do contrato administrativo nas seguintes hipóteses:

§ 2º O contratado terá direito à extinção do contrato nas seguintes hipóteses:

I – supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras que acarrete modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no art. 125 desta Lei;

II – suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses;

III – repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas;

IV – atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos;

V – não liberação pela Administração, nos prazos contratuais, de área, local ou objeto, para execução de obra, serviço ou fornecimento, e de fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas pelo contrato à Administração relacionadas a desapropriação, a desocupação de áreas públicas ou a licenciamento ambiental (BRASIL, 2021a).

2 Elementos básicos do contrato administrativo (cláusulas necessárias)

De acordo com o art. 89 da NLL, os contratos administrativos regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de Direito Público, e a eles se aplicam supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de Direito Privado.

Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam. Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e aos da respectiva proposta.

O art. 92 da Lei nº 14.133/2021 apresenta as cláusulas necessárias em todo contrato administrativo:

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

I – o objeto e seus elementos característicos;

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

III – a legislação aplicável à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos;

IV – o regime de execução ou a forma de fornecimento;

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

- VI – os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento;
- VII – os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, quando for o caso;
- VIII – o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- IX – a matriz de risco, quando for o caso;
- X – o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;
- XI – o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;
- XII – as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;
- XIII – o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;
- XIV – os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo;
- XV – as condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- XVI – a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;
- XVII – a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;
- XVIII – o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento;
- XIX – os casos de extinção (BRASIL, 2021a).

Destaque-se também a necessidade de os contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas (inclusive as domiciliadas no exterior) conterem cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual. As exceções à regra de estabelecimento do foro no Brasil são previstas nos incisos I a III do § 1º do art. 92 da NLL.

3 Convocação do particular para a assinatura do contrato

Após a homologação do procedimento licitatório (art. 71, IV) ou autorizada a contratação do fornecedor selecionado após o procedimento de dispensa ou inexigibilidade

de (art. 72, VIII), desponta a necessidade de convocar o particular para a assinatura do termo de contrato.

Note-se que entre a homologação da licitação e a assinatura do contrato há um importante hiato entre as macrofases do processo de contratação pública, sendo conveniente a regulamentação orgânica no âmbito de cada órgão ou entidade (art. 8º, § 3º, da NLL) para a definição dos fluxos internos e das competências relativas às providências de convocação do particular, análise da documentação necessária à assinatura do contrato (art. 91, § 4º, da NLL) e demais atribuições concernentes à emissão do comprovante de prévia reserva orçamentária (empenho prévio) e publicidade do instrumento contratual (PNCP).

Consoante o art. 90 da Lei nº 14.133/2021, a convocação do particular para a assinatura do contrato dar-se-á de acordo “com os prazos e condições estabelecidas no edital da licitação”. Portanto, a despeito de prever a possibilidade de apenas uma prorrogação “por igual período”, a NLL não fixa um prazo determinado nem para a convocação em si e nem para o particular assinar o contrato, sendo matéria de regulação necessária no instrumento convocatório.

É prudente que a Administração realize a convocação ao menos dentro do prazo de validade das propostas (regulado no edital), porquanto, escoado tal prazo, “ficarão os licitantes liberados dos compromissos assumidos” (art. 90, § 3º, NLL).

Caso o particular não atenda à convocação feita dentro do prazo de validade da proposta e deixe de assinar o instrumento contratual no prazo estipulado, decairá do direito à contratação, e ficará sujeito às sanções previstas no art. 156 da NLL e no edital de licitação. Nos termos do § 5º do art. 90 da Lei nº 14.133/2021, a recusa injustificada do particular em assinar o contrato ou em aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo estabelecido pela Administração caracterizará o descumprimento total da obrigação assumida e o sujeitará às penalidades legalmente estabelecidas e à imediata perda da garantia de proposta em favor do órgão ou entidade licitante.

No caso de não assinatura tempestiva do contrato ou de não retirada do “instrumento equivalente”, na dicção do § 2º do mesmo art. 90 será facultado à Administração “convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação” para a celebração do contrato nas condições propostas pelo licitante vencedor.

Caso nenhum dos licitantes remanescentes aceite celebrar o contrato “nas condições propostas pelo licitante vencedor”, observados o valor estimado e sua eventual atualização nos termos do edital, a Administração poderá: a) “convocar os licitantes remanescentes para negociação, na ordem de classificação, com vistas à obtenção de preço melhor, mesmo que acima do preço do adjudicatário”; e b) “adjudicar e

celebrar o contrato nas condições ofertadas pelos licitantes remanescentes, atendida a ordem classificatória, quando frustrada a negociação de melhor condição” (BRASIL, 2021a).

Ainda que o contrato tenha sido assinado e sua execução tenha sido parcialmente realizada pelo licitante vencedor, diante da extinção do contrato com parte pendente do objeto o § 7º do art. 90 da NLL prevê a possibilidade de convocação dos “demais licitantes classificados para a contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento em consequência de rescisão contratual” (BRASIL, 2021a), observados os critérios estabelecidos nos §§ 2º e 4º do mesmo artigo para as condições e valores das propostas.

4 Formalismo dos contratos administrativos

O contrato administrativo é formal: em regra, deve ser celebrado na forma escrita.

Segundo dispõe o art. 91 da Lei nº 14.133/2021, os contratos e seus aditamentos terão forma escrita e serão juntados ao processo que tiver dado origem à contratação; admite-se a forma eletrônica se atendidas as exigências previstas em regulamento.

O contrato administrativo deverá ser formalizado por meio de um *instrumento*. Entende-se por *instrumento* o documento hábil a exteriorizar a vontade pactuada. Via de regra, deverá ser adotado o *termo de contrato*, admitindo-se os chamados *instrumentos substitutivos* nas hipóteses arroladas nos incisos I e II do art. 95 da NLL:

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 (BRASIL, 2021a, grifos nossos).

O mesmo art. 95 apresenta alguns exemplos de instrumentos substitutivos: a *carta-contrato*, a *nota de empenho de despesa*, a *autorização de compra* e a *ordem de execução do serviço*. Como o rol não é exaustivo, admite-se qualquer outro instrumento apto a fixar as características das obrigações firmadas.

Termo de contrato

Documento contratual formal, contendo, de forma expressa e descritiva, todas as cláusulas obrigatórias do art. 92 da NLL.

Nota de empenho

Documento que formaliza o empenho da despesa, entendido como “o ato emanado de autoridade competente que cria para o estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição” (art. 58 da Lei nº 4.320/1964). Para cada empenho será extraído um documento denominado *nota de empenho*, que indicará “o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria” (art. 61 da Lei nº 4.320/1964 [BRASIL, [1982]]).

Ordem de execução do serviço

Documento escrito por meio do qual a Administração formaliza a notificação ao fornecedor para que inicie a execução de serviço.

Independentemente do *instrumento*, todo contrato deve mencionar: os nomes das partes e os de seus representantes; a finalidade; o ato que autorizou sua lavratura; o número do processo da licitação ou da contratação direta; e a sujeição dos contratantes às normas da Lei nº 14.133/2021 e às cláusulas contratuais.

4.1 Exceção ao contrato escrito

A forma do contrato é sempre *escrita*, sendo *nulo* o contrato que contrarie essa regra.

Contudo, há que se observar uma hipótese excepcionalíssima prevista no § 2º do art. 95 da NLL, em que se admite a *forma verbal* nas hipóteses de pequenas compras ou de prestação de serviços de pronto pagamento cujo valor não ultrapasse “R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”. A bem da verdade, tal previsão caracteriza uma espécie de convalidação *ex lege* da contratação verbal, que, conforme a primeira parte do § 2º do art. 95, seria nula e sem nenhum efeito.

Trata-se, portanto, de uma exceção a incidir em casos concretos que, pelas suas circunstâncias, afastem pontualmente as formalidades da contratação escrita. Por conseguinte, não pode ser tomada como salvo-conduto para de antemão afastar a necessidade de planejamento e transparência da contratação.

4.2 Publicidade dos contratos

De acordo com o art. 94 da Lei nº 14.133/2021, a divulgação do instrumento de contrato e de seus aditamentos no PNCP é condição indispensável para sua *eficácia*.

Frise-se que a NLL exige a disponibilidade da íntegra do contrato e dos termos aditivos no PNCP e não apenas a publicação de um extrato com informações resumidas sobre a avença.

A publicidade dos contratos no PNCP deverá ser providenciada pela Administração nos seguintes prazos:

- a) *contratos decorrentes de licitação*: “20 (vinte) dias úteis”, contados da data de sua assinatura; e
- b) *contratos decorrentes de dispensa ou inexigibilidade*: “10 (dez) dias úteis”, contados da data de sua assinatura.

A observância dos prazos de publicidade é condição de *eficácia* do contrato, e não de *validade* ou de *vigência*. O termo inicial de vigência do contrato e de seus aditivos é estabelecido de acordo com o próprio instrumento, podendo referir-se à própria data de assinatura ou a uma data futura; é vedada, contudo, a previsão de data retroativa.

Ainda sob a égide da Lei nº 8.666/1993, o Parecer nº 06/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU firmou entendimento de que “a vigência contratual deve iniciar com a assinatura do contrato ou na data nele indicada, ainda que anterior ou posterior à publicação do extrato de que trata o art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993” (BRASIL, 2014b, p. 1). Assim, considerando o uso da mesma expressão *condição de eficácia* no *caput* do art. 94 da NLL, pode-se inferir a continuidade desse entendimento da AGU sobre a matéria.

4.2.1 Regras específicas de publicidade dos contratos

Os §§ 2º e 3º do art. 94 da NLL estabelecem regras específicas de publicidade dos contratos a depender do objeto da avença:

- a) a divulgação 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; e
- b) no caso de obras, “em até 25 (vinte e cinco) dias úteis após a assinatura do contrato” a Administração deverá providenciar a divulgação dos 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” (BRASIL, 2021a).

5 Garantias contratuais

O art. 96 da Lei nº 14.133/2021 prevê a possibilidade de a autoridade competente estabelecer no edital de licitação a prestação de garantia para a assinatura dos contratos administrativos nas seguintes modalidades:

- a) *caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública*, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia;
- b) *seguro-garantia*; e
- c) *fiança bancária* emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.

A Administração poderá apenas estabelecer a obrigatoriedade de prestação da garantia; contudo, a escolha da modalidade a ser efetivamente adotada no contrato é prerrogativa do contratado.

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.

Especificamente em relação à modalidade *seguro-garantia*, prevê o § 3º do art. 96 da NLL que “o edital fixará prazo mínimo de 1 (um) mês, contado da data de homologação da licitação e anterior à assinatura do contrato” (BRASIL, 2021a), para a apresentação da respectiva apólice. Ainda sobre tal modalidade, o art. 97 da Lei nº 14.133/2021 determina que a apólice deverá garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante a Administração, contemplando inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento. 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.

De acordo com a regra do art. 98, “nas contratações de obras, serviços e fornecimentos [em geral], 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 en-

volvidos”. E, para os contratos que envolvam serviços e fornecimentos contínuos “com vigência superior a 1 (um) ano, assim como nas subseqüentes prorrogações”, a base de cálculo para a incidência do percentual de garantia corresponderá ao valor anual do contrato (BRASIL, 2021a).

5.1 Garantia especial para obras e serviços de engenharia (*performance bond*)

Conforme art. 102 da NLL, 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 assumir a execução e concluir o objeto do contrato no caso de inadimplemento pelo contratado.

Trata-se da incorporação no regime contratual da Administração direta, autárquica e fundacional do mecanismo do mercado securitário dos EUA denominado *performance bond*.

Assim, essa modalidade objetiva garantir a plena execução do objeto contratual, de modo que, caso o próprio particular contratado fique inadimplente, a seguradora assumirá direta ou indiretamente a obrigação de conclusão da obra ou do serviço de engenharia. Para isso, nos termos dos incisos I a III do art. 102 da NLL:

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 (BRASIL, 2021a).

No caso de assunção direta da execução do objeto ou de subcontratação de terceiros para fazê-lo, concluído o objeto do contrato a seguradora estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice.

Se não assumir a execução do contrato, a seguradora pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.

Nos casos de contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto (valor estimado superior a R\$ 200.000.000,00), poderá ser exigida a prestação de garan-

tia de que trata o art. 102 da NLL, em percentual equivalente a “até 30% (trinta por cento)” do valor inicial do contrato.

6 Vigência dos contratos administrativos

Em virtude da regra geral estabelecida no art. 105, a vigência (duração) dos contratos administrativos regidos pela Lei nº 14.133/2021 será estabelecida no próprio edital; todavia, deve ser observada previamente a disponibilidade de créditos orçamentários, não apenas no momento da contratação, mas também a cada exercício financeiro, a depender da duração da avença. Ainda de acordo com o mesmo art. 105, para os contratos cuja duração ultrapasse “1 (um) exercício financeiro”, além da reserva orçamentária (empenho), deverá haver a respectiva previsão no plano plurianual.

Nos artigos 106, 108, 110, 111, 113 e 114, a NLL estabelece prazos máximos de duração a depender do objeto e do tipo de contrato:

OBJETO E TIPO DE CONTRATO	PRAZO DE DURAÇÃO
Objeto por escopo	vigência compatível com a lógica de execução contratual
Serviços e fornecimento contínuos ⁵	até 5 anos, prorrogáveis por mais 5 anos
Contrato que gere receita para a Administração e contrato de eficiência	a) “até 10 (dez) anos”, nos contratos sem investimento; b) “até 35 (trinta e cinco) anos”, nos contratos com investimento
Contrato que previr a operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação	vigência máxima de “15 (quinze) anos”
Contrato firmado sob o regime de fornecimento e prestação de serviço associado	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 (limitada ao total de 10 anos)
Contrato decorrente de dispensa de licitação nas hipóteses previstas nas alíneas f e g do inciso IV e nos incisos V, VI, XII e XVI do caput do art. 75 da NLL	vigência máxima “de 10 (dez) anos”

Fonte: elaborado pelo autor com base na Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021a).

⁵ Conforme o inciso XV do art. 6º da NLL, serviços e fornecimentos contínuos são os “serviços contratados e compras realizadas pela Administração Pública para a manutenção da atividade administrativa, decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas” (BRASIL, 2021a).

Frise-se que no art. 109 a NLL positivou o entendimento jurisprudencial⁶ que admitia excepcionalmente o estabelecimento de vigência indeterminada nos contratos em que a Administração “seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio”. De toda forma, a cada exercício financeiro deve ser comprovada a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação.

6.1 O início do prazo de vigência

Conforme salientado no tópico 4.2 deste Capítulo, o prazo de vigência do contrato administrativo deve ser contado *a partir de sua assinatura ou prazo expressamente indicado no instrumento contratual*, mesmo que anterior ou posterior à publicidade do documento no PNCP.

6.2 Extensão e prorrogação da vigência dos contratos administrativos

Afora os prazos máximos de vigência contratual, a depender do objeto a Lei nº 14.133/2021 prevê a possibilidade de prorrogação do prazo de duração dos contratos:

Objeto por escopo

Conforme previsto no art. 6º, XVII, da NLL, o prazo para a prestação de serviço específico e em período predeterminado poderá ser prorrogado, desde que justificadamente, pelo *prazo necessário à conclusão do objeto*.

Por sua vez, nos termos do art. 111 da Lei nº 14.133/2021, a imperiosidade da prorrogação do prazo de execução do objeto acarreta, automaticamente, a prorrogação do prazo de vigência.

Serviços e fornecimento contínuos

De acordo com o art. 107 da NLL, desde que respeitado o limite total de dez anos de vigência, os contratos de serviços e fornecimentos contínuos poderão ser prorrogados sucessivamente, contanto que presentes os seguintes requisitos:

a) previsão expressa em edital quanto à possibilidade de prorrogação; e

⁶ Nesse sentido é o entendimento da Advocacia-Geral da União consubstanciado na Orientação Normativa nº 36: “A Administração pode estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviços públicos essenciais de energia elétrica, água e esgoto, serviços postais monopolizados pela ECT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) e ajustes firmados com a imprensa nacional, desde que no processo da contratação estejam explicitados os motivos que justificam a adoção do prazo indeterminado e comprovadas, a cada exercício financeiro, a estimativa de consumo e a existência de previsão de recursos orçamentários” (conforme nova redação (BRASIL, 2014a, p. 3)).

b) as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado.

Contrato firmado sob o regime de fornecimento e prestação de serviço associado

Consoante o art. 113 da NLL, o prazo relativo ao serviço de operação e manutenção fica limitado inicialmente a no máximo de "5 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto inicial", admitida a prorrogação, limitada ao total de "10 (dez) anos", desde que observados os seguintes requisitos:

a) previsão, em edital, da possibilidade de prorrogação;

b) as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado.

Em regra, somente durante a vigência do contrato é possível a prorrogação contratual; nos termos do art. 132 da NLL, ela deve ser formalizada mediante *termo aditivo*.

7 Alterações do contrato administrativo

De acordo com o art. 124 da Lei nº 14.133/2021, são admitidas duas espécies de alteração dos contratos administrativos:

Alteração unilateral	<i>qualitativa</i>	quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos, nos limites permitidos no art. 125 da NLL: a) até 25% do valor inicial atualizado do contrato; b) até 50% no caso de reforma de edifício ou de equipamento para os seus acréscimos (ou seja, se se tratar de supressão, o limite será de 25% também para as reformas);
	<i>quantitativa</i>	quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos no art. 125 da NLL: a) até 25% do valor inicial atualizado do contrato; b) até 50% no caso de reforma de edifício ou de equipamento para os seus acréscimos (ou seja, se se tratar de supressão, o limite será de 25% também para as reformas).

Alteração consensual (por acordo entre as partes)	substituição de garantia	quando conveniente a substituição da garantia de execução;
	modificação do regime de execução ou fornecimento	quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
	modificação da forma de pagamento	quando necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado e vedada a antecipação do pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
	restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro	para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada em qualquer caso a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

Fonte: elaborado pelo autor com base na Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021a).

71 Alterações qualitativas

71.1 Cálculo dos limites percentuais nas alterações quantitativas

Os percentuais previstos para as alterações quantitativas são calculados com base no valor inicial do contrato devidamente atualizado (reajuste, repactuação ou reequilíbrio econômico-financeiro), sem os acréscimos advindos de prorrogações⁷.

A partir do regime da Lei nº 8.666/1993, firmou-se no TCU o entendimento de que para acréscimos e supressões o limite de 25% deve ser considerado isoladamente, não sendo admitida a compensação entre ambos⁸. Consoante o Acórdão nº 2.819/2011 (Plenário), “o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses con-

⁷ Nesse sentido é o entendimento do TCU, conforme se observa no Acórdão nº 1.550/2009 (Plenário).

⁸ Enfatize-se este trecho do Acórdão nº 1.536/2016 (Plenário): “a jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de entender, como regra geral, para atendimento dos limites definidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, que os acréscimos ou supressões nos montantes dos ajustes firmados pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública devem ser considerados de forma isolada, sendo calculados sobre o valor original do contrato, vedada a compensação entre seus valores” (BRASIL, 2016).

juntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal” (BRASIL, 2011).

Entretanto, em resposta à consulta formulada pelo ministro das Comunicações, o TCU apresentou variação em sua jurisprudência no Acórdão nº 66/2021 (Plenário) ao apontar que

o restabelecimento total ou parcial de quantitativo de item anteriormente suprimido por aditivo contratual, com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei 8.666/1993, por causa de restrições orçamentárias, desde que observadas as mesmas condições e preços iniciais pactuados, não configura a compensação vedada pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União, consubstanciada nos Acórdãos 1536/2016-TCU-Plenário, rel. Bruno Dantas, e 2.554/2017-TCU-Plenário, rel. André de Carvalho, visto que o objeto licitado ficou inalterado, sendo possível, portanto, além do restabelecimento, novos acréscimos sobre o valor original do contrato, observado o limite estabelecido no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/1993 (BRASIL, 2021b).

Dessa forma, há uma espécie de explicitação do entendimento do TCU de que a vedação de compensação de supressões e acréscimos somente incidiria em itens diferentes do contrato, como forma de “impedir a ocorrência de fraudes à licitação, a exemplo do jogo de planilhas, bem como a descaracterização do objeto contratado, o que violaria princípios licitatórios e constitucionais (como a isonomia entre licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa)” (BRASIL, 2021b)⁹. Para melhor elucidar a questão, destaca-se esta passagem do relatório da Selog do TCU transcrito no voto do ministro Augusto Nardes:

A compensação se dá entre itens diferentes. Ocorre quando a Administração suprime quantitativos de um ou mais itens e acresce quantitativos de itens distintos ou inclui itens novos no mesmo valor. Com isso, a Administração poderia fazer, além dos acréscimos “compensados” com as supressões, outros acréscimos até o limite de 25%. Ao final, os acréscimos tomados isoladamente, na verdade, teriam ultrapassado os 25%. Essa é a prática vedada, conforme jurisprudência deste Tribunal, justamente para impedir o jogo de planilha e/ou a descaracterização do objeto licitado.

24. Por outro lado, se há a supressão em quantitativos de um ou mais itens e, depois, há o restabelecimento total ou parcial dos quantitativos suprimidos nos mesmos itens, não há que se falar sequer em compensação. Não se compensa algo consigo mesmo. É evidente que esse restabelecimento deve ocorrer nas mesmas condições iniciais, inclusive valores. Sendo assim, após o restabelecimento de quantitativo de item anteriormente suprimido, não se vê óbice, na jurisprudência deste Tribunal, a que se faça outros acréscimos, qualitativos ou quantitativos, até o limite estabelecido no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/1993. Primeiro, porque não houve compensação, já que não se trata de itens diferentes. Segundo, porque

⁹ Trecho do voto do ministro relator Augusto Nardes.

essa situação não favoreceria o jogo de planilha e/ou a descaracterização do objeto licitado, que são as práticas cujo risco de ocorrência a jurisprudência do TCU pretende mitigar.

25. Há que se ressaltar ainda que, caso não tivesse ocorrido a supressão, com o restabelecimento posterior do item, seria possível fazer acréscimos, qualitativos ou quantitativos, até o limite estabelecido no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/1993. Não faz sentido, portanto, apenas porque houve uma supressão e o posterior restabelecimento do item, retornando ao *status quo ante*, proibir acréscimos ao valor originalmente contratado até o limite estabelecido no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/1993.

26. Observa-se que a questão abstrata posta sob consulta ao TCU se enquadra nessa situação, ou seja, não há que se falar em compensação de itens, mas mero restabelecimento de quantitativos anteriormente suprimidos, por causa de restrições orçamentárias impostas ao órgão, não implicando, dessa forma, na vedação de que tratam os Acórdão 1536/2016-TCU-Plenário, rel. Bruno Dantas; e 2.554/2017-TCU-Plenário, rel. André de Carvalho (BRASIL, 2021b).

7.1.2 Limites percentuais em contratos com pluralidade de itens

Em contratos cujo objeto é composto por vários itens, cabe questionar: os limites percentuais de acréscimo e supressão têm como parâmetro o valor individual de cada item ou o valor total da contratação?

Na Consulta nº 932.484/2016, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, ainda sob a égide da Lei nº 8.666/1993 (mas plenamente aplicável ao regime da NLL), firmou entendimento (com o qual concordamos) de que os limites legais de acréscimos ou supressões “devem ser aferidos levando em consideração o valor global do contrato, e não o valor isolado de cada item a ser acrescido ou suprimido”, de modo que em tese não haveria impedimento para se realizar “a compensação entre acréscimos e supressões de itens, desde que respeitado o limite percentual de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor total do contrato ou 50% (cinquenta por cento) no caso de reformas” (MINAS GERAIS, 2016).

7.1.3 Alteração quantitativa em contratação para prestação de serviços continuados

Nos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços continuados e que já foram acrescidos de 25% durante sua vigência inicial, a ocorrência de prorrogação não torna possível novo acréscimo percentual.

Face à ocorrência de reajuste, repactuação ou reequilíbrio econômico-financeiro que impliquem a *atualização* do valor inicial do contrato, eventual *saldo* de acréscimo deverá ser calculado sobre o valor atualizado do contrato. Ex.: um contrato no valor inicial de R\$ 1.000.000,00 sofreu um acréscimo quantitativo de 15% e que posterior-

mente, por força de reajuste, passou ao valor original atualizado de R\$ 1.200.000,00; como a Administração ainda teria um *saldo* de acréscimo de 10%, tal percentual deve ser calculado sobre o valor original atualizado do contrato (R\$ 1.200.000,00).

7.1.4 Limite percentual em caso de supressão

Em caso de supressão do contrato, a incidência ou não de limite percentual dependerá da espécie de supressão:

- a) alteração unilateral fundada no art. 124, I, da NLL: incide o limite geral de 25% (inclusive no caso de reforma);
- b) alteração consensual fundada no art. 124, II, *b*, da NLL: sendo “necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários” (BRASIL, 2021a), será possível, por acordo entre as partes, exceder o limite de 25% para supressão.

7.1.5 Indenização ao contratado em caso de supressão

No caso de supressão de obras, bens ou serviços, o art. 129 da NLL prescreve que, se o contratado já houver adquirido os materiais e os tiver colocado no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração em face dos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente reajustados, podendo caber indenização por outros eventuais danos decorrentes da supressão, desde que também regularmente comprovados.

7.2 Alterações qualitativas

7.2.1 Há limite para as alterações qualitativas unilaterais?

Resolvendo a celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação para as alterações qualitativas dos limites percentuais das alterações quantitativas em face da redação do § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993, o art. 125 da NLL prevê a incidência dos limites percentuais para todas as hipóteses de alteração unilateral previstas no inciso I do art. 124, contemplando, assim, as alterações qualitativas (alínea *a* do inciso I do art. 124 da NLL).

Por sua vez, quando por razões técnicas e circunstanciais for imperiosa a alteração qualitativa e, desde que haja anuência do contratado, supõe-se a continuidade do

entendimento do TCU consubstanciado na Decisão nº 215/1999 (Plenário) e no Acórdão nº 962/2005 (Plenário), no sentido de admitir excepcionalmente o extrapolamento dos limites percentuais de acréscimo, quando as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) forem gravíssimas ao interesse público primário.

7.2.2 (Im)possibilidade de alteração do objeto contratado

Com base na redação da alínea *b* do inciso II do art. 124 da NLL, há que se averiguar a possibilidade de substituir o objeto contratado em decorrência de questões técnicas supervenientes, como a descontinuidade de produção de determinado modelo de equipamento ofertado pelo licitante contratado ou, ainda, a impossibilidade de entrega do objeto especificado no contrato em razão de circunstâncias que extrapolem o controle ou a previsibilidade diligente do contratado.

Embora pautada na Lei nº 8.666/1993, vale conferir a manifestação balizada da doutrina no sentido de ser possível a substituição do produto no curso da execução contratual.

Para Fernandes (2013, p. 400-401), “em vista da situação da retirada de um produto do mercado pelo fabricante, inviabilizando o cumprimento da obrigação de um fornecedor, nos termos ajustados”, seria viável “aceitar produto de qualidade equivalente ou superior pelo mesmo preço”.

Nas palavras de Justen Filho (2019, p. 1.285),

a modificação contratual derivará da constatação técnica da inadequação da previsão original. Logo, dependerá de critérios técnicos que comprovem que a solução adotada anteriormente é antieconômica, ineficaz ou inviável. Enfim, deriva da demonstração científica de que a solução que melhor atende aos interesses fundamentais não é aquela consagrada no contrato original. Logo, a modificação será obrigatória. A Administração Pública terá o dever de promovê-la.

E, para Pereira Júnior (2002, p. 702),

diante dos termos imperativos da norma, tem sido indagado se a rejeição também seria incontornável caso o contratado se dispusesse a fornecer ou a executar objeto que, conquanto diverso do previsto, atendesse ao especificado no edital e no contrato, e até superasse. A hipótese que volta e meia ocorre é a do produto cotado na proposta ausentar-se do mercado no momento da entrega, levando a adjudicatária a propor a sua substituição por outro que cumpra as mesmas junções, sem alteração de preço. Tal proposta não colidirá com a regra do art. 76, podendo ser aceita, desde que o produto sucedâneo seja comprovadamente apto a realizar todas as junções do substituído, com padrão de qualidade equivalente ou superior e sem alteração de preço. Nessas circunstâncias, o fornecimento ou a execução não se faria em desacordo com o contrato.

Do Acórdão nº 558/2010 (Plenário) infere-se que o TCU admite a substituição do objeto no curso da execução contratual desde que haja a “comprovação robusta da equivalência operacional do modelo eleito com aquele informado pela contratada ainda na fase de licitação. E, é de dizer também, de equivalência de preço” (BRASIL, 2010a).

Dessa maneira, face à presença dos pressupostos fáticos e jurídicos que respaldem a necessidade e a conveniência da substituição do objeto no curso da execução contratual, devem ser observadas as seguintes providências:

- a) instauração de processo administrativo específico para que a contratada demonstre, de modo exauriente, a inviabilidade da entrega do objeto originalmente especificado em sua proposta e comprove de forma robusta:
 - i) a equivalência ou superioridade técnica e operacional do novo produto ofertado;
 - ii) a equivalência de preço (manutenção da *vantajosidade* da proposta);
 - iii) a não afetação das condições essenciais do contrato, de modo que a essência do objeto licitado seja mantida (inocorrência de descaracterização do objeto);
- b) deliberação, com fundamento no interesse público e na ocorrência de força maior devidamente caracterizada, acerca da substituição do objeto contratado, desde que, havendo compatibilidade de preço, sejam resguardadas as características técnicas mínimas e o padrão de qualidade e desempenho previstos originalmente no edital de licitação; e
- c) assinatura e publicação de termo de aditamento, por mútuo acordo entre as partes e com fundamento no art. 124, II, *b*, da Lei nº 14.133/2021, para formalizar a substituição do objeto.

7.2.3 Alteração qualitativa com inserção de novos bens e serviços

Dadas as premissas expostas pelo TCU no Acórdão nº 2.440/2014 (Plenário), considera-se que, quando houver alteração qualitativa que acarrete a inclusão de novos bens e serviços ao objeto do contrato, a Administração deverá calcular o valor de tal acréscimo com base no preço de referência de tais bens e serviços – mediante tabelas de referência (Sinapi, Sicro etc.) ou pesquisa de preços –, “subtraindo desse preço de referência a diferença percentual entre o valor do orçamento-base e o valor global do contrato obtido na licitação, com vistas a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a manutenção do percentual de desconto ofertado pelo contratado” (BRASIL, 2014d).

Incorporando o entendimento da Corte de Contas, o art. 127 da NLL estabelece que os aditivos para a inclusão de serviços novos devem no mínimo observar o mesmo desconto inicial do ajuste, ou seja, a mesma diferença percentual entre os valores da proposta e o do orçamento-base da Administração sobre os preços referenciais ou de mercado vigentes na data do aditamento.

7.3 Elementos da alteração para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato

Em vista do disposto na alínea *d* do inciso II do art. 124 da Lei nº 14.133/2021, deve-se observar que a mutabilidade do equilíbrio econômico-financeiro se subdivide em duas espécies:

- a) *álea ordinária*: trata-se da mutabilidade comum e inerente a todos os contratos, representando os *riscos normais* do ajuste, caracterizando as mudanças que decorrem de fatos previsíveis e calculáveis pelo particular e que, portanto, são inerentes ao próprio risco da atividade econômica; assim, a mutabilidade resultante de *álea ordinária* não autoriza a alteração do contrato;
- b) *álea extraordinária*: contempla as hipóteses de mutabilidade decorrentes de *força maior*, *caso fortuito*, *fato do príncipe* ou de *fatos imprevisíveis* ou *previsíveis de consequências incalculáveis* que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado.

Assim, em conformidade com o art. 124, II, *d*, da NLL, somente será cabível a revisão contratual em face da superveniência de “*álea extraordinária*”, devendo a aferição efetiva dos termos do “*desequilíbrio*” da equação econômico-financeira se dar sob o prisma da “*repartição objetiva de risco estabelecida no contrato*” – ou seja, com base na alocação de riscos originariamente estruturada entre as partes. Daí, ainda na fase preparatória da licitação, a essencialidade de estabelecimento de uma adequada e economicamente eficiente “*matriz de alocação riscos*”, entendida como a “*cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação*” (art. 6º, XXVII, da NLL). Com a alocação dos riscos estabelecida no contrato, não se considerará afetada a equação econômico-financeira quando o evento superveniente se referir a um risco previamente alocado a uma das partes.

São hipóteses de *fatos imprevisíveis* para os fins do art. 124, II, *d*, NLL:

- a) *força maior* e *caso fortuito*: são fatos ou eventos imprevisíveis ou de difícil previsão, que não podem ser evitados;

b) *fato do príncipe*: determinação estatal, superveniente e imprevisível, geral e abstrata, que onera o contrato e repercute indiretamente sobre ele (incidência reflexa). O ente estatal que produz tal ato não deve ser parte do contrato administrativo em questão. Exemplo: num contrato administrativo assinado entre um particular e o Estado X, observa-se o aumento superveniente de alíquota de imposto que incide sobre determinado serviço que compõe o objeto do contrato, cuja competência é do Município Y. Veja-se que, nesse caso, o ato que repercutiu no contrato administrativo (aumento da alíquota do imposto) foi produzido por ente estatal que não integra a relação contratual;

c) *fato da Administração*: decorrente da atuação estatal, incide diretamente sobre o contrato cujo ato é produzido pela própria entidade pública contratante. Exemplo: quando a liberação do terreno no qual será realizada a obra é dependente de desapropriação a ser conduzida pelo ente estatal contratante e não é providenciada no prazo previsto para o início da execução dos serviços. Nesse sentido, dispõe o § 2º do art. 124 da NLL que o reequilíbrio econômico-financeiro poderá ser aplicado “às contratações de obras e serviços de engenharia, quando a execução for obstada pelo atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental, por circunstâncias alheias ao contratado” (BRASIL, 2021a);

d) *interferências imprevistas*: são fatos materiais e concretos imprevistos, ocorridos ao tempo da celebração do contrato, mas só verificados na oportunidade de sua execução. Exemplo: antes do início da execução da obra, constatam-se problemas com o subsolo que podem comprometer a segurança dos trabalhos, o que impõe a alteração do cronograma.

7.4 Aumento ou redução superveniente de tributos e encargos legais

Nos termos do art. 134 da NLL, os preços contratados serão alterados – para mais ou para menos conforme o caso – se após a data da apresentação da proposta houver criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais com comprovada repercussão sobre os preços contratados.

Note-se que o dispositivo contempla qualquer evento que afete a estrutura do gênero *tributo* (impostos, taxas e contribuições) ou de *encargos legais*, como a base de cálculo e as alíquotas. O art. 134 não alcança, pois, os eventos fiscais supervenientes que repercutam na composição dos preços contratados quando decorrentes de conduta comissiva ou omissiva do próprio particular, como a alteração do regime de tributação.

7.5 Outros institutos de alteração contratual

O reequilíbrio dos contratos administrativos (*recomposição*) não se confunde com os institutos seguintes, que não estão situados na *teoria da imprevisão*.

7.5.1 Atualização monetária

Conforme salienta o STJ (REsp nº 837.790/SP), “a correção monetária é mera técnica de atualização de valores, a qual não altera o equilíbrio econômico inicialmente estabelecido no contrato. Em contratos administrativos, a correção monetária é devida sempre que o pagamento for posterior ao ato administrativo de entrega (medição)” (BRASIL, 2007, p. 1).

A atualização monetária, portanto, está vinculada à possibilidade de atrasos nos pagamentos devidos pela Administração, de modo que, nos termos do art. 92, V, da NLL, é obrigatória a cláusula no contrato que discipline os seus critérios de apuração.

7.5.2 Reajuste em sentido estrito

O art. 6º, LVIII, da NLL trata do reajustamento em sentido estrito: “forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais” (BRASIL, 2021a).

Em sua concepção clássica, o reajuste tem por fim recuperar o poder aquisitivo da moeda em face da inflação. Nos termos do art. 3º da Lei nº 10.192/2001, aplica-se o reajuste (como direito do interessado) quando o prazo de execução contratual ultrapassar 12 meses, de modo que fica vedada a concessão de reajuste por periodicidade inferior a tal prazo.

O § 7º do art. 25 e o § 3º do art. 92 da Lei nº 14.133/2021 veiculam importante comando no sentido de, independentemente do prazo de duração do contrato, ser obrigatória no edital a previsão de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

Ademais, nos termos do art. 92, V, da NLL, a previsão dos critérios, da data-base e da periodicidade do reajustamento de preços é cláusula essencial dos contratos administrativos.

7.5.3 Repactuação

O inciso LIX do art. 6º da Lei nº 14.133/2021 apresenta o conceito legal do instituto da *repactuação*, compreendendo-o como a

forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra (BRASIL, 2021a).

Portanto, com o propósito de adequar os valores do contrato aos novos preços de mercado, a repactuação é um instituto típico dos contratos que envolvem a prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra.

Ao contrário do reajuste – no qual o índice é preestabelecido na assinatura do contrato –, na repactuação é necessária a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos que integram o contrato, conforme determina o art. 92, § 4º, II, da NLL. De acordo com o § 3º do art. 135 da NLL, deve ser observado “o interregno mínimo de 1 (um) ano”.

Dispõe o § 6º do art. 135 da Lei nº 14.133/2021 que a repactuação “será precedida de solicitação do contratado, acompanhada de demonstração analítica da variação dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços, ou do novo acordo, convenção ou sentença normativa que fundamenta a repactuação” (BRASIL, 2021a).

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

Quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, a repactuação poderá ser dividida em tantos quantos forem os acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho das categorias envolvidas na contratação.

7.5.3.1 Contagem do interregno mínimo de 12 meses em caso de repactuação

Considerando que o direito à repactuação se relaciona à variação dos componentes dos custos que integram o contrato, nas contratações para a prestação de serviços

contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra o termo inicial para a contagem do interregno de 12 meses poderá variar de acordo com a natureza do custo:

a) custos com materiais, equipamentos e insumos aplicados na execução dos serviços (reajuste em sentido estrito): data-limite para a apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir, conforme estabelecido no instrumento contratual (art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.192/2001); e

b) custos decorrentes de mão de obra: data-base prevista no instrumento coletivo de trabalho (acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente) vigente à época da apresentação da proposta. Exemplo: foi realizada uma licitação em 10/2/2022, saindo-se vencedora a proposta baseada em convenção coletiva de trabalho (CCT) vigente e relativa ao período de 1º/5/2021 a 30/4/2022. O contrato foi assinado em 10/4/2022. Nessa situação hipotética, já no dia 1º/5/2022 terão transcorrido 12 meses em relação à variação do custo da mão de obra, pois com a nova CCT haverá aumento do valor correspondente ao piso salarial da categoria contemplada no objeto contratual. Assim, por solicitação do contratado, sobreviria o dever da Administração de formalizar a repactuação mesmo após o transcurso de período inferior a um mês de execução contratual.

Note-se que a repactuação para o reajuste do contrato em razão de novo acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho deve repassar integralmente o aumento de custos da mão de obra decorrente desses instrumentos, sendo vedada a inclusão de benefícios não previstos na proposta inicial, exceto quando se tornarem obrigatórios por força de norma coletiva de trabalho.

Diante da ocorrência de prorrogações da vigência contratual, nas repactuações subsequentes à primeira a anualidade será contada a partir da data do fato que deu ensejo à última repactuação.

7.5.3.2 O direito à repactuação está sujeito a preclusão?

Em atenção à redação do § 6º do art. 135 da NLL, entende-se que a *repactuação* deve ser provocada pelo interessado contratado, e não concedida de ofício pela Administração. Com fundamento nessa premissa, surge uma importante questão: diante do transcurso do período de 12 meses e na oportunidade da prorrogação do prazo de vigência da avença, é possível admitir o desinteresse do contratado devido ao seu silêncio em relação à repactuação ou ao reajuste?

De acordo com o TCU, apesar de expressar direito previsto em lei com fundamento constitucional, a repactuação é direito disponível, passível de preclusão e deve ser

pleiteada por seu detentor até a data da prorrogação contratual subsequente, sob pena de precluir de seu direito de repactuar¹⁰.

Esse entendimento foi positivado no § 7º do art. 57 da IN MPDG nº 5/2017: “as repactuações a que o contratado fizer jus e que não forem solicitadas durante a vigência do contrato *serão objeto de preclusão* com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato” (BRASIL, 2017a, grifo nosso).

De nossa parte há discordância quanto às premissas utilizadas pelo TCU no sentido da configuração da preclusão lógica do direito à repactuação ou ao reajuste quando o particular ficar silente no momento da prorrogação de vigência do contrato. Ora, a previsão da manutenção das condições efetivas da proposta – ou seja, a própria estrutura da equação que denota o equilíbrio econômico-financeiro da avença – encontra lastro constitucional (art. 37, XXI, CRFB), não podendo o alcance de sua estrutura normativa substancial ser restringida por uma interpretação pretoriana destituída de amparo legal. Sendo a repactuação ou o reajuste um direito do particular, sua supressão somente poderia ser admitida em caso de expressa e formal renúncia ou, ainda, após o transcurso do prazo de cinco anos para o exercício da pretensão contra a Administração Pública, conforme estabelece o Decreto nº 20.910/1932.

A nosso ver, por tratar-se de um típico instituto de natureza processual, a *preclusão lógica* não seria aplicável aos casos de repactuação ou de reajuste dos contratos administrativos, visto que, caracterizados como instrumentos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença (repita-se: com fundamento constitucional e legal), ostentam a qualidade de *direito potestativo*¹¹ (instituto de Direito material) e, portanto, não sujeitos a preclusão, mas sim a decadência¹². O prazo para o exercício do direito está fixado nesse decreto de 1932.

76 Formalização das alterações contratuais

Determina o art. 132 da Lei nº 14.133/2021 que, sempre que houver modificação das condições contratuais, haverá necessidade de formalizar o *termo* aditivo do contrato, o qual, obrigatoriamente disponibilizado no PNCP, deverá observar as mesmas formalidades previstas no art. 91 da norma.

¹⁰ Ressalte-se a conclusão externada no Acórdão nº 1.601/2014 (Plenário): “Ocorre preclusão lógica do direito à repactuação de preços decorrente de majorações salariais da categoria profissional quando a contratada firma termo aditivo de prorrogação contratual sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, ratificando os preços até então acordados” (BRASIL, 2014c).

¹¹ De acordo com Amorim Filho (1960, p. 13), a categoria dos direitos potestativos “compreende aqueles poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade dessas”.

¹² Para melhor compreender os institutos *preclusão*, *prescrição* e *decadência*, ver Amorim Filho (1960).

O art. 136 da NLL arrola de forma não taxativa as hipóteses em que seria dispensada a celebração de termo aditivo; por não caracterizarem alteração do contrato, demandam simples *apostila*:

- I – variação do valor contratual para fazer face ao reajuste ou à repactuação de preços previstos no próprio contrato;
- II – atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento previstas no contrato;
- III – alterações na razão ou na denominação social do contratado;
- IV – empenho de dotações orçamentárias (BRASIL, 2021a).

8 Fiscalização e gestão do contrato administrativo

O art. 104, III, da Lei nº 14.133/2021 confere à Administração a prerrogativa (poder-dever) de fiscalizar a execução dos contratos administrativos.

As atividades de gestão e fiscalização da execução contratual são o conjunto de ações que têm por objetivo aferir o cumprimento dos resultados previstos pela Administração para os fornecimentos, serviços e obras contratadas, examinar o cumprimento das obrigações principais e acessórias pelo particular contratado e, ainda, prestar apoio à instrução processual necessária ao recebimento do objeto contratual e ao pagamento do fornecedor. Assim, o desempenho da prerrogativa de gestão e fiscalização contratual é imprescindível para assegurar o cumprimento das cláusulas avençadas e a solução de problemas relativos ao objeto.

Para isso, a Administração deve indicar um *servidor* (ou *equipe de fiscalização*) que, na qualidade de *fiscal*, deverá efetivamente acompanhar a execução do contrato; nos termos do art. 117 da NLL, é permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo com informações pertinentes a tal atribuição.

Compete ao *fiscal* acompanhar a execução do contrato, devendo ter em registro próprio todas as ocorrências relativas ao contrato, bem como adotar as medidas com vistas à regularização das falhas ou defeitos observados durante a execução. Nesse ponto, deve-se observar o disposto nos arts. 119 e 120 da NLL:

Art. 119. O contratado será obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, a suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes de sua execução ou de materiais nela empregados.

Art. 120. O contratado será responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros em razão da execução do contrato, e não excluirá nem reduzirá essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo contratante (BRASIL, 2021a).

De acordo com o art. 123 da NLL, a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão sobre todas as solicitações e reclamações relacionadas à execução dos contratos, ressalvados os requerimentos manifestamente impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para a boa execução do contrato. Salvo disposição legal ou cláusula contratual que estabeleça prazo específico, concluída a instrução do requerimento, a Administração terá o prazo “de 1 (um) mês” para decidir, admitida a prorrogação motivada por igual período.

8.1 Segregação de funções

Apesar de o art. 117 da NLL limitar-se a mencionar o dever de designação de um *fiscal*, é necessário distinguir *gestão* e *fiscalização*:

- a) *gestão*: foco na relação contratual, com poderes decisórios e de supervisão gerencial;
- b) *fiscalização*: foco na execução do objeto propriamente dito.

Por orientação do TCU, dada a prática diária da Administração, em matéria de gestão e fiscalização de contratos em geral é adotado o seguinte esquema de divisão de funções:

- a) *gestor*: desempenha atribuições gerenciais relacionadas ao processo de gestão e fiscalização do contrato;
- b) *fiscal técnico*: desempenha atribuições de fiscalização relativas aos aspectos técnicos do objeto da contratação; e
- c) *fiscal administrativo*: desempenha atribuições de fiscalização relativamente aos aspectos administrativos e burocráticos do contrato.

As atividades de gestão e fiscalização da execução contratual devem ser realizadas de forma preventiva, rotineira e sistemática; podem ser exercidas por equipe de fiscalização ou por apenas um servidor, desde que no exercício dessas atribuições fique assegurada a distinção entre essas atividades (*segregação de funções*) e, em razão do volume de trabalho, não se comprometa o desempenho de todas as ações relacionadas à gestão do contrato.

8.2 Fiscalização e responsabilidade pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais

Determina o art. 121 da Lei nº 14.133/2021 que “somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato” (BRASIL, 2021a).

Contudo, nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, se for comprovada alguma falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado, a Administração poderá ser responsabilizada *solidariamente* pelos encargos previdenciários e *subsidiariamente* pelos encargos trabalhistas.

Note-se que, ainda sob a égide da Lei nº 8.666/1993, em relação aos débitos trabalhistas, na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16/DF o STF concluiu ser constitucional o afastamento de responsabilidade da Administração pelo art. 71, § 1º daquela norma. Contudo, no RE nº 790.931/DF, admitiu que a Administração poderá responder subsidiariamente pelos débitos trabalhistas desde que comprovada falha ou omissão na fiscalização do contrato quanto ao correto e tempestivo pagamento das respectivas obrigações¹³. O entendimento pretoriano foi, portanto, consagrado no § 2º do art. 121 da Lei nº 14.133/2021.

9 Subcontratação

O art. 122 da Lei nº 14.133/2021 estabelece a possibilidade de *subcontratação parcial* do objeto contratual desde que haja concordância expressa da Administração:

Art. 122. Na execução do contrato e sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, o contratado poderá subcontratar partes da obra, do serviço ou do fornecimento até o limite autorizado, em cada caso, pela Administração.

§ 1º O contratado apresentará à Administração documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, que será avaliada e juntada aos autos do processo correspondente.

§ 2º Regulamento ou edital de licitação poderão vedar, restringir ou estabelecer condições para a subcontratação.

§ 3º Será vedada a subcontratação de pessoa física ou jurídica, se aquela ou os dirigentes desta mantiverem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou se deles forem cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação (BRASIL, 2021a).

Considerando o disposto no § 2º do art. 122 da NLL, ainda na fase preparatória do processo de contratação é recomendável enfrentar a questão da possibilidade de sub-

¹³ Em sede de repercussão geral no RE nº 760.931/DF, o STF fixou a seguinte tese: “o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93” (BRASIL, 2017b, p. 4).

contratação do objeto e, em caso positivo, que sejam estabelecidas expressamente no edital as parcelas e os respectivos limites passíveis de transferência para terceiros.

9.1 A impossibilidade de subcontratação total

Mesmo sob a vigência da Lei nº 8.666/1993, a jurisprudência do TCU¹⁴ era no sentido da impossibilidade de subcontratação total do contrato administrativo, ressaltando a similaridade da redação do art. 72 daquela norma com o art. 122 da NLL.

Com efeito, não se pode admitir a subcontratação total do objeto contratado sob pena de subverter a higidez do processo licitatório que culminou na seleção de determinado particular para executar o objeto da avença.

10 Recebimento do objeto contratual

As regras e formalidades para o recebimento do objeto contratual estão previstas no art. 140 da Lei nº 14.133/2021:

Obras e serviços	<i>provisoriamente</i> , pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo detalhado, quando verificado o cumprimento das exigências de caráter técnico;
	<i>definitivamente</i> , por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais.
Compras	<i>provisoriamente</i> , de forma sumária, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, com verificação posterior da conformidade do material com as exigências contratuais;
	<i>definitivamente</i> , por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais.

Fonte: elaborado pelo autor com base na Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021a).

Nos termos do § 3º do mesmo art. 140, os prazos e os métodos para a realização dos recebimentos provisório e definitivo serão definidos em regulamento ou no contrato.

¹⁴ Ver Acórdãos nºs 2.189/2011 e 1.464/2014 do TCU, ambos do Plenário.

10.1 Dever de pagamento pela Administração

Como regra, a obrigação de pagamento pela Administração somente se configura após o adimplemento do objeto pelo particular, conforme a metodologia de execução estabelecida no contrato, e, após a devida liquidação, nos termos do art. 63 da Lei nº 4.320/1964.

As condições e prazos de pagamento ao contrato são cláusulas elementares a serem contempladas no edital de licitação (*caput* do art. 25 da NLL) e no instrumento contratual (art. 92, V e VI, da NLL).

De acordo com o art. 143 da NLL, se no procedimento de recebimento parcial ou definitivo houver controvérsia sobre a execução do objeto configurada quanto à dimensão, qualidade e quantidade, “a parcela incontroversa deverá ser liberada no prazo previsto para pagamento” (BRASIL, 2021a).

10.1.1 Observância da ordem cronológica de pagamento

De acordo com o art. 141 da Lei nº 14.133/2021, no que tange ao dever de pagamento pela Administração, será observada a ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos, subdividida nas seguintes categorias de contratos: “I – fornecimento de bens; II – locações; III – prestação de serviços; IV – realização de obras” (BRASIL, 2021a).

De acordo com § 1º do mesmo dispositivo, admite-se que a ordem cronológica referida no seu *caput* “poderá ser alterada, mediante prévia justificativa da autoridade competente e posterior comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao tribunal de contas competente”, mas exclusivamente nestas situações:

- I – grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública;
- II – pagamento a microempresa, empresa de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual e sociedade cooperativa, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;
- III – pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;
- IV – pagamento de direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada;
- V – pagamento de contrato cujo objeto seja imprescindível para assegurar a integridade do patrimônio público ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, quando demonstrado o risco de descontinuidade da prestação de serviço público de relevância ou o cumprimento da missão institucional (BRASIL, 2021a).

Em seção específica de acesso à informação em seu sítio eletrônico na internet, o órgão ou a entidade deverá disponibilizar mensalmente a ordem cronológica de seus pagamentos, bem como as justificativas para eventual alteração dessa ordem.

Saliente-se que a inobservância imotivada da ordem cronológica de pagamento ensejará a apuração de responsabilidade do agente responsável, cabendo aos órgãos de controle a sua fiscalização.

10.1.2 A vedação do pagamento antecipado

Reafirmando a regra de pagamento após a execução do objeto e a liquidação da despesa, o art. 145 da NLL veda o “pagamento antecipado, parcial ou total, relativo a parcelas contratuais vinculadas ao fornecimento de bens, à execução de obras ou à prestação de serviços” (BRASIL, 2021a).

Como exceção, o § 1º do mesmo dispositivo prevê a possibilidade de antecipação de pagamento – previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta – desde que: a) propicie sensível economia de recursos; e b) represente condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço.

Havendo previsão de pagamento antecipado, a Administração poderá exigir como condição a prestação de garantia adicional; e, caso o objeto não seja executado no prazo contratual, o valor antecipado deverá ser devolvido.

10.2 Dever de rejeição pela administração

Como regra inerente à prerrogativa de fiscalização da Administração e por envolver dispêndios de recursos públicos, nos termos do § 1º do art. 140 da NLL, caso o objeto seja executado ou fornecido em desacordo com as exigências e especificações contratuais, a Administração tem o poder-dever de rejeitá-lo, no todo ou em parte, conforme o caso.

10.3 Rejeição parcial e pagamento: a glosa

Extrai-se da redação do § 1º do art. 140 da NLL que entre as condições de pagamento está a própria aferição da adequada prestação contratual realizada pelo contratado, de modo que se admite, em caso de desconformidade parcial, a chamada *glosa*.

A *glosa* é medida de controle administrativo, com repercussão financeira – mas sem natureza sancionatória – com o propósito de alcançar dois objetivos:

- a) *glosa-ajuste*: impedir o pagamento indevido por parcial inexecução do objeto; e
- b) *glosa-retenção*: viabilizar, em caráter cautelar, o ressarcimento devido à Administração com base no desconto a ser realizado em pagamentos futuros caso já tenha ocorrido a liquidação e o pagamento indevido de uma parcela da execução do objeto. Nos termos do Acórdão TCU nº 3.114/2010 (2ª Câmara), “se a glosa decorre de um recebimento indevido, como no caso de pagamento de procedimentos não realizados, a medida tem por fim restituir os cofres públicos, logo a glosa deve ser processada como uma perda em definitivo” (BRASIL, 2010b).

Registre-se que, ao contrário da glosa, a *multa* como espécie de sanção pecuniária não representa decréscimo parcial no pagamento supostamente devido à contratada, mas um valor pecuniário adicional e independente do faturamento ou recebimento pelo contratado.

10.4 Responsabilidade do contratado

O recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil pela solidez e pela segurança da obra ou serviço nem a responsabilidade ético-profissional pela perfeita execução do contrato, nos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.

Em se tratando de projeto de obra, o recebimento definitivo pela Administração não eximirá o projetista ou o consultor da responsabilidade objetiva por todos os danos causados por falha de projeto.

De acordo com § 6º do art. 141 da NLL, no caso de obra o recebimento definitivo não eximirá o contratado, pelo “prazo mínimo de 5 (cinco) anos”, da responsabilidade objetiva pela solidez e pela segurança dos materiais e dos serviços executados e pela funcionalidade da construção, da reforma, da recuperação ou da ampliação do bem imóvel. Em face da identificação de vício, defeito ou incorreção, o contratado ficará responsável pela reparação, pela correção, pela reconstrução ou pela substituição necessárias.

11 Extinção dos contratos administrativos

Os contratos administrativos poderão ser extintos por meio de:

- a) *conclusão do objeto ou advento do termo contratual*: quando foi executado o objeto contratual ou expirado o prazo de duração previsto;
- b) *extinção antecipada*:

- i) *extinção administrativa unilateral*: nos casos previstos nos incisos do *caput* do art. 137 da Lei nº 14.133/2021, “exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta” (art. 138, I, NLL (BRASIL, 2021a));
- ii) *extinção por opção do particular contratado*: nos casos previstos no § 2º do art. 137 da NLL;
- c) *extinção consensual*: “por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração” (art. 138, II, da NLL (BRASIL, 2021a));
- d) *extinção judicial ou arbitral*: quando determinada pelo Poder Judiciário em decorrência do ajuizamento de demanda judicial ou “determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral” (art. 138, III, da NLL (BRASIL, 2021a));
- e) *extinção de pleno direito*: por circunstâncias alheias à vontade das partes, como nos casos de dissolução da empresa contratada, falência, perecimento do objeto contratual etc.; e
- f) *anulação* (art. 147 da NLL): quando o contrato é declarado nulo em razão da constatação de algum vício de ordem insanável. Em regra, a nulidade opera efeitos retroativos (*ex tunc*), desconstituindo todos os efeitos já produzidos e impedindo que outros sejam gerados.

11.1 Requisitos para a extinção unilateral e consensual

Os casos de extinção determinada por ato unilateral da Administração e de extinção consensual deverão ser precedidos de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente e reduzidas a termo no respectivo processo.

De todo modo, ainda que haja convergência de vontade com o particular, deve estar presente o interesse público para autorizar a extinção antecipada do contrato administrativo.

De acordo com o § 2º do art. 138 da NLL,

[q]uando a extinção decorrer de culpa exclusiva da Administração, o contratado será ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido e terá direito a:

I – devolução da garantia;

II – pagamentos devidos pela execução do contrato até a data de extinção;

III – pagamento do custo da desmobilização (BRASIL, 2021a).

Em se tratando de extinção determinada por ato unilateral da Administração nos termos do art. 139 da Lei nº 14.133/2021 – sem prejuízo das sanções previstas no art. 156 da mesma lei –, poderão ocorrer as seguintes consequências:

I – assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II – ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários à sua continuidade;

III – execução da garantia contratual para:

a) ressarcimento da Administração Pública por prejuízos decorrentes da não execução;

b) pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, quando cabível;

c) pagamento das multas devidas à Administração Pública;

d) exigência da assunção da execução e da conclusão do objeto do contrato pela seguradora, quando cabível;

IV – retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas.

§ 1º A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II do *caput* deste artigo ficará a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta.

§ 2º Na hipótese do inciso II do *caput* deste artigo, o ato deverá ser precedido de autorização expressa do ministro de Estado, do secretário estadual ou do secretário municipal competente, conforme o caso (BRASIL, 2021a).

11.2 Requisitos para a anulação do contrato administrativo

Quando constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, deverão ser observados os regramentos instituídos nos arts. 147 a 149 da Lei nº 14.133/2021 para a declaração de nulidade dos contratos:

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

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

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

III – motivação social e ambiental do contrato;

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

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

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

- VII – medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;
- VIII – custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;
- IX – fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;
- X – custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;
- XI – custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação (BRASIL, 2021a).

Na esteira do art. 148 da NLL, é condição indispensável para a declaração de nulidade do contrato administrativo a análise prévia – com fundamento nos pressupostos arrolados no art. 147 – do interesse público envolvido.

Havendo declaração da nulidade, em regra seus efeitos operarão retroativamente, impedirão os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e descontinuarão os já produzidos. Todavia, caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida com a indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis.

Ademais, o § 2º do art. 148 da NLL, com vistas à continuidade da atividade administrativa, prevê a possibilidade de se regular em momento futuro a eficácia da declaração de nulidade “por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez”.

De acordo com o art. 149 da Lei nº 14.133/2021, a nulidade do contrato

não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa (BRASIL, 2021a).

12 Meios alternativos de resolução de controvérsias

Adotando as práticas de consensualismo na atividade estatal, o art. 151 da Lei nº 14.133/2021 prevê que poderão ser utilizados meios alternativos como a *conciliação*, a *mediação*, o *comitê de resolução de disputas* e a *arbitragem* para a *prevenção* e a *resolução* das 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.

Afinal, é inegável “a evolução do Direito Administrativo moderno para uma tendência mais consensualista de tomada de decisão, favorecida pela democracia participa-

tiva”, de modo que, em tal cenário, “se repensa o modo pelo qual a Administração Pública resolve suas controvérsias, deslocando-se da lógica da autoridade para uma atenuação por meio da lógica do consenso” (SALVO, 2018, p. 60).

Valendo-se do disposto na Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) e na Lei nº 13.140/2015, pode-se compreender que:

- a) a *conciliação* ocorre quando um terceiro (conciliador) desenvolve esforços, mediante sugestões e propostas, para viabilizar o consenso entre os envolvidos no conflito;
- b) a *mediação* é um diálogo entre as partes envolvidas no conflito, assistidas por um mediador, para que possam chegar a um acordo satisfatório, prevalecendo a vontade das partes. Note-se que, a rigor, “o mediador não impõe soluções, apenas aproxima as partes para que negociem diretamente e reconheçam o conflito para buscar algum tipo de solução que contemple e satisfaça razoavelmente os interesses de todas elas” (CENTRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE SÃO PAULO, c2015); e
- c) a *arbitragem* é uma forma de heterocomposição do conflito em que se substitui a vontade das partes litigantes por uma decisão do árbitro.

Desde a década de 1970, o *comitê de resolução de disputas* é uma prática arraigada no mercado de infraestrutura dos EUA, lá denominada *dispute board*. Trata-se de uma instância colegiada constituída desde o início da relação contratual, que acompanha periodicamente o andamento do contrato¹⁵, emitindo “recomendações e/ou decisões em face de disputas que são a ela submetidas, apresentando-se, com cada modelo de *dispute board* adotado, uma equação diferenciada de obrigatoriedade para as partes” (VAZ, 2006 apud POZZEBON; FAXINA, 2021).

Pozzebon e Faxina (2021) assinalam a existência de diferentes modelos de *dispute board*. Conforme o regulamento da International Chamber of Commerce (ICC), destacam-se três modalidades: a) a *dispute review board*, que aconselha as partes apenas com sugestões; b) a *dispute adjudication board*, em que o comitê desempenha função decisória, impondo as soluções; e c) a *combined dispute board*, que pode tanto emitir recomendações não vinculantes quanto proferir decisões vinculantes.

Nos termos do art. 154 da NLL, o processo de escolha dos agentes responsáveis pela heterocomposição dos conflitos (árbitros, colegiados arbitrais e comitês de resolução de disputas) observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

¹⁵ Ver Pozzebon e Faxina (2021).

REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 49, n. 300, p. 7-37, out. 1960.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Orientação Normativa nº 36, de 13 de dezembro de 2011. A Administração pode estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviços públicos essenciais de energia elétrica, água e esgoto, serviços postais monopolizados pela ECT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) e ajustes firmados com a imprensa nacional [...]. *Diário Oficial da União*: Seção 1, Brasília, DF, ano 151, n. 82, p. 3, 2 maio 2014a. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=02/05/2014&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=176>. Acesso em: 16 jul. 2021.

_____. Advocacia-Geral da União. *Parecer nº 06/2014/CPLC/DEPCONS/PGF/AGU*. Direito administrativo. Licitação e contrato administrativo. Formalização do contrato. Forma de contagem do prazo de vigência [...]. Brasília, DF: AGU, 2014b. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/arquivos/PARECERN062014CPLCDEPCONSUPGFAGU.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021.

_____. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e [controle] dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1982]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

_____. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017*. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. [Brasília, DF]: Imprensa Nacional, 2017a. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em: 17 jul. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial nº 837.790/SP*. Administrativo – contrato administrativo – correção monetária – termo *a quo* [...]. Recorrente: S/A Paulista de Construções e Comércio. Recorrido: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo – DER/SP. Interessado: Ubirajara Rodolpho Amorim. Relatora: Min. Eliana Calmon, 2 de agosto de 2007. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200601042887&dt_publicacao=13/08/2007. Acesso em: 17 jul. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial nº 910.802/RJ*. Administrativo – contrato de prestação de serviço – fornecimento de alimentação a pacientes, acompanhantes e servidores de hospitais públicos – atraso no pagamento por mais de 90 dias – exceção do contrato não cumprido – art. 78, XV, da Lei 8.666/93 – suspensão da execução do contrato – desnecessidade de provimento judicial [...]. Recorrente: Panflor Empreendimentos Ltda. Recorrido: Município do Rio de Janeiro. Relatora: Min. Eliana Calmon, 3 de junho de 2008. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200602733270&dt_publicacao=06/08/2008. Acesso em: 16 jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 760.931/DF*. Recurso extraordinário representativo de controvérsia com repercussão geral. Direito constitucional. Direito do trabalho. Terceirização no âmbito da administração pública. Súmula 331, IV e V, do TST. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 [...]. Recorrente: União. Recorridos: Priscila Medeiros Nunes; Evolution Administradora de Serviços Terceirizados Ltda. Relatora: Min. Rosa Weber. Redator do acórdão: Min. Luiz Fux, 30 de março de 2017b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>. Acesso em: 17 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 66/2021*. Entidade: Ministério das Comunicações. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog). Relator: Min. Augusto Nardes, 20 de janeiro de 2021b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/66%252F2021/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 16 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 558/2010*. Representação. Pregão eletrônico. Diversas irregularidades. Requisição simultânea de documentos de habilitação a dez empresas licitantes. Remessa de documentos via [fac-símile]. Prazo exíguo. Congestionamento do aparelho receptor [...]. Interessada: Primeiro Time Informática Ltda. Entidade: Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – Unirio. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro – Secex/RJ. Relator: Min. Augusto Nardes, 24 de março de 2010a. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A558%2520ANOACORDAO%253A2010%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 16 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 1.536/2016*. Consulta. Limites legais para alterações contratuais. Pedido de extensão de modulação temporal realizada em outras decisões. Conhecimento. Considerações [...]. Entidade: Ministério da Integração Nacional (vinculador). Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária (SeinfraHid). Relator: Min. Bruno Dantas, 15 de junho de 2016. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1536%252F2016/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 16 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 1.601/2014*. Prestação de contas. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso. Índices de irregularidades na celebração de termo aditivo de contrato de prestação de serviços continuados [...]. Responsáveis: Sebival Segurança Bancária Industrial e de Valores Ltda. e outros. Entidade: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo – MT (Secex-MT). Relator: Min. Benjamin Zymler, 18 de junho de 2014c. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1601%252F2014%2520/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 17 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 2.440/2014*. Embargos de declaração opostos a acórdão proferido em processo administrativo que tratou dos estudos desenvolvidos pelo grupo de trabalho interdisciplinar constituído por determinação do Acórdão n. 2.369/2011 – Plenário, com adoção de novos valores de referência para taxas de BDI [...]. Interessada: Advocacia-Geral da União – AGU. Entidade: Tribunal de Contas da União. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Obras Aeroportuárias e de Edificação – SecobEdificação. Relator: Min. Marcos Bemquerer, 17 de setembro de 2014d. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2440%252F2014%2520/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 16 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 2.819/2011*. Monitoramento. Determinação acerca de aplicação dos limites legais para alterações contratuais. Aplicação do limite de 25% separadamente para as supressões e para os acréscimos, a cada alteração devidamente justificada [...]. Interessado: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) – MT. Entidade: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) – MT. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 25 de outubro de 2011. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2819%252F2011/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 16 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (2. Câmara). *Acórdão nº 3.114/2010*. Tomada de contas especial. Convênio. Contas julgadas regulares com ressalva e determinação ao Fundo Nacional de Saúde (Acórdão nº 1.133/2004-TCU-2ª Câmara). Descumprimento. Multa ao gestor e reiteração da determinação (Acórdão nº 274/2007-TCU-2ª Câmara). Recurso de reconsideração [...]. Interessado: José Menezes Neto. Entidade: Fundo Nacional de Saúde – FNS. Unidade Técnica: Serur. Relator: Min. Raimundo Carreiro, 22 de junho de 2010b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3114%252F2010/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 17 jul. 2021.

CENTRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE SÃO PAULO. *O que são conciliação, mediação e arbitragem?* São Paulo: TASP, c2015. Disponível em: <https://www.arbitragem.com.br/index.php/conciliacao-mediacao-e-arbitragem-o-que-e>. Acesso em: 17 jul. 2021.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. (Coleção Jacoby de Direito Público, v. 7).

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas (Plenário). *Consulta n. 932.484*. Consulta. Contratos complexos envolvendo vários itens. Alterações contratuais. Compensação entre supressões e acréscimos dos itens. Respeito aos limites percentuais. Critérios de aceitabilidade de preços unitários. Ampla pesquisa de preços. Observância do art. 3º da Lei n. 8.666/93 [...]. Consultante: Damon Lázaro de Sena. Jurisdicionado: Município de Itabira. Relator: Cons. Cláudio Couto Terrão, 13 de julho de 2016. Disponível em: <http://tcnotas.tce.mg.gov.br/TCJuris/Nota/BuscarArquivo/1167423>. Acesso em: 16 jul. 2021.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da administração pública*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POZZEBON, Leonardo Marqueze; FAXINA, Mariana de La Cruz. A chegada do *dispute board* na administração pública brasileira. *Migalhas*, [s. l.], 6 jan. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/338582/a-chegada-do-dispute-board-na-administracao-publica-brasileira>. Acesso em: 17 jul. 2021.

SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johanson di. *Mediação na administração pública brasileira: o desenho institucional e procedimental*. São Paulo: Almedina, 2018. (Coleção Pinheiro Neto Advogados, 7).



Capítulo 9

Infrações e sanções nas contratações públicas

A Lei nº 14.133/2021 dedica um capítulo específico às *infrações e sanções administrativas*, contempladas entre os arts. 155 a 163.

Comparada à sistemática da Lei nº 8.666/1993, a NLL apresenta três diferenças marcantes:

- a) ela alcança não apenas os tipos infracionais praticados no âmbito da execução contratual, mas também as condutas de todo e qualquer licitante durante a realização do certame, as quais são tratadas na linha do que dispunha o art. 7º da Lei nº 10.520/2002;
- b) há maior pormenorização dos tipos infracionais e dos pressupostos para a aplicação da sanção e de regras acerca de dosimetria das penalidades; e
- c) quanto à penalidade que inviabiliza a participação ou a contratação do particular pelo Poder Público, além da “declaração de inidoneidade” (art. 156, IV, NLL), prevê o “impedimento de licitar e contratar”, cuja abrangência é limitada ao “âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção” (art. 156, III e § 4º, NLL (BRASIL, 2021)).

1 Tipos infracionais

Os tipos infracionais previstos no art. 155 da NLL abarcam condutas *comissivas* e *omissivas* tanto no âmbito das licitações e procedimentos de contratação direta, quanto no âmbito da própria execução contratual:

Condutas comissivas e omissivas praticadas no âmbito da licitação

- deixar de entregar a documentação exigida para o certame;
- não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;
- apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação;

- fraudar a licitação;
- comportar-se de modo inidôneo;
- praticar atos ilícitos para frustrar os objetivos da licitação;
- praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846/2013 (Lei anticorrupção).

Condutas comissivas e omissivas praticadas durante a execução contratual

- dar causa à inexecução parcial do contrato;
- dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;
- dar causa à inexecução total do contrato;
- ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;
- apresentar declaração ou documentação falsa durante a execução do contrato;
- praticar ato fraudulento na execução do contrato;
- comportar-se de modo inidôneo;
- praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846/2013 (Lei anticorrupção).

Deve-se frisar que a conduta prevista no inciso VI do art. 155 – “não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta” (BRASIL, 2021) – refere-se a um momento *pré-contratual*, mas posterior à homologação da licitação ou à autorização da contratação direta pela autoridade competente.

2 Sanções cabíveis

São arroladas no art. 156 da Lei nº 14.133/2021 as sanções de natureza administrativa cabíveis em caso de prática das condutas infracionais:

Advertência	Sanção aplicada exclusivamente em razão da conduta consistente na inexecução parcial do contrato de que trata o inciso I do art. 155, “quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave” (§ 2º do art. 156).
-------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Multa	Sanção aplicada em razão da prática de quaisquer tipos infracionais previstos no art. 155 da NLL, devendo ser “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” (§ 3º do art. 156). O art. 162 da NLL determina que “o atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado a multa de mora, na forma prevista em edital ou em contrato”.
Impedimento de licitar e contratar	Sanção aplicada em razão da prática dos tipos infracionais previstos nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do <i>caput</i> do art. 155 da NLL “quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave” (§ 4º do art. 156).
Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar	Sanção aplicada em razão da prática dos tipos infracionais previstos nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do <i>caput</i> do art. 155 da NLL e desde que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que o “impedimento de licitar e contratar”, em face das infrações previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do mesmo art. 155.

Fonte: elaborado pelo autor com base na Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021).

Caso a conduta infracional praticada pelo particular que acarrete dano ou prejuízo à Administração venha a demandar a necessidade de reparação, a aplicação das sanções previstas no art. 155 da Lei nº 14.133/2021 não afasta ou exclui, “em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública” (§ 9º do art. 156 (BRASIL, 2021)).

De acordo com o § 7º do art. 156 da NLL, a sanção pecuniária (*multa*) poderá ser aplicada cumulativamente com as previstas nos incisos I, III e IV do art. 155. Ademais, se a multa aplicada e as indenizações e ressarcimentos 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.

No que toca aos prazos e à abrangência das sanções de *impedimento* e da *declaração de inidoneidade*, consoante os §§ 4º e 5º do art. 156 da Lei nº 14.133/2021 é preciso observar:

	PRAZO	ABRANGÊNCIA
Impedimento de licitar e contratar	Máximo de 3 anos	Âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção

	PRAZO	ABRANGÊNCIA
Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar	Mínimo de 3 anos e máximo de 6 anos	Âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos

Fonte: elaborado pelo autor com base na Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021).

2.1 Procedimentos para a aplicação das sanções

Em atenção ao disposto no art. 5º, LV, da CRFB, por concernir atividade administrativa sancionatória, sempre se deverá observar o devido processo legal formal e substantivo.

Por se tratar da apuração de ilícitos – no caso, de natureza administrativa –, a doutrina e a jurisprudência estruturam a análise do agir repressivo da Administração Pública com base na estrutura de pensamento do Direito Penal¹, daí a incidência de garantias e princípios típicos do âmbito criminal quando da instrução de procedimentos administrativos sancionatórios.

A despeito da referência à espécie de penalidade *advertência* nos arts. 157 e 159 da Lei nº 14.133/2021, em atenção ao art. 5º, LV, da CRFB a aplicação de toda e qualquer sanção administrativa arrolada no art. 155 da NLL demandará a necessária instauração formal de processo administrativo, garantindo-se, além do contraditório e da ampla defesa, a observância das regras de dosimetria estatuídas no § 1º do art. 156 da NLL:

§ 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 (BRASIL, 2021).

O processo administrativo sancionatório é fundamental para a apuração adequada da autoria e da materialidade da conduta, porquanto somente se estará diante da possibilidade jurídica de aplicação da sanção quando presentes cumulativamente os elementos *objetivo* (ação ou omissão) e *subjetivo* (dolo ou culpa). Nesse sentido, por exemplo, o art. 162 da NLL determina o cabimento de multa apenas quando o atraso na execução contratual for *injustificado*.

¹ Para uma consistente análise jurídico-filosófica acerca da unicidade ontológica entre o *ilícito penal* e o *ilícito administrativo*, ver Dezan (2015).

2.2 Prazo de defesa

Estabelecem os arts. 157 e 158 da NLL que, para a apresentação de *defesa*, o interessado (licitante ou contratado) disporá do prazo “de 15 (quinze) dias úteis”, contado da data de intimação formal.

Em relação à intimação, dada a omissão da Lei nº 14.133/2021, aplica-se subsidiariamente o disposto no art. 26 da Lei nº 9.784/1999. Da mesma forma, pugnamos pela aplicação das regras atinentes à instrução processual e à produção de provas contidas na referida Lei do Processo Administrativo federal, salvo quando houver previsão específica na NLL.

2.3 Formalidades específicas para a apuração das infrações passíveis da sanção de impedimento e de declaração de inidoneidade

Para a apuração das infrações passíveis da sanção de *impedimento* e de *declaração de inidoneidade*, prevê o art. 158 da NLL a necessidade de

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 (BRASIL, 2021).

Mediante decisão fundamentada, deverão ser indeferidas pela comissão as provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas. Conforme o § 2º do mesmo artigo, 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.

Especificamente para a *declaração de inidoneidade*, o § 6º do art. 156 exige prévia *análise jurídica* e estabelece a competência para a deliberação quanto ao sancionamento:

§ 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 (BRASIL, 2021).

2.4 Possibilidade de recurso contra a aplicação da penalidade

No capítulo relativo aos recursos, a Lei nº 14.133/2021 trata especificamente do cabimento de pleito recursal em face de ato administrativo decisório de aplicação das sanções previstas no art. 155 da NLL:

SANÇÃO	RECURSO CABÍVEL	PRAZO DE INTERPOSIÇÃO
Advertência	<i>Recurso administrativo hierárquico</i> (art. 166 da NLL)	"15 (quinze) dias úteis" a contar da data de intimação do interessado
Multa		
Impedimento de licitar e contratar		
Declaração de inidoneidade	<i>Pedido de reconsideração</i> (art. 167 da NLL)	"15 (quinze) dias úteis" a contar da data de intimação do interessado

Fonte: elaborado pelo autor com base na Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021).

Ressalte-se que, nos termos do art. 168 da NLL, tanto o *recurso administrativo* quanto o *pedido de reconsideração* terão efeito suspensivo automático, ou seja, após a interposição da petição recursal. O efeito suspensivo perdurará até o advento de decisão final da autoridade competente. Assim, em caso de aplicação de penalidade, os efeitos da sanção somente se iniciarão com o *trânsito em julgado* do processo administrativo, isto é, após a comunicação formal ao interessado acerca da decisão final da autoridade julgando improcedente o pleito recursal.

2.5 Aplicação definitiva da sanção e atualização dos cadastros unificados

Depois do julgamento definitivo dos eventuais recursos interpostos contra as sanções aplicadas e a respectiva comunicação ao sancionado, as penalidades passam a surtir efeito, devendo o órgão ou a entidade sancionadora, nos termos do art. 161 da NLL, comunicar a aplicação da penalidade 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.

Estipula o art. 161 que, para a comunicação aos responsáveis pela gestão do CEIS e do CNEP, o prazo é de "no máximo 15 (quinze) dias úteis, contado da data de aplicação da sanção". Mais uma vez vale frisar: por *data de aplicação da sanção* entende-se a data em que o processo administrativo da sanção *transitou em julgado*; ou seja, a partir do momento em que a decisão de aplicação da penalidade passa a surtir efeitos jurídicos em vista do transcurso *in albis* do prazo para a interposição

do recurso ou, ainda, a comunicação formal ao interessado acerca da decisão final da autoridade julgando improcedente o pleito recursal.

3 Obrigatoriedade de instauração de processo administrativo sancionatório

Dado o poder disciplinar da Administração Pública, entende-se que a verificação de suposta violação do tipo infracional é um poder-dever, e não uma discricionariedade. Portanto, uma vez conhecida a infração administrativa praticada por servidor ou particular, tem a Administração o dever de imediatamente instaurar o respectivo procedimento adequado à apuração e, conforme o caso, aplicar as penas cabíveis:

Quando determinada conduta é qualificada como ilícito administrativo, sua ocorrência gera o dever de punição. A omissão de punição ao ilícito é tão antijurídica quanto a prática do próprio ilícito. Nunca pode ser uma questão de escolha da Administração punir ou não punir, segundo um juízo de conveniência política. Aliás, a conduta do agente público que deixa de adotar as providências destinadas a promover a punição do sujeito que praticou ilícito pode configurar inclusive crime. Portanto, a prévia definição normativa dos ilícitos puníveis vincula o administrador e retira a margem de liberdade sobre a conduta futura a adotar (JUSTEN FILHO, 2013, p. 245).

Nesse domínio, é paradigmática a recomendação do TCU materializada no Acórdão nº 754/2015 (Plenário): os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações devem autuar processo administrativo com vistas à apenação das empresas que na licitação, na contratação ou na execução contratual injustificadamente praticarem ato ilegal tipificado na legislação de regência, sob pena de responsabilização:

9.5.1. orientem os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações, inclusive os dos órgãos sob seu controle de atuação administrativa e financeira, para que autuem processo administrativo com vistas à apenação das empresas que praticarem, injustificadamente, ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002 e alertem-nos de que tal dispositivo tem caráter abrangente e abarca condutas relacionadas não apenas à contratação em si, mas também ao procedimento licitatório e à execução da avença;

9.5.2. divulguem que estão sujeitos a sanções os responsáveis por licitações que *não observarem a orientação do item 9.5.1 deste acórdão* (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Do entendimento do TCU depreende-se que somente haverá a obrigatoriedade de instauração de procedimento administrativo sancionatório quando presentes o elemento *objetivo* (conduta) e o *subjetivo* (dolo ou culpa escusável). Logo, não há que se falar na inexorabilidade da punição aos licitantes e contratados como uma espécie de responsabilidade objetiva.

Diante da inexistência de prejuízo à Administração, se a conduta for devidamente justificada não haverá lastro para a instauração do processo sancionatório, devendo o servidor responsável justificar nos autos administrativos o motivo da não instauração².

Não obstante tal orientação do TCU alcançar apenas a atuação administrativa dos órgãos e entidades da Administração Pública federal, extrai-se do citado acórdão uma premissa essencial: sob pena de responsabilidade, não é dado aos servidores públicos afastarem-se do *dever* de apurar condutas infracionais injustificadas praticadas no âmbito das licitações e contratos administrativos.

4 Prescrição

A Lei nº 14.133/2021 veicula no § 4º do art. 158 um regramento especial acerca do prazo prescricional para a aplicação de sanção administrativa decorrente de condutas previstas no art. 155 da NLL: “5 (cinco) anos”, contados da ciência da infração pela Administração.

O mesmo dispositivo trata das hipóteses de *interrupção* e de *suspensão* do prazo prescricional:

<i>Interrupção</i>	A partir da instauração do processo de responsabilização de que trata o art. 158 da NLL (para os casos de <i>impedimento</i> e de <i>declaração de inidoneidade</i>)
<i>Suspensão</i>	A partir da celebração formal de acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846/2013
	A partir de decisão judicial “que inviabilize a conclusão da apuração administrativa”

Fonte: elaborado pelo autor com base na Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021).

Como regramento geral, naquilo que for compatível, em se tratando de atividade administrativa sancionatória, entendemos que se aplica subsidiariamente a Lei nº 9.873/1999 para a Administração Pública federal.

Ainda que o § 4º do art. 158 da NLL esteja inserto no contexto de tratamento do “processo de responsabilização inerente às sanções de impedimento e de declaração de inidoneidade”, consideramos que se aplica o prazo prescricional de 5 anos e as hipóteses de interrupção e suspensão também para as penalidades de *advertência* e *multa*. De toda forma, caso se entenda pela aplicação restritiva do § 4º, para

² “9.6. determinar à Fundação Universidade Federal do Maranhão – FUFMA que [...] 9.6.26. aplique as penalidades previstas nos arts. 86 e 87 da Lei nº 8.666/1993 nos casos de atraso na execução e de inadimplência contratual ou justifique no processo o motivo da não-aplicação de multa ou outra sanção” (Acórdão nº 887/2010 do TCU (2ª Câmara) (BRASIL, 2010)).

a Administração federal a matéria encontra-se regulada na Lei nº 9.873/1999, cujo art. 1º prevê o mesmo prazo prescricional de 5 anos.

5 Reabilitação

Para as sanções de *impedimento* e de *declaração de inidoneidade*, o art. 163 da Lei nº 14.133/2021 prevê a possibilidade de “reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade”, desde que presentes de forma cumulativa os seguintes requisitos:

- 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 (BRASIL, 2021).

No caso de sanção pelas infrações previstas nos incisos VIII e XII do *caput* do art. 155 da NLL, exigir-se-á um requisito adicional: que o responsável implante ou aperfeiçoje programa de integridade.

6 Extensão dos efeitos da sanção: a desconsideração da personalidade jurídica

O instituto da *desconsideração da personalidade jurídica* implica a possibilidade de afastamento contextual e delimitado da autonomia da pessoa jurídica para a estender a outras pessoas físicas ou jurídicas os efeitos de eventuais sanções diante da ocorrência de desvio de finalidade, confusão patrimonial ou o próprio abuso das prerrogativas decorrentes da personalidade jurídica.

No campo das licitações públicas, esse instrumento é essencial para impedir a contratação de empresa que se vale, de forma abusiva e fraudulenta, do “escudo” da autonomia jurídica para burlar sanções anteriormente aplicadas a outra pessoa jurídica.

Prevê-se a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil; há também a normatização específica de um *incidente de desconsideração* nos arts. 133 a 137 da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil).

No âmbito administrativo, o art. 14 c/c art. 5º, IV, e, da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) preveem a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica. Da mesma forma, para o regime contratual das empresas estatais, a extensão dos efeitos das sanções foi tratada nos incisos IV, V, VI, VII e VIII do art. 38 da Lei nº 13.303/2016.

Para a Administração direta, autárquica e fundacional, o art. 160 da Lei nº 14.133/2021 admite a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica nos procedimentos de contratação:

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 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 (BRASIL, 2021).

Mesmo antes do advento da NLL, de acordo com entendimentos do STJ e TCU já se reconhecia a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica nas licitações, ainda que ausente a previsão em lei, porquanto, em vista dos princípios da moralidade e isonomia, não poderia a Administração permitir que uma empresa – atuando com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei – participasse de certames licitatórios e, no caso de se ter sagrado vencedora, viesse a ser contratada.

6.1 A desconsideração da personalidade jurídica baseada em indícios e presunções

Em relação aos princípios da Administração Pública – em especial, a moralidade e isonomia –, cumpre transcrever alguns trechos de acórdãos do TCU concernentes à possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica em situações em que se configure o propósito de burla aos objetivos da licitação e de afastamento das consequências da sanção aplicada a determinada empresa, na linha do que se positivou no art. 160 da NLL:

Não raro, integrantes de comissões de licitação verificam que sociedades empresárias afastadas das licitações públicas, em razão de suspensão do direito de licitar e de declaração de inidoneidade, retornam aos certames promovidos pela Administração valendo-se de sociedade empresária distinta, mas constituída com os mesmos sócios e com objeto social similar. Por força dos princípios da moralidade pública, prevenção, precaução e

indisponibilidade do interesse público, o administrador público está obrigado a impedir a contratação dessas entidades, sob pena de se tornarem inócuas as sanções aplicadas pela Administração. O instituto que permite a extensão das penas administrativas à entidade distinta é a desconsideração da personalidade jurídica. Sempre que a Administração verificar que pessoa jurídica apresenta-se a licitação com objetivo de fraudar a lei ou cometer abuso de direito, cabe a ela promover a desconsideração da pessoa jurídica para lhe estender a sanção aplicada. Desse modo, não estará a Administração aplicando nova penalidade, mas dando efetividade à sanção anteriormente aplicada pela própria Administração. [...] O fato de um sócio ou um diretor de uma sociedade empresária fazer parte do ato constitutivo de outra declarada inidônea ou suspensa não significa, necessariamente, que foi constituída com o fim de fraudar. Para que seja possível presumir a intenção ilícita, é preciso que possua objeto social similar e, em acréscimo, sócios-controladores e/ou o sócios-gerentes em comum com a entidade apenada (Acórdão nº 2.218/2011 do TCU (1ª Câmara) (BRASIL, 2011)).

A presente denúncia informa acerca de possível tentativa de burla à penalidade de inidoneidade para licitar com a Administração, aplicada à Adler Assessoramento Empresarial e Representações Ltda. pelo Governo do Distrito Federal (GDF), por meio da utilização de outra sociedade empresarial, pertencente aos mesmos sócios e que atua na mesma área. [...]

5. A situação verificada nos presentes autos possui muito mais elementos de convicção acerca da existência de tentativa de burla ao disposto na Lei 8.666/1993 do que a hipótese delineada no acórdão mencionado.

6. Em meu modo de ver, três características fundamentais permitem configurar a ocorrência de abuso da personalidade jurídica neste caso:

- a) a completa identidade dos sócios-proprietários;
- b) a atuação no mesmo ramo de atividades;
- c) a transferência integral do acervo técnico e humano.

7. Apesar de nossa legislação civil garantir às pessoas jurídicas existência distinta da de seus donos, tal proteção não abrange os casos de abuso, a exemplo de simulações que operam à margem da lei, como a aqui examinada. Sobre o tema, Marçal Justen Filho assim se pronunciou (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª ed., pág. 799): “Não se trata de ignorar a distinção ente a pessoa da sociedade e a de seus sócios, que era formalmente consagrada pelo art. 20 do Código Civil/1916. Quando a pessoa jurídica for a via para realização da fraude, admite-se a possibilidade de superar-se sua existência. Essa questão é delicada mas está sendo enfrentada em todos os ramos do Direito. Nada impede sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo, desde que adotadas as cautelas cabíveis e adequadas.” (Acórdão nº 1.831/2014 do TCU (Plenário) (BRASIL, 2014)).

Com efeito, a possibilidade de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo já foi, inclusive, objeto de pronunciamento do STJ no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.166/BA:

– A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com

a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações [Lei nº 8.666/93], de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

– A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular (BRASIL, 2003, p. 1).

Diante de evidências de burla à efetividade de sanção administrativa imposta, o TCU e o STJ, assim como o próprio art. 160 da Lei nº 14.133/2021, admitem a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das contratações públicas. Para isso, é necessário que fique demonstrado que a constituição de nova empresa teve o objetivo de burlar uma sanção imposta, fraudando os objetivos da licitação.

Ademais, a parte final do art. 160 da NLL consigna que a desconsideração no âmbito administrativo está condicionada à observância do contraditório e da ampla defesa, sempre devendo ocorrer prévia análise jurídica.

7 Consensualidade e atividade sancionatória da Administração

Além das pontuais previsões de acordos substitutivos de sanção no ordenamento jurídico brasileiro³, a Lei nº 13.655/2018, ao promover a inclusão do art. 26 no Decreto-lei nº 4.657/1942, parece ter consagrado a lógica de consensualidade nas práticas de controle da Administração Pública, inclusive quanto às sanções⁴.

A própria Lei nº 14.133/2021, no art. 151, admite a possibilidade de adoção de *meios alternativos* de prevenção e resolução de controvérsias “relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis”, entre as quais se destaca o “inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes” (BRASIL, 2021).

De fato, a legislação sinaliza uma transformação paradigmática na atividade sancionatória da Administração, sobretudo quanto às suas relações contratuais. Partindo da avaliação da *finalidade* e da *justificação* da atividade administrativa sancionatória, deve-se reconhecer uma certa ressignificação do poder punitivo nos contratos administrativos; a sanção deixa de ser uma espécie de resposta automática e vinculada

³ Nesse sentido: compromissos de ajustes nos setores antitruste e mercado de valores mobiliários (Leis nos 8.884/1994 e 9.457/1997); compromissos de cessação de conduta junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Lei nº 12.529/2011); e acordos de leniência diante de práticas de corrupção (Lei nº 12.846/2013).

⁴ Ver Motta e Nohara (2019, p. 87-90).

para ser compreendida – sob a óptica de busca de eficiência e de uma relação contratual horizontal – como instrumento de gestão pública. Essa perspectiva é desenvolvida com profundidade por Alice Voronoff em sua obra *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*, da qual se podem mencionar estas conclusões:

[A sanção administrativa deve ser] vista como medida de gestão, que deve estar integrada às atividades materiais a cargo do administrador a título de ferramenta a mais – ao lado de outras, como as estratégias de fomento, persuasivas e preventivas – em busca de efetividade e eficiência [...] as sanções administrativas mais graves previstas da Lei nº 8.666/1993, relativas à suspensão do direito ou impedimento de o particular licitar ou contratar com a Administração Pública, como medidas coercitivas que têm custos significativos (para o particular, para a sociedade e para o próprio Poder Público) e que podem não incentivar a maior conformidade do comportamento dos agentes sancionados. Soluções alternativas, como as de autossaneamento, já praticadas no exterior e afinadas à tendência mais contemporânea de valorização de programas de *compliance*, podem levar a resultados mais efetivos e eficientes (VORONOFF, 2019, p. 318-319).

Em sentido similar, salientem-se as palavras de Oliveira ([2020]). Fundamentado nas conclusões de Maria João Estorninho, ele aduz que

o poder sancionatório da Administração Pública nos contratos administrativos não tem uma função predominantemente punitiva. O que prevalece na penalidade do regime contratual administrativo é o seu caráter funcional, que é o de imediata satisfação do interesse público buscado por meio da contratação⁵.

Desse modo, a busca de eficiência como maximização do bem-estar social⁶ deve ter por paradigma, não a potencialização do agir punitivo por si só, mas sim a execução mais adequadamente possível do objeto contratual, ainda que venha a representar um não agir punitivo da Administração – desde que, respeitadas as balizas legais e jurisdicionais, represente a melhor alocação de incentivo⁷ para o particular no sentido de fazer cessar a conduta infracional e esmerar-se no cumprimento de

⁵ Esse fundamento encontra-se no seguinte trecho da obra de Estorninho (2003, p. 128): “A função principal da sanção nos contratos administrativos não é, nem a de reprimir as violações contratuais nem a de compensar a Administração pelos prejuízos sofridos, mas sim a de obrigar o particular a cumprir a prestação a que está adstrito e, dessa forma, assegurar a prossecução do interesse público subjacente ao contrato”.

⁶ Trata-se de uma compreensão do princípio da eficiência com base na Análise Econômica do Direito: “o que está subjacente a esse tipo de raciocínio é que os recursos da sociedade são escassos e podem ser empregados para finalidades diversas (usos concorrentes), mas excludentes, que não necessariamente gerarão o mesmo nível de bem-estar social. Dessa forma, a eficiência alocativa se preocupa com a escolha que gera o maior nível de bem-estar possível. Uma escolha será alocativamente eficiente se não houver qualquer outra alocação dentro da fronteira de possibilidades que gere um bem-estar maior para a sociedade” (GICO JUNIOR, 2020, p. 13).

⁷ Para melhor compreensão acerca das estratégias de “alocação de incentivos”, desenhos de mecanismos, avaliação e indução de comportamento dos agentes de mercado, ver Nóbrega (2020, p. 24-34, 42-47) e Gico Junior (2019, p. 18-21, 26-28).

suas obrigações. Em outras palavras, a eficiência da gestão contratual estaria, não na aplicação indeclinável das sanções previstas no instrumento negocial, mas sim na obtenção do cumprimento do objeto avençado, sem necessidade de a Administração valer-se do poder punitivo.

Segundo Pereira e Schwind (2015), o incentivo ao *autossaneamento* – inspirado na figura do *self-cleaning* prevista nos ordenamentos dos EUA⁸ e da União Europeia⁹ – é compatível com o sistema jurídico brasileiro: o enfoque da gestão pública deveria ser baseado na adoção de medidas voltadas à prevenção de condutas delituosas futuras em substituição à aplicação de penalidades, que, caso não inviabilizassem a existência do contratado, decorreriam de procedimentos administrativos extremamente custosos para a Administração¹⁰.

Nessa quadra de evolução das normas relativas ao sancionamento nos contratos administrativos, é possível concluir que o *fundamento* da necessária observância de um procedimento dialógico insito no agir punitivo da Administração nas contratações públicas decorre da compreensão da atividade sancionatória como ferramenta institucional de gestão pública; nesta, a consensualidade afigura-se como *técnica regulatória* para a obtenção de soluções mais efetivas e legítimas, na perspectiva de formação democrática das ações para o atingimento das finalidades públicas inerentes à contratação.

No caso específico das contratações públicas, desde que presentes os pressupostos previstos no art. 26 da LINDB, não vemos óbices à formalização de compromissos de condutas contratuais para o afastamento condicionado ao *dever* de aplicação da sanção pelo gestor público.

⁸ Ver Subparte 9.4 da *Federal Acquisition Regulation (FAR)* (UNITED STATES, 2021).

⁹ Ver item 6 do art. 57 da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/2/2014, relativa aos contratos públicos (UNIÃO EUROPEIA, [2020]).

¹⁰ Concluem os autores: “O debate sobre a aplicação da ideia de autossaneamento (*self-cleaning*) no direito brasileiro é necessário e urgente. A sofisticação dos instrumentos legislativos de combate à corrupção deve ser acompanhada da percepção dos efeitos potencialmente danosos dos mecanismos tradicionais de repressão das condutas corruptas. [...] A experiência do direito comparado, notadamente europeu, norte-americano e de organismos internacionais como o Banco Mundial, com os instrumentos de autossaneamento é rica e aprofundada, com o estabelecimento de critérios para a identificação de situações de cabimento ou não desse regime, de medidas efetivas de correção (que podem ser e em geral são extremamente severas e sacrificantes), de instrumentos de fiscalização e de prevenção do abuso na exclusão de penalidades cabíveis e necessárias. Cabe-nos repensar de modo crítico o sistema brasileiro de repressão à corrupção por meio da generalização da proibição de contratar com a Administração Pública. [...] É urgente aprofundar a análise dos instrumentos à disposição do Estado para que o necessário combate rigoroso à corrupção não se converta em um fator adicional na superação das dificuldades econômicas atuais” (PEREIRA; SCHWIND, 2015, p. 16).

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 18 jul. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.166/BA*. Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Licitação. Sanção de inidoneidade para licitar. Extensão de efeitos à sociedade com o mesmo objeto social, mesmos sócios e mesmo endereço. Fraude à lei e abuso de forma [...]. Recorrente: G E G Móveis Máquinas e Equipamentos Ltda. Recorrido: Estado da Bahia. Impetrado: Secretário de Administração do Estado da Bahia. Relator: Min. Castro Meira, 7 de agosto de 2003. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200200942657&dt_publicacao=08/09/2003. Acesso em: 18 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 754/2015*. Auditoria para verificação do cumprimento do art. 7º da Lei 10.520/2002, conforme Acórdão 1.273/2012 – Plenário. Inobservância do dispositivo legal por diversas unidades. Reincidência de empresas nas condutas tipificadas no art. 7º. Oitivas e audiências [...]. Interessado: Tribunal de Contas da União. Responsáveis: Abdias da Silva Oliveira e outros. Entidade: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação – Sefti. Relatora: Min. Ana Arraes, 8 de abril de 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/754%252F2015/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 18 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (2. Câmara). *Acórdão nº 887/2010*. Prestação de contas. Contratação de fundação de apoio por dispensa de licitação. Considerações. Ausência de inventário. Fracionamento de despesas. Irregularidade das contas. Multa. Determinações [...]. Responsáveis: Alessandra Miná Barreto Cavalcante de Souza e outros. Entidade: Fundação Universidade Federal do Maranhão – MEC. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo – MA (Secex-MA). Relator: Min. José Jorge, 9 de março de 2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/887%252F2010/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520>. Acesso em: 18 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 1.831/2014*. Denúncia. Contratação de empresa que incorporou outra, declarada inidônea para contratar com a administração pública. Oitivas dos envolvidos. Sociedades com mesmo objeto e sócios. Tentativa de burla à sanção [...]. Denunciante: Identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei 8.443/1992). Responsáveis: R. E. Engenharia Ltda.; Antônio Ricardo Sechis; Ernesto Calvet de Paiva Carvalho. Entidade: Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP) e Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog). Relator: Min. José Mucio Monteiro, 9 de julho de 2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1831%252F2014/%2520/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 18 jul. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (1. Câmara). *Acórdão nº 2.218/2011*. Pedido de reexame. Representação. Licitação. Edital. Cláusula impeditiva de participação de interessados suspensos por ente distinto da administração pública. Sanções aplicadas a pessoa jurídica. Alcance dos efeitos. Determinações. Interposição de recurso. Conhecimento. Negado provimento. Unidade: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero). Relator: Min. José Mucio Monteiro, 12 de abril de 2011. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2218%252F2011/%2520>

DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 18 jul. 2021.

DEZAN, Sandro Lúcio. *Ilícito administrativo disciplinar*: da atipicidade ao devido processo legal substantivo. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2015.

ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Bem-estar social e o conceito de eficiência. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 16, n. 2, p. 1-43, maio/ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2020.v16i2.3581>.

_____. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). *Direito e economia no Brasil*: estudos sobre a análise econômica do direito. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 1-32.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão*: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2013.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no direito público*: Lei 13.655/2018. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NÓBREGA, Marcos. *Direito e economia da infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. Da possibilidade de aplicação de sanções administrativas nos processos de licitação e contrato durante o curso do estado de calamidade. *Portal L&C*: Licitação e Contrato, [s. l., 2020]. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo/possibilidade-aplicacao-sancoes-administrativas-nos-processos-licitacao-contrato-durante-curso-estado-calamidade-18052020.html>. Acesso em: 18 jul. 2021.

PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. Autossaneamento (*self-cleaning*) e reabilitação de empresas no direito brasileiro anticorrupção. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*, Curitiba, n. 102, p. 1-16, ago. 2015. Disponível em: https://www.justen.com.br/pdfs/IE102/IE102_Cesar_e_Rafael_Self-cleaning_e_reabilita%C3%A7%C3%A3o_de_empresas.pdf. Acesso em: 18 jul. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu; Conselho da União Europeia. *Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro de 2014*. Relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. [S. l.]: EUR-Lex, [2020]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>. Acesso em: 18 jul. 2021.

UNITED STATES. *Federal Acquisition Regulation*: part 9 – contractor qualifications. [S. l.]: Acquisition.gov, 2021. Disponível em: <https://www.acquisition.gov/far/part-9>. Acesso em: 18 jul. 2021.

VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil*: justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

Conheça outras obras publicadas
pelo Senado Federal

livraria.senado.leg.br

O livro *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*, do professor Victor Aguiar Jardim de Amorim, estudioso e especialista em Direito Público, tem-se consolidado como importante referência para os que querem conhecer e aprofundar-se no tema das contratações públicas, matéria de fundamental importância para a Administração Pública e para a boa prestação dos serviços públicos no Brasil. Produzida desde 2017 pela Editora do Senado Federal, essa obra ganha agora uma revisão completa em virtude da nova Lei, cuja tramitação, enquanto ainda era apenas projeto, contou com o acompanhamento e o entusiasmo do autor.

Nessa obra, ele trata de todos os aspectos previstos para o processo licitatório, desde o planejamento da licitação até a execução do contrato, apresentando as principais ideias e finalidades da norma legal de forma objetiva, clara e didática, elencando ainda parte da jurisprudência dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União acerca da matéria. A obra é, assim, um suporte importante para os que querem compreender melhor a nova Lei e seus desdobramentos ao longo dos próximos anos.

(Trecho da apresentação do senador Antonio Anastasia)

