

>> REFLEXÕES
SOBRE A NOVA
LEI DE
LICITAÇÕES

APOIO:



>> **REFLEXÕES**
SOBRE A NOVA
LEI DE

LICITAÇÕES

5

FICHA TÉCNICA

Bibiana Helena Freitas Camargo (org.)

Sergio Ciquera Rossi (org.)

Patrick Raffael Comparoni (rev.)

Reflexões sobre a nova lei de licitações

ISBN 978-65-0044-347-9

São Paulo

EPCP - Escola Paulista de Contas Públicas

2022

Reflexões sobre a nova lei de licitações / organizadores: Bibiana Helena Freitas Camargo, Sergio Ciquera Rossi ; revisor: Patrick Raffael Comparoni. – São Paulo : EPCP, 2022.

ISBN 978-65-0044-347-9

1. Direito administrativo. 2. Licitações. 3. Contrato administrativo. 4. Processo licitatório. I. Camargo, Bibiana Helena Freitas. II. Rossi, Sergio Ciquera. III. Comparoni, Patrick Raffael. IV. Título.

CDD 340

Elaborado por Giliardi Pereira Dell'Paoli – CRB-8/10114

SUMÁRIO

Apresentação.....	07
Prefácio.....	09
Introdução.....	11
I. Vigência, eficácia e período de transição da Nova Lei de Licitações <i>Maria das Graças Bigal Barboza da Silva</i>	15
II. Aspectos gerais dos regulamentos exigidos pela Lei nº 14.133/2021 <i>Maira Coutinho Ferreira Giroto, Maria das Graças Bigal Barboza da Silva, Robson Luís Correia</i>	23
III. A Nova Lei de Licitações e seus prazos <i>Joaquim Tavares Perrelli</i>	47
IV. Da legislação mencionada pela Lei nº 14.133/2021 <i>Joaquim Tavares Perrelli</i>	71
V. Estudo técnico preliminar e plano de contratações anual: elementos primordiais ao planejamento <i>Robson Luís Correia</i>	97
VI. Os princípios na Lei nº 14.133/2021 <i>João Pedro Torres Skinner</i>	119
VII. Das modalidades de licitação <i>Leonardo Frenhan Takahashi</i>	129
VIII. A possibilidade de indicação de marcas ou modelos na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos <i>Thaís Albani dos Santos</i>	163
IX. Cautelas a serem tomadas nas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra <i>Thaís Albani dos Santos</i>	169
X. As condições de habilitação e o encerramento do processo de licitação <i>Francisco Carlos Grancieri</i>	177
XI. O controle da legalidade exercido pelo parecer jurídico no regramento da Lei nº 14.133/2021 <i>João Arnaldo da Silva</i>	197

XII.	O julgamento e a seleção da melhor proposta no âmbito da Lei nº 14.133/2021 <i>João Arnaldo da Silva</i>	205
XIII.	Hipóteses de contratação direta – inexigibilidade, dispensa e alienações <i>Rosmari Aparecida Ferraiolo</i>	219
XIV.	Os procedimentos auxiliares na Nova Lei de Licitações <i>Danilo Ribeiro da Silva</i>	241
XV.	As novas regras da Lei nº 14.133/2021 para os contratos administrativos <i>Maira Coutinho Ferreira Giroto</i>	255
XVI.	A duração dos contratos na Nova Lei de Licitações <i>Leonardo Cepellos Monticelli</i>	271
XVII.	Aspectos fundamentais da fiscalização dos contratos <i>Leonardo Cepellos Monticelli</i>	289
XVIII.	A alteração dos contratos e dos preços e as hipóteses de extinção dos contratos na Lei nº 14.133/2021 <i>Rodolfo Falcão Cunha Lima de Queiroz</i>	305
XIX.	Inovações da Lei nº 14.133/2021 na fase de execução contratual <i>Maira Coutinho Ferreira Giroto</i>	323
XX.	O controle da regularidade das contratações públicas na Nova Lei <i>Maira Coutinho Ferreira Giroto e Maria das Graças Bigal Barboza da Silva</i>	341
XXI.	Um novo paradigma de transparência: o portal nacional de contratações públicas da Nova Lei de Licitações <i>Elias Santos Ferreira</i>	355
XXII.	Projeto e orçamento nas contratações de obras e serviços de engenharia segundo a Nova Lei de Licitações <i>Silvia M. A. Guedes Gallardo</i>	369
XXIII.	Exigências de qualificação técnico-profissional e técnico-operacional para obras e serviços de engenharia na Nova Lei de Licitações <i>Silvia M. A. Guedes Gallardo</i>	389
	Mensagem dos Apoiadores	402

APRESENTAÇÃO

A ideia deste livro nasceu com o êxito alcançado por técnicos deste Tribunal, quando de capacitação interna em que foram comentados artigo por artigo da Lei nº 14.133, de 2021. O objetivo, na oportunidade, era o enfrentamento das significativas mudanças promovidas na legislação licitatória que todos sabem trata-se de indispensável instrumento para a execução orçamentária.

E essas mudanças não foram poucas e muitas delas introduzindo normas e figuras que dependerão de um novo olhar, abandonando-se o regramento anterior que ainda vigorará por mais um tempo. A estrutura do livro concentra-se na apresentação de capítulos de autoria individual de cada um dos técnicos, incluindo alguns dispositivos já regulamentados que diga-se são em grande quantidade.

Pois bem, os técnicos da Casa emprestaram ao trabalho todos os esforços – e o fizeram com muita competência – no sentido de levar aos jurisdicionados o entendimento que construirá em decorrência do dia a dia da fiscalização.

Devemos aqui reverenciar esse grupo de servidores que mesmo envolvidos com as lidas diárias aceitaram a provocação e dedicaram-se, intensamente, à missão que hoje se materializa cercada de êxito.

Este livro busca antecipar um primeiro entendimento para os infindáveis questionamentos que serão feitos. É um trabalho que serve de proteção aos ordenadores de despesas e suas equipes, oferecendo-lhes segurança na prática dos atos que lhes cabem.

É preciso que se consigne que este livro não vincula, em momento algum, as decisões que serão proferidas por esta Corte, mas inquestionavelmente foi produzido por quem conhece o contexto dessas decisões. É um trabalho inédito no âmbito das Cortes de Contas o que muito nos orgulha.

Sergio Ciquera Rossi
Secretário-Diretor-Geral do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

Bibiana Helena Freitas Camargo
Diretora da Escola Paulista de Contas Públicas do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

PREFÁCIO

Em princípio gostaria de parabenizar os servidores pela iniciativa agradecer pela deferência desse convite para deixar aqui minhas palavras. A ideia desse livro surgiu do esforço de um grupo de servidores, durante período em que estive na Presidência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em meados de 2021, quando a Lei publicada começou a ser estudada.

A Nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC ainda é um desafio. Veio para consolidar, padronizar, centralizar e modernizar os ritos relativos aos certames licitatórios, procedimentos auxiliares e gestão dos contratos, com foco no tripé da Administração Pública, a governança das contratações, a segregação de funções, resultado de uma adequada gestão por competências.

Consolida quando agrega as Leis 8666/93, a Lei 10520/02 e a Lei 12462/11, as jurisprudências dos Tribunais e as melhores práticas. **Padroniza** quando nacionaliza o procedimento de forma ampla e plena. **Centraliza** quando busca a concentração das contratações em centrais de compras, com o objetivo de realizar aquisições em grande escala, para atender a diversos órgãos e entidades e traz outros inúmeros instrumentos e procedimentos nesse sentido. **Moderniza** com Governo Digital a exemplo do Portal Nacional de Compras Públicas – PNCP, do conceito de ciclo de vida do objeto; da permissão de definir marcas e modelos e solicitar certificações, porém, trazendo as respectivas instruções que requerem conhecimento e procedimentos internos dos órgãos para a correta aplicabilidade.

É da competência da União legislar sobre as normas gerais, que não exclui a dos Estados e Municípios de forma suplementar no sentido da operacionalização da Lei.

Essa obra, fruto de um diálogo aberto entre os servidores do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, é um roteiro que creio será de grande valia para a operacionalização dessa nova legislação.

Cristiana de Castro Moraes
Conselheira do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

INTRODUÇÃO

Passados quase trinta anos de vigência da Lei n. 8.666/1993, foi promulgada a Lei n. 14.133/2021, cujo intuito é modernizar o regime jurídico para licitações e contratos administrativos. O novo diploma reúne normas criadas após a Lei Geral dos anos 90 – em especial a Lei do Pregão (Lei n. 10.520/2002) e a Lei do Regime Diferenciado de Licitações (Lei n. 12.462/2011) – que foram compreendidas pelos estudiosos e operadores da matéria como vantajosas para as relações contratuais envolvendo o setor público.

Além disso, a nova lei busca consolidar normativamente práticas consideradas positivas para a Administração nas contratações, a exemplo da antecipação de pagamento (art. 145), ou mesmo a previsão de mecanismos alternativos de solução de controvérsias entre as partes (artigos 151 a 154).

Outra diretriz está na previsão de inovações relacionadas às modalidades de licitação e aos procedimentos auxiliares, com destaque para mecanismos aptos a promover maior interação entre a Administração e os particulares interessados em firmar contratos com ela, tais como a Manifestação de Interesse Privado (art. 81) – comum no âmbito das concessões de serviços públicos (Lei n. 8.987/995) e parcerias público-privadas (Lei n. 11.079/2004) – e o Diálogo Competitivo (art. 32), ainda inédito no Brasil, mas com resultados concretos no âmbito da União Europeia.

Todas essas novidades serão objeto de análise pelos Tribunais de Contas ao longo dos próximos meses e anos, conforme a Lei n. 14.133/2021 passar a ser adotada pelos órgãos jurisdicionados. Nesse cenário, também serão implementadas pelos órgãos de controle as disposições inovadoras que (arts. 169 a 173) que dispões sobre a própria atividade de controle, o que trará importante impacto na atividade contratual pública.

No livro que o leitor tem em mãos, foram reunidos artigos escritos por servidores do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que atuam diariamente na análise de licitações e contratos administrativos dos órgãos jurisdicionados desta Casa, o que inclui o Governo estadual e 644 municípios.

A obra consegue ser, ao mesmo tempo, acessível, abrangente e profunda, permitindo o contato do público em geral com as novidades do regime legal e com aspectos mais corriqueiros das contratações, já analisados por este Tribunal no âmbito das leis a serem revogadas.

Não se trata da posição oficial do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo a respeito dos variados temas aqui analisados, já que isso, obviamente, demandará a análise dos casos que chegarem para decisão pelas Câmaras e Pleno da Casa.

Este livro divulga ideias dos membros das equipes técnicas essenciais para o bom funcionamento das atividades de controle. Sua publicação reflete o esforço do TCESP para levar a todos os interessados, incluindo os jurisdicionados, reflexões traçadas por especialistas desta Corte, com vistas a expor suas visões individuais e fomentar novos debates sobre o regime de contratações públicas, em constante construção.

Certamente, o livro contribui para a formação deste novo cenário nas licitações e contratos administrativos.

Boa leitura!

Conselheiro Dimas Ramalho
Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

CAPÍTULO I

VIGÊNCIA, EFICÁCIA E PERÍODO DE TRANSIÇÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Maria das Graças Bigal Barboza da Silva

A Lei nº 14.133/2021 consiste em uma nova norma geral de licitações e contratações públicas, editada pela União dentro da competência prevista no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, em substituição às Leis nºs 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011¹.

No entanto, a revogação dessas três normas, conforme preceituado no artigo 193, inciso II, da Lei nº 14.133/2021, dar-se-á em 1º de abril de 2023, ou seja, após decorridos dois anos da sua publicação oficial.

Durante esse período, a Administração poderá optar por licitar ou contratar com base na nova Lei ou de acordo com as três leis citadas, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital, aviso ou instrumento de contratação direta, sendo vedado combiná-las.

Diante de inúmeras questões que surgiram com a **vigência imediata** da Lei e o **período de transição** concedido, podem-lhe ser atribuídos, primordialmente, os objetivos de:

1 Importante destacar que o artigo 173, § 1º, inciso III, também da Constituição Federal, define que lei estabelecerá o estatuto jurídico das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, o que ocorreu com a publicação da Lei nº 13.303/2016 sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

- » Garantir o tempo necessário para que os Poderes Executivos Federal, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios promovam ou customizem suas regulamentações e desenvolvam adaptações nos sistemas requeridos, haja vista as regras, por exemplo, dos artigos 19 e 174².
- » Garantir o tempo adequado para que os órgãos e as entidades públicas estruturem seus recursos humanos e procedimentos de controle das contratações, a exemplo do que preveem os **artigos³ 7º, 8º e 169**, e desenvolvam seus respectivos regulamentos internos.

A vigência imediata da Lei, permitindo esse período de transição, deve ser entendida como um recado aos referidos poderes e aos órgãos e entidades públicas de que a implantação da Lei é gradativa, devendo, assim, ser amparada técnica e juridicamente a cada caso concreto.

Da União o novo diploma exige relativamente poucas medidas de adaptação, visto que traz em seu bojo entendimentos do Tribunal de Contas da União e regras contidas em atos normativos pré-existentes de aplicação no âmbito da administração pública federal, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios. Vislumbra-se, entretanto, a necessidade de importantes ações em adaptações de procedimentos e práticas de gestão para viabilizar a adoção da nova Lei.

Nesse contexto, o forte viés de planejamento e inovações tecnológicas previsto na operacionalização da Lei sugere que os órgãos e as entidades públicas comecem pela reorganização das respectivas estruturas e construção dos seus regulamentos internos. Nesse momento, deverão saltar lacunas e ressalvas, que demandarão ações dos poderes executivos.

2 O artigo 19 prevê medidas que devem ser tomadas pelos órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos, enquanto o artigo 174 dispõe sobre o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

3 Dentre as previsões dos três dispositivos, destacam-se, respectivamente: promoção da gestão por competências; a figura do agente de contratação; e gestão de riscos e de controle preventivo.

Superadas essas lacunas e ressalvas, espera-se que os órgãos e as entidades públicas estejam preparados, **senão para tudo**, mas para aquilo que já é aplicável, de acordo com as regras previstas na Lei. E que, sob o cuidadoso olhar para dentro do seu âmbito, saibam implementar apenas o necessário, sem burocracia e retrabalho, com segurança e capacitação dos envolvidos.

Em resumo, observando-se essas providências primárias durante esse período, será possível optar pela aplicação:

- » Da Lei nº 14.133/2021; ou
- » Da Lei nº 8.666/2021; ou
- » Da Lei nº 10.520/2002 (com a condição em seu artigo⁴ 9º); ou
- » Da Lei nº 12.462/2011, observando-se o disposto no § 2º de seu artigo⁵ 1º.

Importante ressaltar que todos os atos da fase interna ou preparatória, da fase externa ou de divulgação do edital, das fases de julgamento e habilitação, da fase recursal, da fase de homologação e da fase de execução contratual, até a conclusão final da avença, deverão ser praticados integralmente de acordo com o preceituado na norma indicada no edital, aviso ou instrumento de contratação direta. Em caso de utilização da Lei nº 8.666/1993, deve-se observar que a Lei nº 14.133/2021 revogou os artigos 89 a 108, aplicando-se de imediato o disposto no Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), artigos 337-E/P, conforme Capítulo II (das alterações legislativas), artigo 178 da referida Lei.

Em breve resumo, a operacionalização da Lei depende, conforme cada caso concreto, entre outras providências, da **adequação** de recursos humanos e tecnológicos, sistemas estruturantes e rotinas internas de modo que:

4 Art. 9º. Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

5 Art. 1º, § 2º. A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei.

- » Seja implementada a gestão por competências e viabilizada a designação de agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução da nova Lei (gestão e fiscalização de contratos, assessoramento jurídico, controle interno, entre outras) que preencham os requisitos elencados em seu **artigo 7º**;
- » As licitações sejam conduzidas por agente de contratação, designado entre servidores efetivos ou empregados públicos do quadro permanente da Administração, 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, nos termos definidos no **artigo 8º**;
- » As licitações sejam realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica e, no caso de utilização motivada da forma presencial, a sessão pública seja registrada em ata e gravada em áudio e vídeo;
- » Sejam cumpridas as regras de divulgação em sítio eletrônico oficial dos atos exigidos pela nova Lei, que é o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), assim como, em caráter complementar (artigo 175), o sítio eletrônico oficial do ente federativo.

Não menos importante, o Controle Interno do órgão e das entidades públicas deve estar customizado com as regras do **artigo 6º, inciso II e § 1º**.

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

A **eficácia** dos contratos e respectivos aditamentos firmados no regime da Lei nº 14.133/2021⁷ tem como condição indispensável a divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela nova Lei.

O Portal Nacional de Contratações Públicas já foi implantado pelo Governo Federal, inclusive com a regulamentação do Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, exigido pelo § 1º do artigo 174 da nova Lei, o que ocorreu por meio do Decreto nº 10.764/2021. Sua versão inicial (1.0) foi disponibilizada, tendo sido realizado um webinar liderado pela SEGES/ME.

Sabemos que o PNCP é uma vitrine. É um portal de consultas e uma base de dados. É um projeto de país; por isso, eleva o nível de maturidade no quesito compras de governo. É um divisor de águas, um marco da transparência. É uma estratégia integrada que exige ação compartilhada dos entes e órgãos e entidades públicas em um esforço colaborativo. Constitui-se em um organismo vivo, em construção, em evolução constante. A versão 1.0 representa o núcleo duro para fazer o PNCP rodar, já com muitos portais integrados.

Importante frisar que sua alimentação é feita a partir de sistemas diretamente para o Portal, a exemplo da BEC do Estado de São Paulo e de diversos sistemas de outros Estados, que já estão integrados e enviarão seus dados e arquivos diretamente para o PNCP.

Ressalva se faz somente quanto aos Municípios com até vinte mil habitantes, que terão o prazo de seis anos, contados de 1º de abril de 2021, para cumprimento das quatro adequações elencadas anteriormente. Esses entes estão expressamente autorizados a substituir a divulgação no PNCP pela publicação em diário oficial das informações que a Lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, disponibilizando as versões físicas dos documentos em suas repartições. **No entanto, devem observar todos os**

7 Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/pncp>; acesso em 26/08/2021.

critérios, diretrizes e exigências da nova Lei que não estejam expressamente mencionados em seu artigo 176 ⁸.

O caminho para a implantação da Lei nº 14.133/2021, portanto, exige esforços e medidas concretas por parte de todos os envolvidos, inclusive dos Tribunais de Contas. Primordialmente, em suas funções de fiscalizar as contratações públicas e de capacitar seu próprio quadro funcional e os servidores efetivos e empregados públicos que desempenham as muitas funções essenciais à execução da nova Lei. Este livro é um importante passo nessa missão.

8 Art. 176. Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento: I – dos requisitos estabelecidos no art. 7º e no *caput* do art. 8º desta Lei; II – da obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o § 2º do art. 17 desta Lei; III – das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial. Parágrafo único. Enquanto não adotarem o PNCP, os Municípios a que se refere o *caput* deste artigo deverão: I – publicar, em diário oficial, as informações que esta Lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato; II – disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo o referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica.

CAPÍTULO II

ASPECTOS GERAIS DOS REGULAMENTOS EXIGIDOS PELA LEI Nº 14.133/2021

Maira Coutinho Ferreira Giroto
Maria das Graças Bigal Barboza da Silva
Robson Luís Correia

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema central os regulamentos exigidos por diversos dispositivos da Lei nº 14.133/2021, dos quais depende, em muitos casos, a própria eficácia do novo estatuto das contratações públicas.

Tais regulamentos têm como finalidade garantir a devida aplicação da nova Lei em consonância com os sistemas tecnológicos previstos, de competência ora dos entes federativos ora de órgãos e entidades públicas, viabilizando sua operacionalização.

O foco da nova Lei está no planejamento, na padronização, na publicidade, na celeridade e nos resultados das contratações. Para a obtenção desses resultados são necessários fluxos de trabalho eficientes que não requeiram retrabalho e burocracia. Por isso, é assim que os sistemas e regulamentos devem ser pensados pelos gestores e agentes públicos envolvidos em sua elaboração, implantação e aplicação.

Nesse sentido, a Administração Pública deve prestigiar o conhecimento da prática dos técnicos da linha de frente dos respectivos processos de trabalho, dos órgãos e entidades públicas executoras, na obtenção de informações e propostas.

Com a Lei em vigência a partir de 01.04.2021, os entes federativos, os órgãos e entidades públicas deverão promover todos os ajustes necessários aos seus comandos durante o período de transição, que se encerra em 01.04.2023.

A construção de um processo dessa magnitude é longa e requer estudos e capacitações contínuas, que motivarão os atores envolvidos a explorar espaços de melhoria, como acontece em tudo que é novo.

Independentemente de os Estados, o Distrito Federal e os Municípios terem a prerrogativa de regulamentar assuntos de interesse local, na letra da nova Lei, o artigo 187 dispõe que esses entes poderão avaliar a adoção de regulamentos editados pela União.

Em princípio, essa possibilidade é uma referência para o desenvolvimento dos conteúdos próprios dos demais entes federativos. A simples adoção parcial ou total de regulamentos federais deve ser cuidadosamente avaliada, evitando-se regras complexas quando comparadas às necessidades e competências locais.

No entanto, está claro que a nova Lei impõe, em alguns aspectos, a padronização e a nacionalização de muitos procedimentos e, nessa linha, compete aos entes federativos revisar os respectivos regulamentos vigentes sob a égide das Leis nºs. 8.666/1993, 10.520/2002, e dos artigos 1º a 47-A da 12.462/2011, bem como analisar a construção de outros para as necessárias adaptações das estruturas organizacionais e realidades locais.

Dos temas citados na Lei a serem regulamentados, alguns são exclusivos do Poder Executivo Federal, outros de competências de todas as esferas, nas suas especificidades locais, e outros dos órgãos e entidades públicas.

Os dispositivos da nova Lei que exigem regulamentos em caráter geral e específicos (temas das **seções II e III** deste artigo) dependem, primeiramente, da

caracterização dos sujeitos públicos envolvidos e das possibilidades de atribuição de competências regulamentares, tema da **seção I** deste artigo. Não menos importante é o entendimento do artigo 189; determina a aplicação da nova Lei às hipóteses previstas nas legislações que façam referência expressa à Lei nº 8.666/1993, à Lei nº 10.520/2002, e aos artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011, quando for citada apenas de passagem, a exemplo da Lei de Concessões, Lei nº 8987/1995, que cita brevemente a Lei nº 8.666/1993.

SEÇÃO I ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ensina Carvalho Filho (2015, p. 12) que:

A Administração Pública, sob o ângulo subjetivo, não deve ser confundida com qualquer dos Poderes estruturais do Estado, sobretudo o Poder Executivo, ao qual se atribui usualmente a função administrativa. Para a perfeita noção de sua extensão é necessário pôr em relevo a função administrativa em si, e não o Poder em que é ela exercida. Embora seja o Poder Executivo o administrador por excelência, nos Poderes Legislativo e Judiciário há numerosas tarefas que constituem atividade administrativa, como é o caso, por exemplo, das que se referem à organização interna dos seus serviços e dos seus servidores. Desse modo, todos os órgãos e agentes que, em qualquer desses Poderes, estejam exercendo função administrativa, serão integrantes da Administração Pública.

Não por outra razão, o artigo 1º, *caput* e inciso I, da Lei nº 14.133/2021 dispõe que as normas gerais de licitação e contratação por ela estabelecidas são aplicáveis às Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo os órgãos dos

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

Sob esse prisma, o conceito de Administração Pública do inciso III do artigo 6º da nova Lei deve ser entendido como abrangendo tanto os Poderes Executivos federal, distrital, estaduais e municipais quanto os respectivos Poderes Legislativos e Judiciários.

O inciso IV do artigo 6º, por sua vez, traz o importante conceito de Administração: “órgão ou entidade por meio do qual a Administração Pública atua”. Os incisos I e II do mesmo artigo esclarecem a distinção entre eles: o órgão é a “unidade de atuação integrante da estrutura da Administração Pública” e a entidade é a “unidade de atuação dotada de personalidade jurídica” (grifo nosso).

Em razão dessa distinção, é possível se referir a uma prefeitura, por exemplo, tanto como órgão quanto como entidade, eis que se enquadra tanto na definição do inciso I quanto na definição do inciso II do artigo 6º da nova Lei. Porém, a referência a uma secretaria municipal, por exemplo, deverá ser somente como órgão, por não ser dotada de personalidade jurídica própria.

A ausência de personalidade jurídica própria, no entanto, não impede que um órgão figure como contratante em um contrato administrativo. A competência para firmar contratos de ministérios e de secretarias estaduais e municipais, por exemplo, dependerá da legislação que dispõe sobre a organização administrativa da União, de cada Estado e de cada Município.

O mesmo acontece com a competência para editar regulamentos e normas internas em geral, a serem cumpridas na execução dos processos de trabalho definidos pela Lei, que podem ser atribuídos a diferentes órgãos de uma mesma entidade pública, em razão da matéria, das atribuições e das respectivas áreas de atuação.

Por exemplo, na organização administrativa do Tribunal de Justiça de São Paulo, compete ao Conselho Superior da Magistratura “estabelecer normas gerais

de serviço e administrativas suplementares não incluídas na competência do Órgão Especial” (inciso XVII do artigo 16 do Regimento Interno do TJSP).

No âmbito dessa competência, o Provimento do Conselho Superior da Magistratura nº 2.138/2013 estabelece normas regulamentares a serem adotadas no regime jurídico das licitações e contratos administrativos para aquisição de bens e prestação de serviços celebrados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, entre as quais merecem destaque as concernentes à análise de riscos e às atribuições de gestores e fiscais de contratos.

O panorama teórico e os exemplos desta seção se mostram necessários à compreensão das regras da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos atinentes às competências dos diversos atores e instâncias administrativas envolvidas em sua aplicação, em especial quanto à competência de editar regulamentos, tema deste artigo.

SEÇÃO II DOS REGULAMENTOS E COMPETÊNCIAS EM CARÁTER GERAL

Em decorrência de todo o contexto exposto até este ponto, alguns aspectos da nova Lei devem ser observados pelos entes federativos e **pelos órgãos e entidades públicas** quanto aos aspectos a seguir relacionados, que não exaurem as exigências legais, tampouco as necessidades de regulamentos que podem ser identificadas nos mais diversos contextos administrativos:

- » a) A obrigação da autoridade máxima do órgão ou da entidade (ou a quem as normas de organização administrativa indicarem) de promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução da Lei que preencham os requisitos elencados no **artigo 7º**.

O inciso II do artigo 2º do Decreto Federal nº 5.707/2006 definia gestão por competência como a “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”. Apesar de não mais vigente, essa definição pode ser tomada como referência, pois o Decreto Federal nº 9.991/2019, que o revogou, não extinguiu o conceito, mas, sim, trouxe o conceito de diagnóstico por competências, com base também nos conhecimentos, habilidades e condutas necessários à atividade pública.

- » b) A obrigação de o órgão ou entidade estabelecer em regulamento 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, com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, nos termos do **artigo 8º**.

No caso do assessoramento jurídico, é preciso conhecer a estrutura do órgão ou da entidade e destacar se esse se dará através das procuradorias gerais dos entes federativos como braço interno do respectivo órgão, a exemplo do que ocorre na Administração Direta, ou se com profissionais servidores e funcionários próprios. Em qualquer das situações sugere-se que uma assessoria jurídica estratégica (institucional) possa apoiar a alta administração em sua governança e auxiliar pontualmente os agentes públicos.

Em caso de certames de objetos usuais, o agente de contratação é apoiado por uma equipe e nos casos mais complexos, como de obras e objetos especiais, esse agente poderá ser substituído por uma comissão de contratação.

Nesse contexto, a União editou a Instrução Normativa SEGES/ME nº 75, de 13 de agosto de 2021, que estabelece regras para a designação dos fiscais e gestores de contratos nos processos de contratação direta, autorizando a aplicação da Instrução Normativa nº 5/2017, no que couber, para a designação de fiscais e gestores de contratos, bem como para a atuação da gestão e fiscalização da execução contratual nos processos de contratação direta.

Registre-se que a Instrução Normativa nº 5/2017, que representa as melhores práticas nas contratações de serviços, contempla o ambiente federal, e impõe rotina complexa para essas atividades, exigindo, por exemplo, pluralidade

de fiscais para serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, o que não se presta a atender as necessidades quando transpostas à realidade de pequenos municípios ou outros órgão/entidades de diminuta estrutura.

- » c) A prerrogativa dos órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias, conforme dispõe o **artigo 12, inciso VII**.

Independentemente da faculdade concedida aos entes federativos, a opção que nos parece mais adequada é a de que os órgãos e entidades públicas tenham seus respectivos planos de contratações anuais, com aderência aos respectivos planejamentos estratégicos e propostas orçamentárias, regulamentados internamente, por serem peça básica de planejamento.

Sobre o tema fazemos referência ao texto contido na presente obra que versa a respeito do Plano de Contratações Anual e do Estudo Técnico Preliminar, como ferramentas eficazes de planejamento.

- » d) As obrigações dos órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos, nos termos do **artigo 19**⁹, a exemplo, no âmbito do Estado de São Paulo, a Procuradoria Geral, as Secretarias de Orçamento e Gestão e de Governo.

9 I – instituir instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços; II – criar catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, admitida a adoção do catálogo do Poder Executivo federal por todos os entes federativos; III – instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo; IV – instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos; V – promover a adoção gradativa de tecnologias e processos integrados que permitam a criação, a utilização e a atualização de modelos digitais de obras e serviços de engenharia.

No âmbito da Secretaria de Orçamento e Gestão, conforme artigo 11 do Decreto nº 66017/2021, na Coordenadoria de Compras Eletrônicas foi criado o Departamento de Gestão e Padronização de Cadastros e o Departamento de Compras Eletrônicas, com o Centro de Gestão dos Fornecedores, o Centro de Estudos de Serviços Terceirizados e o Centro de Controle Operacional, que absorvem os catálogos eletrônicos de serviços de natureza contínua, de materiais e serviços. Recomendável o ajuste e a ampliação dos respectivos sistemas sob a ótica do conceito do catálogo eletrônico de padronização da nova Lei, inclusive para atender os procedimentos previstos das modalidades licitatórias e dos procedimentos auxiliares, regulamentando as matérias.

Destacamos que, conforme o artigo 8º, § 5º, da nova Lei, os bens e os serviços pré-qualificados deverão integrar o catálogo de bens e serviços da Administração.

No tocante ao sistema informatizado de acompanhamento de obras (inciso III do artigo 19), vislumbra-se a possibilidade de os entes federativos, órgãos e entidades públicas implantarem seus próprios sistemas ou utilizarem o sistema eletrônico federal, a ser disponibilizado no PNCP.

Quanto aos modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos previstos no inciso IV, a Lei autoriza que sejam adotadas as minutas do governo federal. No entanto, entendemos que poderão servir de base para o desenvolvimento de minutas locais. Por certo, ajustes serão necessários. A propósito, os Estados e os Municípios têm disponibilizado minutas sob a égide da Lei nº 8.666/1993, através de seus respectivos órgãos regulamentadores.

No Estado de São Paulo, minutas são disponibilizadas pela BEC, elaboradas pela PGE, e é altamente desejável que continuem desenvolvendo tal função, porém não há óbice a que, em casos concretos, essas sejam elaboradas pelos órgãos e entidades públicas e aprovadas pelos respectivos órgãos de assessoramento jurídico.

É importante destacar que essas minutas, como usual e à critério, podem padronizar inúmeros regulamentos de caráter geral, citados na nova Lei, observados na leitura da nova Lei e indicados nos quadros abaixo.

- » e) A responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade de regulamentar a implementação das práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação previstas no **artigo 169**;

O Controle Interno é previsto na Constituição Federal (artigos 74 e 31). Não é uma faculdade dos entes federativos, que devem editar atos normativos próprios, em função das regras constitucionais, vis a vis suas realidades. Sob esse tema, inúmeras publicações e capacitações foram direcionadas no sentido da implantação dessa estrutura de controle, a exemplo de publicação do TCESP, em janeiro de 2020 (tce.sp.gov.br/publicacoes/controlle-interno).

Com o advento dessa nova Lei, esse tema ganhou destaque, determinando, no âmbito das contratações públicas, o aperfeiçoamento dessa estrutura de controle para agregar as atribuições e as responsabilidades que a Lei demanda, notadamente quanto à sua atuação ao lado do assessoramento jurídico nas três linhas de defesa previstas no artigo 169 da nova Lei.

Acerca desse tema, cita-se como referência de norma específica a Portaria SEGES/ME nº 8.678/2021, que dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito da Administração Pública federal.

Por sua vez, o Poder Executivo do Estado de São Paulo editou o Decreto nº 62.349/2016, dispondo sobre o programa de integridade e a área de conformidade adotados por empresas controladas direta ou indiretamente pelo Estado de São Paulo, regulamentando a aplicação da Lei nº 13.303/2016, ação que também foi realizada por outros Estados e Municípios.

Por analogia, depreende-se que tal conduta também deve ser adotada com relação à Lei nº 14.133/2021, sem prejuízo de os órgãos e entidades públicas estarem atentos ao desenvolvimento de suas respectivas estruturas e regulamentos internos.

Como material de referência para o desenvolvimento do regulamento mencionado no artigo 169, pode-se acessar o conteúdo Pró-Ética do Instituto ETHOS e da Controladoria-Geral da União, iniciativa que busca fomentar a adoção

voluntária de medidas de integridade pelas empresas, por meio do reconhecimento público daquelas que se mostram comprometidas em implementar a prevenção, detecção e remediação de atos de corrupção e fraude (https://www.ethos.org.br/conteudo/projetos/integridade/empresa_pro_etica/).

- » f) A recepção, por todos os órgãos e entidades públicas, dos sistemas informatizados para a operacionalização das modalidades licitatórias (pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo) e dos procedimentos auxiliares (credenciamento, pré-qualificação, procedimentos de manifestação de interesse, sistema de registro de preços e registro cadastral), nos moldes dos ditames da nova Lei e interagindo com o Portal Nacional de Compras Públicas – PNCP.

O PNCP já está em operação, em sua versão 1.0, podendo ser acessado no endereço eletrônico <https://pncp.gov.br/>. O Decreto nº 10.764/2021 dispõe sobre o Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, previsto no §1º do artigo 174 da nova Lei. Quanto aos sistemas eletrônicos de todos os órgãos e entidades públicas, esses devem estar integrados ao PNCP e vislumbra-se a possibilidade de que o Estado de São Paulo disponibilize o sistema BEC¹⁰ para os Municípios, além de estes terem a prerrogativa de aderir ao sistema COMPRASNET do governo federal¹¹, os quais também podem se valer de sistemas eletrônicos particulares, na forma disposta no artigo 175, §1º.

Os demais Estados, o Distrito Federal e os Municípios da Federação por certo definirão suas respectivas condutas no tocante a este tema.

Por fim, é necessário pontuar a relevância de que os regulamentos editados pelos entes federativos sejam referenciados nos regulamentos internos dos respectivos órgãos e entidades públicas, com vistas orientar a capacitação e centralizar as informações.

10 Disponível em: <https://www.bec.sp.gov.br/BECSP/Home/Home.aspx>, acesso em 26/09/2021.

11 Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/seguro/loginPortal.asp>, acesso em 26/09/2021.

SEÇÃO III DOS REGULAMENTOS E COMPETÊNCIAS DE CARÁTER ESPECÍFICO

Os quadros apresentados nesta seção sintetizam os regulamentos de caráter específico previstos na Lei nº 14.133/2021 e sua segmentação¹² se justifica pela pertinência da inserção dos respectivos comentários na sequência dos dispositivos legais citados.

Assim como na seção II deste artigo, ressalva-se que os exemplos desta seção não exaurem as exigências legais, tampouco as necessidades de regulamentos que podem ser identificadas nos mais diversos contextos administrativos.

Quadro 1 – Regulamentos específicos – Parte 1

MATÉRIA	DISPOSITIVO LEGAL	OBJETO	COMPETÊNCIA
Artigos de luxo	Artigo 20, § 1º	Definição dos limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo.	Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário dos Entes Federativos
Orçamento estimativo	Artigo 23, § 1º	Parâmetros a serem utilizados na definição do valor estimado para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, com base no melhor preço aferido.	Entes Federativos
Orçamento estimativo	Artigo 23, § 2º	Parâmetros a serem utilizados na definição do valor estimado para contratação de obras e serviços de engenharia, acrescido do percentual de BDI de referência e dos Encargos Sociais (ES) cabíveis.	Entes Federativos

12 Em vários quadros, ao invés de quadro único.

O Poder Executivo Federal, quanto ao tema do artigo 20, editou o Decreto nº 10.818/2021, que estabelece o enquadramento dos bens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da Administração Pública federal nas categorias de qualidade comum e de luxo.

Com relação ao artigo 23, nas contratações realizadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, desde que não envolvam recursos da União, o valor previamente estimado da contratação poderá ser definido por meio da utilização de outros sistemas de custos adotados pelo respectivo ente federativo, conforme o § 3º.

Os parágrafos 4º, 5º e 6º desse mesmo artigo tratam de orientações complementares às contratações diretas (dispensas e inexigibilidades) e contratações de obras e serviços de engenharia sob os regimes de contratação integrada ou semi-integrada.

A regra da nova Lei é a divulgação dos orçamentos prévios aos certames, exceto mediante justificativa e quando for requerido, na forma do artigo 24. Portanto, desde que justificado, poderá ser sigiloso.

Acerca do procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral pela Administração Pública federal, a União editou a Instrução Normativa SEGES/ME nº 65/2021, que se faz necessária, inclusive, para a instrução dos processos de contratação por dispensa de licitação.

Por sua vez, o Estado de São Paulo tem em vigência o Decreto nº 63.316/2018, editado sob a égide da Lei nº 8.666/1993, merecendo revisão ou recepção às regras impostas pela Lei nº 14.133/2021, ação que deverá ser observada por todos os entes federativos, diante dos regulamentos vigentes.

Quadro 2 – Regulamentos específicos – Parte 2

MATÉRIA	DISPOSITIVO LEGAL	OBJETO	COMPETÊNCIA
Programa de integridade em contratações de grande vulto	Artigo 25, § 4º	Medidas a serem adotadas, forma de comprovação e penalidades pelo descumprimento da obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, no prazo de 6 meses, contado da assinatura do contrato.	Entes Federativos
Percentuais mínimos	Artigo 25, § 9º	Percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto a ser constituído por mulheres vítimas de violência doméstica e oriundos ou egressos do sistema prisional.	Entes Federativos
Margem de preferência	Artigo 26, I e § 2º	Bens manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no País que atendam as normas técnicas definidas em decisão fundamentada pelo Poder Executivo federal.	Poder Executivo Federal
Margem de preferência	Artigo 26, II	Margem de preferência para bens recicláveis ou biodegradáveis em processos de licitação.	Entes Federativos

O programa de integridade pelo licitante vencedor e as margens de preferência deverão ser tratados pelos editais, de acordo com a regulamentação dos entes federativos, a cada caso concreto.

Quadro 3 – Regulamentos específicos – Parte 3

MATÉRIA	DISPOSITIVO LEGAL	OBJETO	COMPETÊNCIA
Leilão	Artigo 31	Procedimentos operacionais da modalidade leilão.	Entes Federativos
Julgamento por menor dispêndio	Artigo 34, § 1º	Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, a serem considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis.	Entes Federativos ou órgãos e entidades públicas
Julgamento por técnica e preço	Artigo 36, § 3º	O desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração Pública a ser considerado na pontuação técnica.	Entes Federativos

No tocante ao disposto no § 1º do artigo 34, é recomendável um regulamento geral oferecendo diretrizes sobre a adoção do ciclo de vida do objeto, matéria complexa que exige estudos a cada caso concreto. Recomenda-se, ademais, priorizar a regulamentação por objetos de maior importância.

Esses casos concretos são matéria para estudos e implantação de forma gradativa, com a participação de terceiros especialistas nos grupos de trabalho designados para os segmentos eleitos.

Quadro 4 – Regulamentos específicos – Parte 4

MATÉRIA	DISPOSITIVO LEGAL	OBJETO	COMPETÊNCIA
Padronização de software	Artigo 43, § 2º	Processo de gestão estratégica das contratações de soluções baseadas em software de uso disseminado.	Entes Federativos
Critério de desempate	Artigo 60, III	Desempate em razão do desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho.	Entes Federativos
Fase de negociação	Artigo 61, § 2º	Negociação de condições mais vantajosas com o primeiro colocado, conduzida por agente de contratação ou comissão de contratação.	Entes Federativos

É importante a regulamentação da etapa de negociação, para o atendimento aos princípios da eficiência e economicidade elencados no artigo 5º da nova Lei.

Quadro 5 – Regulamentos específicos – Parte 5

MATÉRIA	DISPOSITIVO LEGAL	OBJETO	COMPETÊNCIA
Habilitação	Artigo 65, § 2º	Processo eletrônico de comunicação à distância para realização da fase de habilitação.	Entes Federativos
Qualificação técnica	Artigo 67, §§ 3º e 12.	Provas alternativas de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes.	Entes Federativos
Qualificação técnica	Artigo 70, parágrafo único	Forma de apresentação por empresas estrangeiras de documentos equivalentes aos exigidos de empresas nacionais.	Exclusivamente da União

Destaca-se a importância da regulamentação das regras e meios de comunicação à distância da fase de habilitação, sem os quais a licitação nesses moldes torna-se inviável, pois depende fundamentalmente do sistema eletrônico utilizado, independentemente da modalidade adotada (inclusive no caso do pregão).

Quadro 6 – Regulamentos específicos – Parte 6

MATÉRIA	DISPOSITIVO LEGAL	OBJETO	COMPETÊNCIA
Dispensa de licitação	Artigo 75, § 5º	Procedimentos especiais para a dispensa de licitação de produtos para pesquisa e desenvolvimento, no caso de obras e serviços de engenharia.	Entes Federativos
Procedimentos auxiliares	Artigo 78	Definição de critérios claros e objetivos a serem observados nos procedimentos auxiliares (credenciamento, pré-qualificação, procedimento de manifestação de interesse, sistema de registro de preços e registro cadastral).	Entes Federativos
Sistema de registro de preços	Artigo 86	Procedimento público de intenção de registro de preços, que possibilite, pelo prazo mínimo de oito dias úteis, a participação de outros órgãos ou entidades na respectiva ata e determine a estimativa total de quantidades da contratação.	Entes Federativos

Acerca das contratações diretas, no âmbito da Administração Pública federal, a título de exemplo e referência, destacam-se:

- » Instrução Normativa SEGES-ME nº 67/2021, que dispõe sobre a dispensa de licitação na forma eletrônica e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica;
- » Instrução Normativa SEGES/ME nº 75/2021, que estabelece regras para a designação dos fiscais e gestores de contratos nos processos de contratação direta, autorizando a aplicação da Instrução Normativa nº 5/2017 no que

couber para a designação de fiscais e gestores de contratos, bem como para a atuação da gestão e fiscalização da execução contratual nos processos de contratação direta;

- » Instrução Normativa SEGES/ME nº 72/2021, que estabelece regras para a definição do valor estimado para a contratação de obras e serviços de engenharia nos processos de contratação direta, de que dispõe o § 2º do artigo 23 da Lei nº 14.133/2021.

Embora a nova Lei seja bastante detalhista quanto aos procedimentos auxiliares, os entes federativos deverão recepcionar as normas que lhes sejam aplicáveis já existentes, se compatíveis com as novas regras, ou customizá-las, em atendimento às necessidades de regência local e aos respectivos sistemas informatizados, que deverão ser interligados com o PNCP.

No tocante às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, o artigo 66 da Lei nº 13.303/2016 dispõe que o sistema de registro de preços especificamente destinado às licitações dessas entidades rege-se pelo disposto em decreto do Poder Executivo. Nos âmbitos da União e do Estado de São Paulo, tais decretos ainda não foram editados, o que nos revela mais um aspecto que carece de regulamentação.

Segundo Neri e Boaz (2016), na ausência do decreto, é possível interpretar tanto que as estatais não poderão utilizar o sistema de registro de preços até que os decretos sejam editados quanto que elas podem adotar sistemas previstos em outros decretos regulamentadores da matéria.

Quanto à segunda hipótese, entendem as autoras que é compreensível “o legítimo uso da analogia com o objetivo de estabelecer regulamentação provisória e possibilitar a aplicação da norma”, com a ressalva de que “a integração se daria por analogia, e não pela constatação de relação de subsidiariedade entre a Lei de Licitações e a Lei nº 13.303/2016” (NERI e BOAZ, 2016).

Entretanto, essa forma de uso da analogia para possibilitar a aplicação da nova Lei de Licitações nos casos em que ela exige regulamentação somente seria possível

quanto às regras regulamentares que não tivessem respaldo exclusivamente em dispositivos das Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011 não reproduzidos pela nova Lei, visto que seu artigo 191 veda expressamente sua aplicação combinada com aquelas leis.

Quadro 7 – Regulamentos específicos – Parte 7

MATÉRIA	DISPOSITIVO LEGAL	OBJETO	COMPETÊNCIA
Sistema de registro cadastral	Artigo 87	Utilização pelos órgãos e entidades da Administração Pública do sistema de registro cadastral unificado disponível no PNCP, para efeito de cadastro unificado de licitantes.	Entes Federativos
Licitação restrita	Artigo 87, § 3º	Critérios, condições e limites para a realização de licitação restrita a fornecedores cadastrados.	Entes Federativos
Formalização de contratos e aditivos	Artigo 91, § 3º	Exigências para a forma eletrônica na celebração de contratos e de termos aditivos.	Entes Federativos, órgãos e entidades públicas

Quanto ao artigo 87, trata-se do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, disponível na página eletrônica do PNCP, com acesso pelo endereço eletrônico: <https://www.gov.br/compras/pt-br/assuntos/fornecedores/cadastro>.

Quadro 8 – Regulamentos específicos – Parte 8

MATÉRIA	DISPOSITIVO LEGAL	OBJETO	COMPETÊNCIA
Gestão contratual	Artigo 92, XVIII	Requisitos para o modelo de gestão do contrato.	Entes Federativos
Subcontratação	Artigo 122, § 2º	Vedações, restrições e condições para a subcontratação.	Entes Federativos
Extinção dos contratos	Artigo 137, § 1º	Procedimentos e critérios para verificação da ocorrência dos motivos para extinção dos contratos.	Entes Federativos
Recebimento do objeto	Artigo 140, § 3º	Prazos e os métodos para a realização dos recebimentos provisório e definitivo dos objetos contratados.	Entes Federativos
Remuneração variável	Artigo 144, § 1º	Pagamento ajustado em base percentual sobre o valor economizado em determinada despesa, quando o objeto do contrato visar à implantação de processo de racionalização, hipótese em que as despesas correrão à conta dos mesmos créditos orçamentários.	Entes Federativos ou órgãos e entidades públicas, de acordo com o objeto, no Estudo Técnico Preliminar

Consideramos necessária a regulamentação das regras básicas para o chamado contrato de eficiência, definido pelo inciso LIII do artigo 6º da nova Lei como “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”. É mister que o edital cuide da forma de seleção do licitante, do nível de compartilhamento das economias, obras, serviços e equipamentos que comporão investimentos pelo contratado, e do prazo contratual que é função direta dessa amortização.

Quadro 9 – Regulamentos específicos – Parte 9

MATÉRIA	DISPOSITIVO LEGAL	OBJETO	COMPETÊNCIA
Aplicação de sanções	Artigo 156, § 6º, II	Competência para aplicar a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente a ministro de Estado, secretário estadual ou municipal ou autoridade máxima de autarquia ou fundação.	A critério, por resolução da Pasta, dos Poderes independentes, nas competências da Lei ou pelos Entes Federativos
Cumulação de sanções	Artigo 161, parágrafo único	Forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos.	Entes Federativos
Convênios, acordos e outros instrumentos	Artigo 184	Aplicação das disposições da Lei nº 14.133/2021, no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública.	Poder Executivo Federal

No âmbito federal, o Decreto nº 6.170/2007 dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasses e, no âmbito do Estado de São Paulo, o Decreto nº 59.215/2013 rege sobre a celebração de convênios e sobre a instrução dos processos respectivos.

Com o advento da Lei nº 13.019/2014, marco regulatório das parcerias com entidades do terceiro setor, os convênios ficaram restritos à participação complementar de instituições privadas sem fins lucrativos no Sistema Único de Saúde, prevista no § 1º do artigo 199 da Constituição Federal. A referida Lei é regulamentada pelo Decreto nº 8.726/2016 no âmbito federal e pelo Decreto nº 61.981/16 na esfera do Estado de São Paulo.

Por fim, necessária se faz a ressalva de que, no âmbito de cada ente federativo, há de ser observada a prerrogativa de cada Poder dispor sobre sua organização, funcionamento e funções de seus serviços¹³, o que alcança vários dos aspectos sobre os quais a Lei nº 14.133/2021 exige regulamentação.

CONCLUSÃO

Com a breve exposição de grande parte dos dispositivos da Lei nº 14.133/2021 que exigem expressamente a edição de regulamentos para sua efetiva aplicação pelos órgãos e entidades da Administração Pública, o presente artigo procurou alcançar seu objetivo de contribuir para o estudo da matéria e para os desejáveis debates que levarão às melhores práticas por parte de todos os envolvidos com as contratações públicas.

É necessário que agentes, gestores públicos e órgãos de controle externo se debrucem sobre essas exigências, buscando a melhor forma de compatibilizar os recursos e as práticas já bem-sucedidas às nuances da nova Lei. Esse trabalho exigirá comprometimento e esforços de todas as instâncias do Poder Público, mas com certeza terá êxito em atingir os objetivos de eficiência, profissionalismo e modernização buscados pelas inovações legislativas abordadas neste artigo.

13 Competência prevista, por exemplo, no artigo 51, inciso IV, artigo 52, inciso XIII, artigo 96, inciso I, alínea “b”, e artigo 99 da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015. 1311 p. 13 Competência prevista, por exemplo, no artigo 51, inciso IV, artigo 52, inciso XIII, artigo 96, inciso I, alínea “b”, e artigo 99 da Constituição Federal.

NERI, Bárbara Dantas; BOAZ, Marcela Jácome Lopes. Sistema de Registro de Preços das Estatais. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 19, nº 1016. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-administrativo/10838/sistema-registro-precos-estatais>. Acesso em 27/09/2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Provimento CSM nº 2.138/2013. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico: Caderno Administrativo. São Paulo, Ano VII, Edição 1563, 18 dez 2013. p. 12-27.

CAPÍTULO III

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E SEUS PRAZOS

Joaquim Tavares Perrelli

A nova Lei de Licitações trouxe, entre seus artigos, dezenas de prazos distintos, de diversas naturezas e endereçados tanto para os órgãos e entidades da Administração quanto aos licitantes e agentes da iniciativa privada interessados nos processos de compras e contratações do setor público.

Um prazo é o lapso temporal em que ocorrem as atuações dos agentes jurisdicionados em seus diversos procedimentos e processos, quer sejam administrativos ou judiciais. Assim como todo processo legal, a licitação requer movimentação e encaminhamento dos procedimentos entre suas etapas e, para tanto, o cumprimento dos prazos é condição de êxito de qualquer certame.

Por se tratar de licitação, em que são contempladas contratações associadas às suas requisições peculiares de diversas naturezas, sujeitas aos princípios constitucionais e da própria Administração Pública, os prazos se fazem necessários para garantir a organização e a efetividade da gestão dos procedimentos licitatórios.

A licitação é um procedimento que contempla diversas etapas e está sujeita também a diversas hipóteses de resultados, dos quais decorrem situações em que poderão ocorrer julgamentos, interposição de recursos, além de diversas outras ações, que transcendem a relação entre a Administração e os licitantes.

Assim sendo, além da natureza legal, estes prazos assumem características de prazos judiciais nos diversos procedimentos recursais previstos, além das

penalidades assinaladas aos transgressores que vierem a ser tipificados sob o Direito Penal.

Não obstante, os prazos podem ser comuns, de observação da Administração Pública e dos licitantes, tendo, eventualmente, o efeito de prazos próprios, porquanto a sua inobservância acarreta consequências negativas aos interessados que não os cumprem.

Sem adentrar em tópicos tratados em outras seções deste artigo, é de se anotar que diversos destes prazos não se encontravam regulamentados na Lei nº 8.666/1993, o que requer atenção e controle para o devido cumprimento deste novo ordenamento.

I - COMPRA DE ENTREGA IMEDIATA E VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO

Seguindo pela ordem de aparecimento, no artigo da Lei dedicado às definições, encontra-se o prazo para que uma compra seja considerada de entrega imediata, a ser seguido pela Administração Pública:

Quadro 1 – Definições – Compra de Entrega Imediata

ARTIGO	PRAZO ESTABELECIDO	ASSUNTO TRATADO
Artigo 6º Inciso X	30 dias	Prazo que define que uma compra (definido como “aquisição remunerada de bens”) seja considerada de fornecimento imediato.

Fonte: Brasil. Lei nº 14.133/2021.

Dentre as vedações à participação nos processos de licitação e na execução contratual, direta ou indiretamente, incluem-se pessoas físicas e jurídicas que tenham de algum modo praticado exploração de trabalho infantil, trabalho análogo ao de escravos e contratação de adolescentes em desacordo com a legislação trabalhista:

Quadro 2 – Vedação à Participação em Processos de Licitação

ARTIGO	PRAZO ESTABELECIDO	ASSUNTO TRATADO
Artigo 14 Inciso VI	5 anos	Pessoa física ou jurídica que, nos 5 anos anteriores à divulgação do edital, tenha sido condenada judicialmente, com trânsito em julgado, por exploração de trabalho infantil, trabalho análogo ao de escravo ou contratação de adolescentes em casos vedados pela legislação trabalhista não poderá disputar a licitação ou participar de execução direta ou indireta de contrato.

Fonte: Brasil. Lei nº 14.133/2021.

No caso do prazo acima descrito é de se observar a sua característica de prazo comum para a Administração e para o licitante, sendo para o primeiro a obrigatoriedade de exigir a apresentação dos atestados e certidões de direito, e ao segundo a escorreita gestão de suas atividades evitando tais delitos e irregularidades perante a Justiça Trabalhista.

II – FASE PREPARATÓRIA

Na fase preparatória das licitações, de modo mais específico, na etapa de instrução do processo licitatório, são observados quatro prazos, dentre os quais se verificam o de validade de orçamentos e o de implantação de programa de integridade para os contratados vencedores em licitações de obras e serviços de grande vulto. Em ambos os casos, o prazo é de 6 meses. Registre-se, ademais, que o segundo não estava contemplado na Lei nº 8.666/1993.

No caso de valores expressivos, a Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 39, determina prazos distintos para a convocação de audiência pública, sendo no mínimo 15 dias úteis da data prevista para a publicação do edital, divulgando-se com antecedência mínima de 10 dias úteis da sua realização, para oportunizar o acesso às informações e o direito de se manifestar a todos os interessados.

Na nova Lei de Licitações, ficou estabelecido o prazo de 8 dias úteis, no mínimo, de antecedência para a audiência pública visando permitir o acesso e manifestação de interessados acerca de licitações planejadas e pretendidas.

A Administração, por sua vez, ficou obrigada a definir, no prazo de 180 dias a partir da promulgação da nova Lei de Licitações, os limites para enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo.

Quadro 3 – Fase Preparatória – Instrução do Processo Licitatório

ARTIGO	PRAZO ESTABELECIDO	ASSUNTO TRATADO
Artigo 20 § 2º	180 dias	Prazo determinado a partir da promulgação da Lei nº 14.133/2021, ou seja, 01/04/2021, para que novas compras de bens de consumo possam ser efetivadas, consoante regulamento a ser editado pelos órgãos dos três Poderes, em que serão enquadradas as categorias comum e luxo.
Artigo 21	8 dias úteis (Obs.: Prazo mínimo)	Prazo de antecedência mínima para a que a Administração possa convocar audiência pública, presencial ou à distância, sobre licitações pretendidas com as devidas informações, devidamente instruídas pelos estudos técnicos e elementos do edital de licitação, permitindo a manifestação de todos os interessados.
Artigo 23	6 meses	Prazo máximo de validade de orçamentos obtidos por pesquisa direta junto a pelo menos três fornecedores, com o intuito de estimar valores prévios aos processos de licitação.
Artigo 25 § 4º	6 meses	Prazo para implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, sendo esse procedimento obrigatório e o prazo contado a partir da celebração do contrato, sujeito à comprovação e penalidades consoante regulamento a ser determinado pela Administração.

Fonte: Brasil. Lei nº 14.133/2021.

III – MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Boa parte dos prazos determinados na Lei nº 8.666/1993 reside sobre as modalidades de licitação. Cada modalidade tem ali seus prazos correspondentes e de aplicação compulsória conforme a escolha do procedimento licitatório.

Na Lei nº 14.133/2021, encontra-se a nova modalidade de licitação pela via do “diálogo competitivo”, para o qual são assinalados dois prazos distintos, destinados aos licitantes, um de caráter antecedente e outro já na fase de apresentação de propostas:

Quadro 4 - Modalidades de Licitação – Diálogo Competitivo

ARTIGO	PRAZO ESTABELECIDO	ASSUNTO TRATADO
Artigo 32 §1º Inciso I	25 dias úteis (Obs.: Prazo mínimo)	Prazo para manifestação de interesse em participar da licitação, estabelecido pela Administração ao divulgar suas necessidades e exigências já definidas.
Artigo 32 §1º Inciso VIII	60 dias úteis (Obs.: Prazo mínimo)	Prazo aberto pela Administração após a conclusão de modo satisfatório do diálogo competitivo, a todos os licitantes pré-selecionados, possibilitando a entrega de propostas para a realização do projeto, contempladas todas as condições estabelecidas durante a fase compreendida pelo procedimento.

Fonte: Brasil. Lei nº 14.133/2021.

IV – APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS E LANCES

É justamente na fase de apresentação de propostas que se encontra parcela relevante dos prazos determinados na Lei nº 14.133/2021.

A diferenciação da nova Lei concernente à determinação de prazos se dá pelo tipo de aquisição em curso e consoante os critérios de julgamento destinados ao cumprimento pela Administração e pelos licitantes.

Assim sendo, aquisições de bens podem ter prazos diferenciados por conta do critério de seleção a ser adotado e, por sua vez, contratações de serviços e obras terão diferenciação de tratamento enquanto comuns ou especiais.

A seguir o quadro ilustrativo das situações contempladas no novo título legal:

Quadro 5 – Divulgação do Edital – Apresentação de Propostas e Lances

ARTIGO	PRAZO ESTABELECIDO	ASSUNTO TRATADO
Artigo 55 Inciso I Alínea “a”	8 dias úteis (Obs.: Prazo mínimo)	Prazo para apresentação de proposta de aquisição de bens , comum à Administração e aos licitantes, contado a partir da data de divulgação do edital, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou maior desconto .
Artigo 55 Inciso I Alínea “b”	15 dias úteis (Obs.: Prazo mínimo)	Prazo para apresentação de proposta de aquisição de bens , comum à Administração e aos licitantes, contado a partir da data de divulgação do edital, nas hipóteses não abrangidas pela alínea “a” deste mesmo inciso.
Artigo 55 Inciso II Alínea “a”	10 dias úteis (Obs.: Prazo mínimo)	Prazo para apresentação de proposta de contratação de serviços e obras , contado a partir da data de divulgação do edital, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou maior desconto , contemplados os serviços comuns e obras e serviços comuns de engenharia.
Artigo 55 Inciso II Alínea “b”	25 dias úteis (Obs.: Prazo mínimo)	Prazo para apresentação de proposta de contratação de serviços e obras , contado a partir da data de divulgação do edital, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou maior desconto , contemplados os serviços especiais e obras e serviços especiais de engenharia.
Artigo 55 Inciso II Alínea “c”	60 dias úteis (Obs.: Prazo mínimo)	Prazo para apresentação de proposta de contratação de serviços e obras , contado a partir da data de divulgação do edital, quando o regime de execução for o de contratação integrada .
Artigo 55 Inciso II Alínea “d”	35 dias úteis (Obs.: Prazo mínimo)	Prazo para apresentação de proposta de contratação de serviços e obras , contado a partir da data de divulgação do edital, quando o regime de execução for o de contratação semi-integrada ou nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas “a”, “b”, “c” deste inciso, acima descritas.

ARTIGO	PRAZO ESTABELECIDO	ASSUNTO TRATADO
Artigo 55 Inciso III	15 dias úteis (Obs.: Prazo mínimo)	Prazo mínimo para apresentação de proposta em licitação que adotar o critério de julgamento de maior lance .
Artigo 55 Inciso IV	35 dias úteis (Obs.: Prazo mínimo)	Prazo mínimo para apresentação de proposta em licitação que adotar o critério de julgamento de técnica e preço ou de melhor técnica ou conteúdo artístico .
Artigo 58 § 2º	10 dias úteis (Obs.: Prazo mínimo)	Prazo da Administração, para devolução de garantia de proposta, contado da assinatura do contrato ou da data da declaração de licitação fracassada .

Fonte: Brasil. Lei nº 14.133/2021.

V – DISPENSA DE LICITAÇÃO

Enquanto a Lei de Licitações de 1993 previa, para certos casos de dispensa de licitação, prazo de comunicação à autoridade superior de 3 dias para ratificação, seguido de um subsequente prazo de 5 dias para publicação na imprensa oficial, a nova Lei de Licitações estabelece prazo de 3 dias úteis para divulgação em página oficial na rede mundial de computadores, conforme quadro abaixo:

Quadro 6 – Dispensa de Licitação

ARTIGO	PRAZO ESTABELECIDO	ASSUNTO TRATADO
Artigo 75 § 3º	3 dias úteis (Obs.: Prazo mínimo)	Prazo para divulgação, em sítio eletrônico oficial (página na internet), de contratações enquadradas nos incisos I e II do <i>caput</i> do artigo 75, com as devidas especificações do objeto consoante interesse da Administração.

Fonte: Brasil. Lei nº 14.133/2021.

VI – PRÉ-QUALIFICAÇÃO

Embora fosse citada na Lei nº 8.666/1993, a pré-qualificação foi alçada na nova Lei de Licitações à categoria de procedimentos auxiliares, no seu caso específico como procedimento técnico-administrativo visando de modo antecipado selecionar licitantes e bens consoante regras estabelecidas no texto legal.

No tocante à sua aplicação, foi determinado o seguinte prazo para o exame dos documentos pela comissão de servidores formada nos quadros da Administração:

Quadro 7 – Instrumentos Auxiliares – Pré-Qualificação

ARTIGO	PRAZO ESTABELECIDO	ASSUNTO TRATADO
Artigo 80 § 4º	10 dias úteis (Obs.: Prazo máximo)	Prazo de exame dos documentos apresentados pelos licitantes, sob responsabilidade da Administração através de comissão indicada para tanto.

Fonte: Brasil. Lei nº 14.133/2021.

VII – REGISTRO DE PREÇOS

Do mesmo modo que a pré-qualificação, o registro de preços passa a ser, na nova Lei de Licitações, definido como procedimento auxiliar contando com toda uma seção que compreende do artigo 82 ao artigo 86, onde são detalhadas as condições de sua utilização.

Considerando a legislação prévia à nova Lei de Licitações, o Decreto nº 7.982/2013 é o texto que regulamenta o sistema de registro preços previsto no artigo 15 da Lei nº 8.666/1993 e estabelece, no seu artigo 4º, o prazo mínimo de 8 dias úteis para que outros órgãos ou entidades manifestem interesse em participar do procedimento de intenção de registro de preço.

Este prazo é igualmente determinado no novo diploma regulamentador das licitações, mas vale ressaltar que, segundo o Decreto citado, após a autorização do órgão ou entidade gerenciadora, o órgão ou entidade não participante, comumente chamado de “carona”, deverá efetivar a aquisição ou contratação em objeto, no prazo máximo de 90 dias, consoante vigência da ata. Nada consta acerca desse prazo e deste procedimento na Lei nº 14.133/2021:

Quadro 8 – Registro de Preços

ARTIGO	PRAZO ESTABELECIDO	ASSUNTO TRATADO
Artigo 86	8 dias úteis (Obs.: Prazo mínimo)	Prazo para que o órgão ou entidade gerenciadora da licitação possibilite que outros órgãos ou entidades da Administração possam participar, a partir do procedimento público de intenção de registro de preços.

Fonte: Brasil. Lei nº 14.133/2021.

VIII – FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS E O PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (PNCP)

Até a promulgação da Lei nº 14.133/2021, a norma vigente para licitações previa a publicação do instrumento de contrato na imprensa oficial até o quinto dia útil do mês seguinte ao da assinatura. A partir da vigência da nova Lei, a Administração passa a contar com o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNPC), onde serão divulgados os contratos e aditamentos, tanto para licitações quanto para contratações diretas:

Quadro 9 – Formalização dos Contratos – Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)

ARTIGO	PRAZO ESTABELECIDO	ASSUNTO TRATADO
Artigo 94 Inciso I	20 dias úteis	Divulgação no Portal Nacional de Compras Públicas a partir da assinatura dos contratos e aditamentos, no caso de licitação .
Artigo 94 Inciso II	10 dias úteis	Divulgação no Portal Nacional de Compras Públicas a partir da assinatura dos contratos e aditamentos, no caso de contratação direta .

Fonte: Brasil. Lei nº 14.133/2021.

Além das divulgações decorrentes da assinatura dos contratos, no caso de contratação de obras, os quantitativos e preços unitários contratados quando da assinatura, bem como os quantitativos executados e preços praticados, verificados após a conclusão, passam a seguir os seguintes prazos de divulgação:

Quadro 10 – Formalização dos Contratos

ARTIGO	PRAZO ESTABELECIDO	ASSUNTO TRATADO
Artigo 94 §3º	25 dias úteis	Prazo para a divulgação pela Administração, após a assinatura do contrato , dos quantitativos, preços unitários e totais contratados no caso de obras .
Artigo 94 §3º	45 dias úteis	Prazo para a divulgação pela Administração, após a conclusão do contrato , dos quantitativos executados e os preços praticados no caso de obras .

Fonte: Brasil. Lei nº 14.133/2021.

IX – DURAÇÃO DOS CONTRATOS

A Lei nº 8.666/1993 determina alguns prazos de vigência de contratos, dentre os quais, 48 meses para aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática, e de até 120 meses ou 10 anos, em analogia com o determinado no artigo 108 da Lei nº 14.133/2021.

Abaixo as novas determinações no tocante a duração de contratos consoante suas condições de contratação:

Quadro II – Duração dos Contratos

ARTIGO	PRAZO ESTABELECIDO	ASSUNTO TRATADO
Artigo 106	5 anos (Obs.: Prazo máximo)	Prazo máximo para celebração de contratos de serviços e fornecimentos contínuos, com: ateste da maior vantagem econômica em razão da contratação plurianual; ateste, no início da contratação e em cada exercício, da existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e da vantagem em sua manutenção; opção de extinção do contrato quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais oferece vantagem.
Artigo 106 §1º	2 meses (Obs.: Prazo mínimo)	Prazo mínimo para extinção a partir da data de aniversário do contrato, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais oferece vantagem.
Artigo 108	10 anos	Prazo máximo para a Administração celebrar contratos que atendam as condições previstas consoante alíneas “f” e “g” do inciso IV e nos incisos V, VI, XII e XVI do <i>caput</i> do artigo 75 da Lei em análise.
Artigo 110	10 anos	Prazo de contratação que gere receita ou contrato de eficiência que gere economia para a Administração, nos contratos sem investimento .

ARTIGO	PRAZO ESTABELECIDO	ASSUNTO TRATADO
Artigo 110	35 anos	Prazo de contratação que gere receita ou contrato de eficiência que gere economia para a Administração, nos contratos com investimento , considerados como tal aqueles que impliquem benfeitorias permanentes realizadas às expensas do contratado , revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato .
Artigo 113	5 anos	Prazo limite, contado a partir do recebimento do objeto inicial, para o contrato de serviço de operação e manutenção, sob o regime de fornecimento e prestação de serviço associado.

Fonte: Brasil. Lei nº 14.133/2021.

X – EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

Dentre a ampla gama de motivos para rescisão descritos no artigo 78 da Lei nº 8.666/1993, destacam-se o prazo superior a 120 dias de suspensão da execução contratual, à exceção de condições específicas e limítrofes, e o atraso superior a 90 dias dos pagamentos pela Administração, igualmente excetuados fatores como calamidade pública, perturbação da ordem interna ou guerra.

O novo diploma legal, por sua vez, considera os seguintes prazos no tocante à extinção dos contratos:

Quadro 12 - Extinção dos Contratos

ARTIGO	PRAZO ESTABELECIDO	ASSUNTO TRATADO
Artigo 137 § 2º Inciso II	3 meses	Prazo mínimo para que, em caso de suspensão da execução contratual mediante ordem escrita da Administração, o contrato seja extinto pelo contratado.

ARTIGO	PRAZO ESTABELECIDO	ASSUNTO TRATADO
Artigo 137 § 2º Inciso III	90 dias úteis	Totalização de interrupções por suspensão, independentemente de pagamento ou indenizações, para o contratado executar a extinção do contrato.
Artigo 137 § 2º Inciso IV	2 meses	Prazo mínimo para que o contrato seja extinto pelo contratado por atraso dos pagamentos, contado a partir da emissão de nota fiscal ou das datas ajustadas para pagamentos ou parcelas devidas pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos.

Fonte: Brasil. Lei nº 14.133/2021.

XI – INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

As infrações e as sanções administrativas passaram a contar com diversas modalidades de prazos a serem observados: para impedimentos, apresentação de defesa, tempo mínimo de serviço para servidores em comissão avaliativa, atualização de cadastros e de reabilitação de licitantes conforme quadro a seguir.

Quadro 13 – Infrações e Sanções Administrativas

ARTIGO	PRAZO ESTABELECIDO	ASSUNTO TRATADO
Artigo 156 § 5º	3 anos – mínimo 6 anos – máximo	Prazos mínimo e máximo para impedimento de o responsável licitar e contratar com a Administração Pública Direta ou Indireta, de todos os entes federativos, sob sanções previstas na Lei nº 14.133/2021.
Artigo 157	15 dias úteis	Prazo para defesa do responsável licitante ou contratado contado da data de sua intimação, em caso de aplicação de multa.

ARTIGO	PRAZO ESTABELECIDO	ASSUNTO TRATADO
Artigo 158	15 dias úteis	Prazo para o licitante ou contratado apresentar defesa escrita e a especificação das provas por serem produzidas, em processos de responsabilização conduzido por comissão de servidores em caso de aplicação das sanções de impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade.
Artigo 158 §1º	3 anos (Obs.: Prazo mínimo)	Tempo mínimo de serviço no órgão público ou entidade que, preferencialmente, deverá ser observado para composição da comissão julgadora responsável pela instauração de processo de responsabilização.
Artigo 158 § 2º	15 dias úteis	Prazo para o licitante ou contratado apresentar alegações finais nos casos de deferimento de pedido de produção de provas novas ou juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão julgadora.
Artigo 161	15 dias úteis (Obs.: Prazo máximo)	Prazo máximo, contado da aplicação da sanção, para os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos informarem e atualizarem os dados relativos às sanções por eles aplicadas, para fins de publicidade no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), instituídos no âmbito do Poder Executivo federal.
Artigo 163 Inciso III	1 ano 3 anos	Prazos mínimos para reabilitação de licitante ou contratado, aplicados em caso de, respectivamente, impedimento de licitar e contratar (1 ano) e declaração de inidoneidade (3 anos), contados da aplicação da penalidade.

Fonte: Brasil. Lei nº 14.133/2021.

Estes prazos, por analogia com a matéria processual, têm a característica dos prazos judiciais e, assim como aqueles prazos associados às impugnações, pedidos de esclarecimento e recursos, observam regras dos prazos processuais regulamentados sob a égide do Código de Processo Civil, o qual é adotado de modo subsidiário no Regimento do E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Destarte na seção XIV adiante estão disponíveis atualizações doutrinárias acerca dos enunciados mais recentes da jurisprudência para os temas relacionados aos prazos.

XII – IMPUGNAÇÃO, PEDIDOS DE ESCLARECIMENTO E RECURSOS NAS LICITAÇÕES

A Lei nº 8.666/1993 estabelece no artigo 41, § 1º, prazo de até 5 dias úteis para qualquer cidadão impugnar edital de licitação e consigna o prazo de resposta da Administração em até 3 dias úteis. Doravante, sob o regime da Lei nº 14.133/2021, estes prazos estão unificados em 3 dias úteis.

Quanto aos recursos, na Lei nº 8.666/1993, o assunto é tratado no seu artigo 109 e todos os prazos considerados e determinados estão unificados em 5 dias úteis, à exceção do pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado ou Secretário Estadual ou Municipal, que prevê 10 dias úteis da intimação do ato.

Com relação à reconsideração por parte da autoridade, na Lei nº 8.666/1993, o prazo é de 5 dias úteis, o qual também é válido para a subida à autoridade superior e a resposta final. Na nova Lei de Licitações o prazo da autoridade superior é de 10 dias úteis. A seguir o quadro que apresenta todos os prazos determinados nesta parte:

Quadro 14 – Impugnações, Pedidos de Esclarecimentos e Recursos

ARTIGO	PRAZO ESTABELECIDO	ASSUNTO TRATADO
Artigo 164	3 dias úteis	Prazo para qualquer pessoa impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação da Lei nº 14.133/2021 ou para solicitar esclarecimentos sobre seus termos.

ARTIGO	PRAZO ESTABELECIDO	ASSUNTO TRATADO
Artigo 164 Parágrafo Único	3 dias úteis	Prazo para resposta a impugnação ou pedido de esclarecimento, a qual deverá ser publicada em sítio eletrônico oficial, limitado ao último dia anterior à data de abertura do certame.
Artigo 165 Inciso I	3 dias úteis	Prazo para recurso, contado da intimação ou lavratura da ata, em face de: ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação ou de inscrição em registro, bem como sua alteração ou cancelamento; julgamento das propostas; anulação ou revogação da licitação; extinção do contrato determinada por ato unilateral e escrito pela Administração.
Artigo 165 Inciso II	3 dias úteis	Prazo para pedido de reconsideração , contado da data de intimação relativamente a ato do qual não caiba recurso hierárquico .
Artigo 165 § 2º	3 dias úteis 10 dias úteis	São, respectivamente, os prazos para a autoridade que tiver editado o ato ou proferido a decisão recorrida reconsiderar (3 dias úteis) e para, em não havendo reconsideração, a autoridade superior decidir (10 dias úteis) quanto ao recurso de que trata o inciso I do <i>caput</i> do artigo 165.
Artigo 166	15 dias úteis	Prazo para recurso de sanções de advertência, multa e impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública, contado a partir da data de intimação.
Artigo 166 Parágrafo Único	5 dias úteis	Prazo para a autoridade que tenha proferido a decisão recorrida reconsiderar o pedido em atendimento do recurso .
Artigo 166 Parágrafo Único	20 dias úteis	Prazo para a autoridade superior proferir sua decisão sobre o recurso, quando a autoridade que tiver proferido a decisão recorrida não o reconsiderar em cinco dias úteis.
Artigo 167	15 dias úteis	Prazo para pedido de reconsideração , cabível apenas para declaração de inidoneidade para licitar ou contratar , contado da data de intimação.
Artigo 167	20 dias úteis	Prazo para decisão acerca do pedido de reconsideração acima, contado a partir do seu recebimento.

Fonte: Brasil. Lei nº 14.133/2021.

XIII – CONTROLE EXTERNO E INTERNO NAS LICITAÇÕES

No parágrafo 2º do artigo 113 da Lei nº 8.666/1993 resta consignado o prazo até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas para que os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno solicitem cópia dos editais, para fins de exame e determinações de medidas corretivas ou mesmo de suspensão do procedimento.

Na nova Lei de Licitações não há mais a previsão deste procedimento, o que de qualquer modo não pode invalidar a atuação de todos os órgãos envolvidos com a atividade do controle externo e do controle interno, sendo certa a possibilidade da solicitação e dos procedimentos de representação e exame prévio de edital.

De qualquer modo, seguindo pela cautela, há que se analisarem as condições impostas nos prazos assinalados aos Tribunais de Contas e também à Administração, com fulcro na comparação entre a maioria dos prazos procedimentais da nova Lei, que contempla prazos mínimos para a preparação e gestão dos procedimentos de licitação e contratação, ao passo que, para as atividades de controle, estabelece prazos fixos, ainda que prorrogáveis uma vez, mas em dose única e com validade para toda uma gama de matérias processuais correlatas distribuídas em um sem número de objetos distintos e com características peculiares.

Quadro 15 – Controle das Contratações

ARTIGO	PRAZO ESTABELECIDO	ASSUNTO TRATADO
Artigo 171 § 1º	25 dias úteis (Obs.: Prorrogável por mais 25 dias úteis)	Prazo de pronúncia do Tribunal de Contas que tenha determinado suspensão cautelar de processo licitatório, acerca do mérito da irregularidade que tenha dado causa à decisão.
Artigo 171 § 2º	10 dias úteis (Obs.: A Lei admite prorrogação, mas não a define.)	Prazo para que o órgão ou entidade que tenha sido intimado da ordem de suspensão do processo licitatório informe as medidas adotadas para o cumprimento da decisão, preste todas as informações cabíveis e proceda à apuração de responsabilidades, se aplicável esta última.

Fonte: Brasil. Lei nº 14.133/2021.

Outrossim, o artigo 171, em seu parágrafo primeiro, determina que as suspensões determinadas pelas Cortes de Contas definam as causas da ordem de suspensão e indiquem o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos especiais ou contratações de emergência.

Embora não seja o objeto deste trabalho, a jurisprudência coletada nas decisões da Corte de Contas Paulista mostra na sua integralidade que o interesse público é garantido pela exigência da aplicação dos preceitos legais aos jurisdicionados, baseada numa legislação muito mais ampla que uma única lei. Nessa toada, ressalte-se a quantidade de leis que são mencionadas na própria Lei nº 14.133/2021 sob diferentes óticas.

As sentenças e acórdãos, consoante evidenciação do descumprimento dos preceitos legais estabelecidos, apresentam as motivações tanto quanto à procedência ou regularidade quanto à suspensão e irregularidade. E esta é a integral garantia do interesse público, remanescendo atendido em centenas de processos anuais, dentre uma vasta gama de diferentes objetos, que permitem um melhor e mais refinado controle dos gastos públicos nas licitações ocorridas no Estado de São Paulo.

XIV – TRATAMENTO E COMPOSIÇÃO DOS PRAZOS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Entre os prazos da nova Lei de Licitações até aqui vistos, observam-se prazos em dias corridos, dias úteis, meses e anos.

Em seu artigo 183, a Lei nº 14.133/2021 fornece os critérios de contagem, os quais respeitam preceitos da legislação processual brasileira, em especial o Código de Processo Civil de 2015, Lei nº 13.105/2015, o qual, em seu artigo 224, determina a exclusão do primeiro dia e inclusão do último dia na contagem dos prazos processuais, salvo definição em contrário.

Ainda no tocante aos prazos em dias úteis, na Lei nº 14.133/2021 está determinado que o começo do prazo é o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação na internet ou a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a notificação for pelos correios.

No parágrafo 2º do artigo 224 do Código de Processo Civil vigente considera-se como data de publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico, e no que tange aos recursos, no artigo 1.003 do diploma em comento, é determinado que o prazo para interposição de recurso conta-se da data de intimação dos advogados, sociedades de advogados, Advocacia Pública, Defensoria Pública e Ministério Público.

Prazos em dias corridos deverão ser computados de modo contínuo e os prazos expressos em dias úteis somente considerarão os dias em que houver expediente administrativo no órgão ou entidade competente.

Os prazos assinalados para as infrações e sanções administrativas bem como aqueles de impugnação, pedidos de esclarecimento e recursos nas licitações serão assumidos como prazos processuais.

Seguindo pela doutrina, Wambier et alii (2018, p. 585-601) consignam que o dia útil do expediente forense, quando iniciar depois ou encerrar antes do horário normal, não servirá como último dia da contagem do prazo, considerando-se, nesse caso, o próximo dia útil.

Do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) vale ressaltar as seguintes atualizações de caráter geral, através dos seguintes enunciados:

Enunciado 22 – (art. 218, § 4º; art. 1.003) *O Tribunal não poderá julgar extemporâneo ou intempestivo recurso, na instância ordinária ou na extraordinária, interposto antes da abertura do prazo. (Grupo: Ordem dos Processos no Tribunal, Teoria Geral dos Recursos, Apelação e Agravo)*

Enunciado 82 – (Art. 932, parágrafo único; art. 938, § 1º) *É dever do relator, e não faculdade, conceder o prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível, antes de inadmitir qualquer recurso, inclusive os excepcionais. (Grupo: Ordem dos Processos no Tribunal, Teoria Geral dos Recursos, Apelação e Agravo)*

Enunciado 129 – (art. 139, VI, e parágrafo único) *A autorização legal para ampliação de prazos pelo juiz não se presta a afastar preclusão temporal já consumada. (Grupo: Negócios Processuais)*

Enunciado 268 – (arts. 219 e 1.046). *A regra de contagem de prazos em dias úteis só se aplica aos prazos iniciados após a vigência do Novo Código. (Grupo: Direito intertemporal e disposições finais e transitórias)*

Enunciado 551 – (art. 932, parágrafo único; art. 6º; art. 10; art. 1.003, §6º) *Cabe ao relator, antes de não conhecer do recurso por intempestividade, conceder o prazo de cinco dias úteis para que o recorrente prove qualquer causa de prorrogação, suspensão ou interrupção do prazo recursal a justificar a tempestividade do recurso. (Grupo: Recursos (menos os repetitivos) e reclamação). (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Consolidação dos enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. 2019)*

Quanto aos prazos expressos em meses e anos, considera-se da data do mês ou ano corrente até a data prevista no período equivalente, conforme estabelecido no artigo 183, inciso II, da Lei em comento.

Os processos legais e os procedimentos da Administração Pública têm em si a característica da temporalidade e dependem da cronologia da execução de suas

ações. Conforme Marinoni et alii (2021, p. 127), “os prazos existem no processo para balizar no tempo o exercício das diversas posições jurídicas que os seus participantes titularizam ao longo do procedimento. A observância dos prazos constitui direito das partes e representa garantia de segurança e igualdade ao longo do processo”.

De maneira geral, e observado que boa parte dos prazos para a Administração e para os licitantes são determinados como prazos mínimos, é de bom alvitre que sejam executados consoante os princípios da celeridade, anualidade e oportunidade e obedeçam à cronologia das atividades da gestão pública, em consonância com as leis orçamentárias e demais legislação de suporte às atividades, permitindo a boa aplicação dos princípios constitucionais, da Administração Pública e do devido processo legal, pela maximização e bom uso dos recursos públicos empregados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. 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.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. MARINONI, L.G.; ARENHART, S.C.; MITIDIERO, D. Curso de Direito

MARINONI, L.G.; ARENHART, S.C.; MITIDIERO, D. Curso de Direito Processual Civil. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 2. 2021.

WAMBIER, L.R.; TALAMINI, E. Curso Avançado de Processo Civil. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 1. 2018.

CAPÍTULO IV

DA LEGISLAÇÃO MENCIONADA PELA LEI N° 14.133/2021

Joaquim Tavares Perrelli

Ao longo do tempo, novas demandas são geradas pela sociedade, sendo atendidas pelo legislador através da edição de novas leis e da própria evolução das leis vigentes por meio de alterações legislativas, visando criar condições para o atendimento dos anseios da população e das necessidades do progresso em seu sentido econômico, social, ambiental, espacial dentre outros.

Um diploma legal com a abrangência de uma Lei Geral de Licitações, para todas as esferas de governo, seus órgãos e entidades, sempre promove a interseção entre o procedimento em si e toda uma série de atividades e de agentes, de atuação regulamentada por outras leis e normativos disciplinares de diversas naturezas e orientações.

A integração da nova Lei de Licitações, assim como foi com a própria Lei nº 8.666/1993, tem, em seus procedimentos, diversas necessidades de associação e remissão à legislação consoante os temas tratados e assuntos direcionadores da sua efetivação.

E, deste modo, a Lei nº 14.133/2021 promove alterações legislativas e referencia-se a diversos títulos e diplomas legais, dos quais se depreende a ênfase dada pelo legislador a temas e assuntos de interesse, de observância tanto pela Administração Pública quanto pelos licitantes.

A partir de uma visão generalista desses temas, nota-se a preocupação do legislador com temas da atualidade e da gestão pública, insertos na nova Lei de Licitações, quais sejam:

- » Tratamento das micro e pequenas empresas e cooperativas;
- » Estatuto Jurídico das Empresas Públicas;
- » Regime de concessão e prestação de serviços públicos;
- » Sociedades Anônimas;
- » Parcerias Público-Privadas (PPP);
- » Produção nacional de tecnologia da informação;
- » Inovação tecnológica e pesquisa científica;
- » Preservação e sustentabilidade do meio ambiente;
- » Amazônia Legal e terras devolutas;
- » Responsabilidade fiscal e previdenciária;
- » Contabilidade pública e direito financeiro;
- » Responsabilidade jurídica das empresas;
- » Tipificação penal das condutas dos agentes públicos;
- » Obtenção da prova na persecução penal;
- » Acesso à informação governamental.

A seguir estão apresentados de modo pontual cada um destes temas e suas respectivas associações com os comandos da nova Lei de Licitações. Desde já, vale registrar que seu artigo 5º dispõe sobre os princípios que serão observados na aplicação da Lei, estabelecendo que também deverão ser observadas as disposições do Decreto-Lei nº 4.657/1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

TRATAMENTO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS E COOPERATIVAS

As microempresas e empresas de pequeno porte são consideradas como as principais impulsionadoras do desenvolvimento econômico e tiveram suas primeiras regulamentações na década de 1990, em atendimento às determinações contidas na Constituição Federal de 1988.

Com a Lei Complementar nº 123/2006, foi instituído o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a qual está associada em dois artigos da Lei nº 14.133/2021:

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

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem: (...)

§ 2º As regras previstas no caput deste artigo não prejudicarão a aplicação do disposto no art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Durante muito tempo, o acesso a crédito por parte de pequenos produtores padecia de muitas exigências e restrições por conta de toda uma complexa regulamentação de concessão, a partir dos agentes do sistema financeiro, desde a aprovação até a liberação via consignação.

Embora implantada desde os anos 1970, a Política Nacional de Cooperativismo ficou por muito tempo dependente de uma evolução que permitisse a inclusão financeira e creditícia aos pequenos produtores e cooperados, para o acesso às suas linhas de financiamento e atendimento de necessidades de capital para financiar sua produção, expansão e investimentos, de modo célere e simplificado.

Desde 1971, através da Lei nº 5.764/1971, foi instituído o regime jurídico das sociedades cooperativas, as quais poderiam ter sua origem no setor público ou privado para atuar no interesse de seus membros na execução de serviços, operações ou atividades, desde que não usassem a expressão “Banco” em suas denominações.

Ao longo das décadas seguintes, o sistema de trabalho das cooperativas desempenhou papel importante de agregação social para o desempenho da atividade econômica, até que em 2009 foi regulamentado o Sistema Nacional de Crédito Cooperativo através da Lei Complementar nº 130/2009.

A Lei Complementar nº 130/2009 tem, entre suas justificativas, justamente a inclusão dos cooperados no Sistema Financeiro Nacional, através de um acesso simplificado ao crédito, eliminando a consignação para as pessoas físicas e gerando capital de giro para as micro e pequenas empresas, possibilitando acesso a taxas e tarifas competitivas, com o diferencial do alcance ao cooperado residente nos pequenos municípios e em áreas mais distantes dos grandes centros urbanos.

A formação de cooperativas de trabalho foi atualizada pela Lei nº 12.690/2012, a qual trouxe para o ordenamento jurídico o aperfeiçoamento do regime jurídico das suas atividades, visando a redução de custos e geração de melhores oportunidades de emprego para os cooperados, em especial no setor de serviços. A Lei em comento instituiu o PRONACOOB – Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho –, para apoio às atividades cooperadas nos seguintes vetores: produção

de diagnóstico e plano de desenvolvimento institucional; acompanhamento técnico para o fortalecimento financeiro, de gestão, organização e qualificação dos recursos humanos; viabilização das linhas de crédito; acesso a mercados; e, por fim, o fortalecimento institucional das cooperativas em suas diversas formas legais.

A nova Lei de Licitações contém referências à legislação supra no seu artigo 16:

Art. 16. Os profissionais organizados sob a forma de cooperativa poderão participar de licitação quando:

I – a constituição e o funcionamento da cooperativa observarem as regras estabelecidas na legislação aplicável, em especial a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, a Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, e a Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009. (...)

IV - o objeto da licitação referir-se, em se tratando de cooperativas enquadradas na Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, a serviços especializados constantes do objeto social da cooperativa, a serem executados de forma complementar à sua atuação.

ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS PÚBLICAS

O Estatuto Jurídico das Empresas Públicas, também chamada de Lei das Estatais, está disciplinado na Lei nº 13.303/2016, a qual traz as regras para os procedimentos licitatórios a serem desempenhados pelas empresas estatais em suas contratações. Está mencionada logo no artigo 1º da Lei nº 14.133/2021:

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

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

Vale registrar que o artigo 178 da Lei nº 14.133/2021, mencionado pelo § 1º do artigo 1º, acrescenta um capítulo inteiro ao Código Penal, dispondo sobre crimes em licitações e contratos administrativos. É a única disposição, portanto, da nova Lei de Licitações que abrange as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303/2016. O artigo 185 da nova Lei reforça que as disposições do capítulo acrescentado ao Código Penal aplicam-se às licitações e aos contratos regidos pela Lei das Estatais.

De acordo com a Lei nº 13.303/2016, deverão ser enquadradas sob sua égide as empresas públicas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios cuja atividade econômica esteja assentada na produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, mesmo que tal atividade esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou, ainda, seja de prestação de serviços públicos.

REGIME DE CONCESSÃO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A concessão e a prestação de serviços públicos regidas pelo artigo 175 da Constituição Federal estão regulamentadas pela Lei nº 8.987/1995.

Este regulamento trouxe, em seu artigo 2º, as definições de (I) concessão de serviço público, (II) inclusive quando precedida da execução de obra pública, e de (III) permissão de serviço público. A Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 179, alterou a redação dessas duas primeiras definições, contemplando expressamente o diálogo competitivo, ao lado da concorrência, como modalidade de licitação das concessões.

A Lei nº 8.987/1995 cuida de especificar os interesses da Administração Pública pela prestação de serviços adequados ao atendimento dos usuários dispondo, ainda, sobre os direitos e as obrigações dos usuários, além das políticas tarifárias.

Assim, é uma Lei de conteúdo administrativo-jurídico, já que, para o atendimento de todas estas requisições, é preciso definir os encargos tanto do concessionário quanto do poder concedente, além das regras de licitação e contratação da concessão e permissão.

SOCIEDADES ANÔNIMAS

A Lei nº 6.404/1976, conhecida como a Lei das Sociedades Anônimas, foi promulgada com o intuito de disciplinar o mercado de capitais brasileiro, após uma fase de muita turbulência em torno das necessidades de informações acerca das empresas sociedades anônimas, em especial aquelas com ações negociadas nos mercados de bolsa de valores e balcão.

Foi através da Lei nº 10.303/2001 que diversos conceitos associados a empresas controladoras, controladas e coligadas foram atualizados no texto da Lei das Sociedades Anônimas. Na nova Lei de Licitações, o artigo 14, inciso V, apenas remete à Lei nº 6.404/1976 ao dispor que não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente, empresas controladoras, controladas ou coligadas, nos termos da Lei nº 6.404/1976, concorrendo entre si.

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA - PPP

A parceria público-privada surgiu em alguns países como uma alternativa para a efetiva gestão de investimentos de caráter público através da atuação conjunta com agentes do setor privado. É um tipo de contratação em que os riscos são compartilhados, através da participação do setor privado nas atividades de serviços públicos e, ainda, nos empreendimentos de grande vulto no setor público.

As parcerias público-privadas, ou simplesmente PPPs, atuam em diversos setores da economia, podendo ser encontradas desde a prestação de serviços de segurança, iluminação, habitação, saneamento básico até desenvolvimento de infraestrutura, nos diversos campos de necessidades existentes.

As PPPs estão regulamentadas pela Lei nº 11.079/04, a qual *“institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública”*.

Até a promulgação da Lei nº 14.133/2021, a condição de participação em licitação por uma parceria público-privada previa apenas a modalidade de concorrência. A nova Lei de Licitações determina que a licitação para contratação de parceria público-privada será mediante a modalidade da concorrência ou do diálogo competitivo, alteração expressa em seu artigo 180, que modificou a redação do *caput* do artigo 10 da Lei nº 11.079/04, cujos demais dispositivos mantiveram-se inalterados.

PRODUÇÃO NACIONAL DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

A produção nacional de tecnologia da informação, seja em equipamentos ou em serviços, foi objeto de diversas políticas de proteção ao mercado local, em especial a reserva de mercado implantada na década de 1980 através da Política Nacional de Informática. Esta política foi reformulada, permitindo-se a abertura de mercado para a instalação de empresas estrangeiras que viessem

a desenvolver tecnologias locais. Para tanto, foram criadas políticas fiscais pela via da concessão de benefícios fiscais, aperfeiçoadas na década de 1990, dentre as quais as que ficaram regularizadas na Lei nº 10.176/2001.

Na referida Lei, ficou determinada a regra para que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, e demais organizações sobre controle da União dessem preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, para bens e serviços de tecnologia desenvolvida no Brasil e, ainda, para aqueles produzidos por processo produtivo básico, dentro das regras definidas pelo Poder Executivo através de seu competente ministério.

A nova Lei de Licitações, em conexão com a Lei nº 10.176/2001, traz em seu artigo 26 a seguinte menção:

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

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

INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E PESQUISA CIENTÍFICA

Inovação tecnológica é considerada como um dos direcionadores do desenvolvimento e sobretudo do crescimento econômico das nações. Conta com especial atenção na formulação de modelos de crescimento, destacada entre os

principais economistas especializados e premiados pela excelência como o fator de diferenciação entre as nações mais ricas.

É o resultado da produção de ciência de ponta e tem influência direta no setor produtivo e em ambientes econômicos mais desenvolvidos, sendo verificada, geralmente, dentro das empresas do setor privado nas economias mais modernas. Ela explica a competitividade dos produtos e serviços mais avançados nos mercados de consumo e enquanto fatores de produção. Sua geração depende de investimentos e busca constante por resultados e é nas universidades e nos centros de desenvolvimento que se concentram os esforços para sua consolidação e difusão para os setores produtivos.

Assim sendo é necessário o fomento da relação entre a pesquisa desenvolvida nas universidades e sua interação com o setor produtivo, o que, seguramente, depende de uma eficaz política de incentivos à produção científica e tecnológica.

No Brasil, a Lei nº 10.973/2004 definiu políticas de incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, mencionada na Lei de Licitações como hipótese de dispensa do procedimento:

Art. 75. É dispensável a licitação: (...)

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; (BRASIL. Lei 14.133/2021)

Também é referenciada no artigo 93, § 2º:

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. (...)

§ 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 mecanismos instituídos pela Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004.

PRESERVAÇÃO E SUSTENTABILIDADE DO MEIO AMBIENTE

A preocupação com o meio ambiente e, sobretudo, com sua preservação conta com diversos títulos legais promulgados no Brasil desde a década de 1960. Atualizações constantes através de novos diplomas legais têm seguido as tendências e as requisições da sociedade, bem como da comunidade internacional, acerca da proteção ambiental.

A Política Nacional do Meio Ambiente foi regulamentada pela Lei nº 6.938/1981 e contempla desde então a racionalização do uso do solo, a proteção dos ecossistemas, bem como controles diversos e práticas ambientais. O escopo da Lei foi igualmente ampliado por outros normativos e a Política Nacional sobre Mudança de Clima, instituída pela Lei nº 12.187/2009, está sendo contemplada como critério de desempate na nova Lei de Licitações:

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem: (...)

§ 1º Em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por: (...)

IV – empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.

AMAZÔNIA LEGAL E TERRAS DEVOLUTAS

A Amazônia Legal é uma área correspondente à atuação da Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM), composta pela região de 772 municípios dos Estados de Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará, Amapá, Tocantins, Mato Grosso e Maranhão, correspondentes a 58,9% do território brasileiro.

A regularização fundiária das ocupações incidentes em terras localizadas na Amazônia Legal, consideradas aquelas pertencentes às áreas da União, estão definidas na Lei nº 11.952/2009, a qual é considerada pela nova Lei de Licitações quanto às alienações de bens da Administração Pública.

Art. 76. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

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: (...)

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; (...)

§ 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: (...)

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. (...)

§ 4º A aplicação do disposto no inciso II do § 3º deste artigo será dispensada de autorização legislativa e submeter-se-á aos seguintes condicionamentos: (...)

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;

Já a Lei nº 6.383/1976 dispõe sobre o Processo Discriminatório de Terras Devolutas da União. Conforme seu artigo 27, o processo discriminatório previsto na Lei aplica-se, no que couber, às terras devolutas estaduais. Na nova Lei de Licitações, o assunto também aparece no artigo 76, inciso I, alínea “i”, que dispõe sobre a legitimação de posse de que trata o artigo 29 da Lei nº 6.383/1976. A alienação de bens nessa hipótese deve ocorrer mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública competentes.

Ainda quanto às alienações, conforme artigo 76, inciso I, alínea “j”, outra norma a ser observada é aquela concernente a legitimação fundiária e legitimação de posse, nos termos da Lei nº 13.465/2017. A referida Lei dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal.

RESPONSABILIDADE FISCAL E PREVIDENCIÁRIA

O *caput* do artigo 121 da Lei nº 14.133/2021 estabelece que somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. Seu § 5º determina que o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no artigo 31 da Lei nº 8.212/1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social. Vejamos a literalidade do citado dispositivo:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.

Por sua vez, o § 5º do Artigo 33 da Lei nº 8.212/1991, citado em seu artigo 31, determina: “O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei”.

CONTABILIDADE PÚBLICA E DIREITO FINANCEIRO

Quanto à liquidação de despesa, o artigo 146 da Lei nº 14.133/2021 remete ao cumprimento do artigo 63 da Lei nº 4.320/1964, a seguir reproduzido:

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acôrdo respectivo;

II - a nota de empenho;

III- os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

RESPONSABILIDADE JURÍDICA DAS EMPRESAS

O artigo 155 da nova Lei de Licitações elenca infrações pelas quais o licitante ou contratado será responsabilizado administrativamente, e seu inciso XII registra a prática de ato lesivo previsto no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Naquele artigo estão listados os atos lesivos à Administração Pública, com especial atenção para atos praticados em licitações e contratos:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: (...)

IV - No tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer

outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

Na gama de determinações e assuntos regularizados pela Lei nº 12.846/2013, encontra-se a regra para celebração de acordo de leniência, detalhadamente em seu artigo 16. O artigo 158, § 4º, inciso II, da nova Lei de Licitações prevê que a prescrição da aplicação das sanções de impedimento de licitar e contratar e de

declaração de inidoneidade será suspensa pela celebração de acordo de leniência. A seguir, a íntegra do artigo 16 Lei nº 12.846/2013:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

§ 9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Ainda com relação à Lei nº 12.846/2013, conforme o artigo 159 da Lei nº 14.133/2021, os atos previstos como infrações administrativas na nova Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846/2013 serão apurados e julgados em conjunto, nos mesmos autos, observando-se o rito procedimental e a autoridade competente definidos nesta última Lei.

TIPIFICAÇÃO PENAL DAS CONDUTAS DOS AGENTES PÚBLICOS

A Lei nº 8.666/1993 faz parte do conjunto das “leis penais extravagantes”, pois traz em seu bojo diversos artigos (89 a 99) que tipificam a conduta penal dos agentes, em delitos específicos, para os quais estão previstas e cominadas penas de detenção e reclusão.

Ainda no contexto da Lei nº 8.666/1993, os artigos 100 a 108 contêm as regras de processo e procedimento judicial, através da ação penal pública incondicionada, de promoção pelo Ministério Público, garantida a qualquer cidadão a faculdade de provocar o Parquet, mediante informações por escrito acerca do fato, autoria e circunstâncias da ocorrência.

Os artigos 89 a 108 da Lei nº 8.666/1993 foram de imediato revogados pela nova Lei de Licitações. Os crimes e condutas penais tipificadas, com as penas e sanções

especificadas, foram convertidos em artigos no Código Penal Brasileiro por meio do artigo 178 da Lei nº 14.133/2021, que acrescentou ao Código o Capítulo II-B, intitulado *Dos crimes em licitações e contratos administrativos*, no qual passam a vigorar os artigos 337-E até 337-P (haja vista sua extensão, não os reproduziremos nesta obra).

Condutas similares às dos citados artigos acrescentados ao Código Penal são também previstas nos ditames do artigo 5º, inciso IV, da Lei nº 12.846/2013, que vimos anteriormente.

Quanto ao processamento e a promoção, cabe o comando exarado no Código Penal Brasileiro, em seu Artigo 100 que determina para os crimes de Ação Penal Pública, a iniciativa do Ministério Público por denúncia, salvo se por condição expressa na Lei, seja determinada a requisição do Ministro da Justiça ou, representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo (*sic*). E por fim, tal comando se completa pela determinação contida no Artigo 24 do Código de Processo Penal, em seu parágrafo segundo: *“Seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública.”* (BRASIL, Decreto Lei 3689 de 03 de outubro de 1.941 – parágrafo incluído pela Lei 8.669/1.993).

Quanto ao processamento e à promoção, cabe o comando exarado no Código Penal Brasileiro, em seu artigo 100, que determina, para os crimes de ação penal pública, a iniciativa do Ministério Público por denúncia, salvo se, por condição expressa em lei, forem exigidas a requisição do Ministro da Justiça ou a representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. E, por fim, tal comando se completa pela determinação contida no artigo 24 do Código de Processo Penal, § 2º: *“Seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública”*.

OBTENÇÃO DA PROVA NA PERSECUÇÃO PENAL

A legislação penal brasileira contou com uma atualização por meio da Lei nº 12.850/2013, a qual define “organização criminosa” e dispõe sobre a investigação

criminal, contemplando a obtenção das provas, as investigações, o rastreamento das atividades, além das infrações e do procedimento criminal. A nova Lei de Licitações prevê uma hipótese de dispensa de licitação que remete àquela Lei:

Art. 75. É dispensável a licitação: (...)

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;

ACESSO A INFORMAÇÃO GOVERNAMENTAL

O acesso às informações acerca da gestão da Administração Pública encontra-se regulamentado na Lei nº 12.527/2011, que dispõe sobre a divulgação e publicidade dos registros e dados dos órgãos públicos que integram a administração direta dos três Poderes, além dos Tribunais de Contas e do Ministério Público.

Sob a égide do referido diploma estão ainda as autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades da administração direta ou indireta, controladas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Conforme o § 2º do artigo 169 da Lei nº 14.133/2021, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos seus trabalhos, tornando-se corresponsáveis pela manutenção do sigilo de eventuais informações classificadas nos termos da Lei nº 12.527/2011.

A nova Lei de Licitações ainda prevê, em seu artigo 174, § 4º, que o Portal Nacional de Compras Públicas (PNPC) adotará o formato de dados abertos e observará as exigências previstas na Lei nº 12.527/2011.

CONSIDERAÇÕES GERAIS – LEGISLAÇÃO ANOTADA NA LEI N° 14.133/2021

A nova Lei de Licitações, além das remissões e alterações legislativas promovidas, determina algumas situações específicas concernentes a outros diplomas legais, dentre as quais a constituição preferencial, nos termos da Lei nº 11.107/2005, de consórcios públicos entre Municípios com até dez mil habitantes com vistas ao objetivo de realizar compras em grande escala (artigo 181 e seu parágrafo único).

Além disso, a nova Lei de Licitações estabelece a aplicação subsidiária de seus comandos à Lei nº 8.987/1995, que trata da concessão e permissão da prestação de serviços públicos, à Lei nº 11.079/2004, Lei de Parcerias Público- Privadas, e à Lei nº 12.232/2010, que estabelece normas gerais para licitação e contratação pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda.

O propósito desta seleção de temas e diplomas legais é o de evidenciar as diretrizes para as consultas e interpretações eventuais acerca dos ditames da nova Lei de Licitações.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

BRASIL. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Política Nacional de Cooperativismo.

BRASIL. Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009. Sistema Nacional de Crédito Cooperativo.

BRASIL. Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012. Lei das Cooperativas de Trabalho.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Estatuto Jurídico da Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Regime de Concessão e Permissão dos Serviços Públicos.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Lei das Sociedades Anônimas.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Lei das Parcerias Público-Privadas.

BRASIL. Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001. Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de tecnologia da informação.

BRASIL. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo.

BRASIL. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965. Código Florestal Brasileiro.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Política Nacional do Meio Ambiente.

BRASIL. Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Política Nacional sobre Mudança de Clima.

BRASIL. Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal.

BRASIL, Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Normas Gerais de Direito Financeiro.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Lei de Acesso à Informação.

BRASIL. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal Brasileiro.

BRASIL. 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.

CAPÍTULO V

ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR E PLANO DE CONTRATAÇÕES ANUAL: ELEMENTOS PRIMORDIAIS AO PLANEJAMENTO

Robson Luís Correia

Muito se fala da Lei nº 14.133/2021 como uma lei disruptiva, mas devemos ter em mente que o tema em questão, ou seja, o planejamento, já constava do arcabouço jurídico de compras públicas desde o Decreto-Lei nº 200/1967 (artigo 6º), passando pelo Decreto-Lei nº 2.300/1986 (artigos 13 e 15), este revogado pela Lei nº 8.666/1993, a qual, assim como os citados decretos, não abordou a matéria com a profundidade hoje considerada adequada e necessária.

Isso se deve à própria concepção da Administração Pública vigente em cada momento da edição daquelas normas. Inicialmente uma Administração patrimonialista, passando para uma Administração Pública burocrática e, a partir da Constituição Federal de 1988, adotando um viés gerencial, ao positivizar, por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, a eficiência como um princípio, colocando-o juntamente com os demais já consagrados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal¹⁴.

Muitos doutrinadores e estudiosos com os quais nos alinhamos definem a Administração Pública gerencial como aquela que é construída sobre bases que consideram o Estado uma grande empresa, cujos serviços são destinados aos

14 Princípio da: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

cidadãos, que passam a ser vistos também como clientes, tendo a eficiência dos serviços, a avaliação de desempenho e o controle de resultados como suas principais características.

Por óbvio, as mudanças nunca foram e não serão bruscas ou abruptas, inexistindo a possibilidade de se definir objetivamente o momento em que ocorrem. Apenas podemos sentir os seus efeitos conforme vão se apresentando os normativos e o comportamento dos administradores e dos administrados.

Como exemplo de mudança de paradigma e inserção de ações planejadas no cotidiano da Administração Pública temos a edição da Lei Complementar nº 101/2000 (LRF), a qual no § 1º do artigo 1º menciona que “*a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente*”, destinando, inclusive, um capítulo inteiro para tratar do planejamento (capítulo II).

Com relação à responsabilidade na gestão fiscal, é imperioso lembrar que no artigo 40, V, da Lei nº 14.133/2021 constou que o planejamento das compras deve observar o atendimento aos princípios da padronização, do parcelamento e da **responsabilidade fiscal**, sendo que esse último se daria mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento.

Nesse momento importa ressaltar que a nova lei trouxe em seu bojo uma carga principiológica extremamente elevada, consignando expressamente 22 (vinte e dois) princípios em seu artigo 5º, além de outros tantos tratados implícita ou expressamente em diversos pontos esparsos da Lei, tais como o princípio da cooperação (artigo 25, § 6º), princípio da anualidade do reajuste de preços da contratação (artigo 135, § 4º) ou, ainda, aqueles por nós mencionados no parágrafo anterior.

Sobre a responsabilidade fiscal sugerimos a leitura da obra “Lei de Responsabilidade Fiscal: Comentada Artigo por Artigo”, produzida pelo Dr. Sérgio Ciquera Rossi e por Flávio C. de Toledo Jr, e, com relação ao planejamento, destacamos o Manual de Planejamento Público do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, editado em julho/2021¹⁵.

15 Disponível em: [https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/Manual%20de%20Planejamento%20Pu%CC%81blico%20\(vf-200121\)%20\(1\).pdf](https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/Manual%20de%20Planejamento%20Pu%CC%81blico%20(vf-200121)%20(1).pdf). Acesso em: 25 set. 2021.

Essa abordagem a respeito das formas de Administração Pública se torna imperiosa para entendermos o contexto histórico administrativo em que a Lei nº 14.133/2021 foi editada e, assim, compreendermos a importância do planejamento e da transparência para a obtenção dos resultados almejados na “nova” Administração Pública gerencial.

Nesta conjuntura, podemos afirmar que a Lei nº 14.133/2021 é uma lei de governança e *compliance* que é balizada, entre outros, em pessoas, na transparência e no controle, e tem como uma das ferramentas primordiais o planejamento.

De pronto devemos distinguir os termos *compliance* e governança, sendo que o primeiro estabelece as conformidades perante as regras impostas enquanto o segundo busca afirmar a ética e os valores da atuação da organização. São, portanto, conceitos diferentes, mas que visam o mesmo objetivo, a saber, a gestão de uma organização, no nosso caso, da Administração Pública.

Segundo o Acórdão TCU nº 2.622/2015, a governança das aquisições e contratações públicas compreende o conjunto de mecanismos de liderança, capacidades institucionais, estratégia e controle.

Ainda no âmbito da Administração Pública Federal, a Portaria SEGES/ME nº 8.678/2021 definiu a **governança das contratações públicas** como: um conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das contratações públicas, visando a agregar valor ao negócio do órgão ou entidade, e contribuir para o alcance de seus objetivos, com riscos aceitáveis.

Feita essa contextualização histórica e conceitual, passemos efetivamente ao nosso tema.

O planejamento é prestigiado durante toda a Lei nº 14.133/2021 e tem, no parágrafo único do artigo 11, o primeiro comando relativo à necessidade de alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias.

Convém lembrar que as definições de Administração Pública e Administração constam, respectivamente, dos incisos III e IV do artigo 6º da nova Lei, enquanto

nos incisos I e II do mesmo dispositivo há a aceção dos termos órgão e entidade, nessa ordem.

Ademais, o mesmo dispositivo nomeia a alta administração como a responsável pela governança das contratações e ainda lhe impõe o dever de 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 de eficiência e efetividade, isonomia, preço econômico, inovação e desenvolvimento nacional sustentável.

Na busca do atendimento dos princípios delimitados no artigo 5º da Lei nº 14.133/2021, o administrador público, ao elaborar seu planejamento de contratações, deverá considerar também o ciclo de vida do objeto.

A ação planejada permitirá que a Administração Pública não fique à mercê do mercado e se veja forçada a suportar um sobrepreço¹⁶ na contratação, visto que o planejamento permite, inclusive, definir formas de lidar com situações futuras e a elas reagir.

A necessidade de planejamento é destacada há muito pela Corte de Contas Paulista. Podemos citar como exemplo o artigo, de 6/10/2015, “Planejar é Preciso” confeccionado pelos Excelentíssimos Conselheiros Dr. Sidney Estanislau Beraldo e Dr.^a Cristiana de Castro Moraes¹⁷, cujo trecho destacamos:

“[...] Salta aos olhos que os gestores municipais precisam ser capacitados para assegurar que a execução do orçamento público seja mais efetiva e evite desperdícios na máquina administrativa.”

16 Artigo 6º - LVI - sobrepreço: preço orçado para licitação ou contratado em valor expressivamente superior aos preços referenciais de mercado, seja de apenas 1 (um) item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, seja do valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por tarefa, empreitada por preço global ou empreitada integral, semi-integrada ou integrada.

17 MORAES, Cristiana de Castro; BERALDO, Sidney Estanislau. Planejar é Preciso. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. 06 out. 2015. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/publicacoes/planejar-e-preciso>. Acesso em: 25 set. 2021.

No quesito planejamento, o índice revelou que a maior parte das ações de governo é custeada com recursos financeiros distintos dos previstos no orçamento e não guarda coerência com os programas municipais. Em tempos de crise, esses dados reforçam a necessidade de o gestor público planejar com mais efetividade a aplicação dos recursos advindos dos tributos pagos pelos cidadãos, em conformidade com os preceitos da responsabilidade fiscal e social. Não existe mágica na administração pública. Para atingir as metas propostas e prestar bons serviços à população, é preciso fazer a lição de casa e utilizar os instrumentos legais, como o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a própria Lei Orçamentária Anual. É com base neste arcabouço jurídico que as administrações municipais irão elaborar o planejamento das suas ações e principalmente gastar o dinheiro do contribuinte com muito mais qualidade.”

Como exemplo do efeito danoso da falta de planejamento podemos citar a situação em que o gestor público inicia um procedimento de aquisição extemporaneamente e, ao se ver na situação de falta do material, não suporta o tempo necessário para a formalização de uma apropriada pesquisa de preços, submetendo-se unicamente a três preços ofertados em exíguo prazo.

Embora a princípio a Administração Pública pudesse, nesse exemplo, alegar ter dado atendimento ao artigo 23, § 1º, IV, da nova Lei, ou seja, ter realizado pesquisa de preços, a falta de tempo gerada pela ausência de planejamento adequado, inclusive com relação ao eventual estoque de segurança pode prejudicar uma análise mais acurada dos pretensos fornecedores quanto às peculiaridades do local de execução do objeto ou à potencial economia de escala e outros fatores que interferem na formulação de proposta.

Essa elevação dos preços referenciais poderá ensejar contratações por valores divergentes dos que são efetivamente praticados no mercado, sendo tal situação derivada, em certa medida, da ausência de planejamento ou ação oportuna da Administração Pública.

Além disso, a falta de planejamento eficaz pode gerar a contratação por emergência, ou seja, aquela com base no inciso IV do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993¹⁸, o que já foi objeto de crítica pelo TCESP na decisão contida no processo TC-002172/009/09¹⁹, por exemplo.

Para auxiliar na árdua tarefa de planejamento das contratações públicas, surge aqui então uma “nova” figura de planejamento: o plano de contratações anual (PCA), que veremos com maiores detalhes ao longo deste artigo.

Impende introduzir a lição trazida por Marçal Justen Filho²⁰ a respeito do dever de diligência:

“No entanto, a elaboração do PCA é norteadada pelo dever de diligência que recai sobre os agentes públicos.

Isso significa que a falha na inclusão no PCA de licitações para atendimento de necessidades previsíveis configura falha funcional. A inviabilização de uma licitação por defeito na elaboração do PCA pode ser caracterizada como grave violação ao dever funcional, especialmente nas hipóteses em que resultar contratação direta emergencial (art. 75, inc. VIII)”.

18 Cujo equivalente se encontra no artigo 75, VIII, da Lei nº 14.133/2021.

19 “Doutrina e jurisprudência firmada nesta Corte e no Tribunal de Contas da União consideram como pressuposto para a hipótese de dispensa de licitação do inciso IV, artigo 24, da Lei nº 8.666/93, que a emergência não tenha sido provocada pela desídia administrativa, falta de planejamento ou má gestão dos responsáveis, ou seja, que eles não tenham, em alguma medida, contribuído para a situação adversa. Aqui, embora indiscutível a essencialidade de serviços (realização de exames laboratoriais), que não podem de fato ter a sua prestação interrompida, são, porém, de natureza contínua e, portanto, absolutamente previsíveis. Deveria a Administração ter providenciado, no momento adequado, a instauração de procedimento licitatório. Embora destaque a abertura da concorrência nº 06/2006 e alegue que motivos alheios a sua vontade impediram a finalização do procedimento a tempo, não apresentou qualquer explicação detalhada ou elemento de prova nessa direção. Pelo exposto, voto pela IRREGULARIDADE da dispensa licitatória e do contrato, acionando, em consequência, os incisos XV e XXVII, do artigo 2º, da Lei Complementar nº 709/93”.

20 JUSTEN FILHO, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021 / Marçal Justen Filho. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Dentre outras obrigações impostas à alta administração está a de promover um ambiente íntegro e confiável e **“assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações”**.

A nova Lei de Licitações e Contratos traz em seu artigo 12, VII, o primeiro instrumento do conceito de planejamento, por meio do plano de contratações anual, que tem o objetivo de:

- » Racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência;
- » Garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico;
- » Subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

Destacamos que o legislador optou por não tornar a elaboração do PCA obrigatória, todavia nosso entendimento é de que, mesmo tal elaboração estando inserida no poder discricionário, a sua ausência deverá ser necessariamente justificada, uma vez que constitui importante instrumento balizador das aquisições públicas e do próprio orçamento, como veremos adiante.

Esse mesmo entendimento é externado por Marçal Justen Filho²¹ ao mencionar que:

“A redação legal induz à facultatividade da elaboração do PCA. Mas essa interpretação exige cautela. A utilização do vocábulo “poderão” não deve ser o critério isolado da interpretação.

A interpretação mais adequada consiste em reconhecer a existência de um dever de elaborar o PCA, cujo entendimento será vinculado às

21 JUSTEN FILHO, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021 / Marçal Justen Filho. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

circunstâncias e características da realidade. Caberá ao regulamento dispor sobre as condições para a elaboração do PCA, inclusive determinando a sua implantação de modo progressivo e compulsório”.

Esse PCA deverá estar alinhado ao planejamento estratégico da Administração, consoante disposto no artigo 18, § 1º, II da Lei nº 14.133/2021.

A fixação da despesa compreende impor limites de gastos nas leis orçamentárias com base nas receitas previstas. Essa fixação está inserida no processo de planejamento e envolve a adoção de medidas em direção a uma situação idealizada, tendo como partida os recursos disponíveis e observando as diretrizes e prioridades traçadas pelo governo.

Neste contexto, fica evidente a impossibilidade da elaboração de um orçamento público sem a obrigatória identificação das necessidades, pois não há como o administrador público fixar as despesas, ou seja, eleger prioridades ante as receitas estimadas, sem conhecê-las e tê-las devidamente registradas e anotadas em algum lugar. Nasce aqui, então, o plano de contratações anual.

Portanto, não se trata de um “novo” documento a ser elaborado ou de mais uma burocracia criada pelo legislador, e sim da materialização de um documento que norteie o administrador público na árdua tarefa de eleger prioridades e que, portanto, já deveria existir sob o risco de a sua inexistência levar a uma descontinuidade de serviços públicos vitais por meio, por exemplo, de falta de medicamentos, interrupção de coleta de resíduos sólidos, atraso em obras públicas, tais como creches, escolas, Unidades Básicas de Saúde, entre outros efeitos danosos da falta de planejamento.

Indubitavelmente, as prioridades devem estar alinhadas ao planejamento estratégico da Administração Pública, que deve almejar o cumprimento do plano de governo apresentado pelo então candidato, já que este não pode ser apenas uma peça de ficção e cujo cumprimento deve ser buscado cotidianamente para fazer valer os créditos que lhe foram dados pelos cidadãos por meio do voto.

Estabelecer diretrizes, objetivos e metas para a Administração Pública é tarefa que aglutina aspectos políticos e técnicos e, no que pese sejam diretrizes fixadas por *players* políticos, é imperioso que ao se formalizar o plano plurianual (PPA) sejam observados critérios técnicos, visando garantir viabilidade, confiabilidade e efetividade ao planejamento.

Esse planejamento com certeza não pode ser apenas anual, visto que, nos termos do artigo 105, as contratações deverão observar a sua previsão no plano plurianual (PPA).

Compete lembrar que o PPA é um instrumento de planejamento de médio prazo e consiste em um documento que define as prioridades do governo para o período de quatro anos, podendo ser revisado a cada ano, e está previsto no artigo 165, I, da Constituição Federal.

Neste documento devem constar elementos que permitam identificar como serão executadas as políticas públicas para alcançar os resultados esperados ao bem-estar da população nas diversas áreas.

O planejamento governamental é uma atividade permanente da Administração Pública, além de se constituir em função essencial de Estado.

Por óbvio, todo planejamento de contratações públicas deve possuir uma certa flexibilidade adaptativa e uma margem para ajustes necessários no decorrer do exercício, tal como ocorre no planejamento orçamentário anual por meio dos créditos adicionais, que se dividem em suplementares, especiais e extraordinários, nos termos do artigo 41 da Lei nº 4.320/1964, bem como nas realocações de recursos mediante transposições, remanejamentos e transferências, previstas no artigo 167, inciso VI, da Constituição Federal.

Assim como aquelas alterações orçamentárias possuem limites considerados aceitáveis, há de se levar em conta que a necessidade de adequação do PCA durante o decurso do exercício seguirá o mesmo caminho.

Deste modo, podemos concluir que o planejamento não pode ser objeto de **constantes improvisos**, tampouco ser conduzido de forma amadora ou

irresponsável, sob pena de não se alinhar à Lei Orçamentária Anual, ao PPA, ao planejamento estratégico e ao plano de governo.

Neste ponto é necessário destacar que o plano de contratações anual, assim como o orçamento público, não pode ser uma peça fictícia elaborada apenas para cumprir uma determinação legal. Esse último, por diversas vezes, é confeccionado a partir do orçamento do ano anterior com a aplicação de um índice inflacionário.

O orçamento deve refletir a realidade do ente ou órgão à época da sua elaboração e ter como base as prioridades eleitas pela alta administração, uma vez que os recursos são escassos diante das tamanhas necessidades e anseios dos administrados.

Esse planejamento, por óbvio, não pode ser estático, devendo ser adequado à medida que surjam necessidades extraordinárias e diversas daquelas inicialmente apuradas. Contudo, devem-se observar a necessária eleição de prioridades e a devida contenção de dispêndios.

O controle não deve ser apenas orçamentário e, por isso, deve ser refletido no controle financeiro de forma a evitar, à medida do possível, que a Administração Pública deixe de quitar seus compromissos no prazo pactuado.

A situação de descontrole financeiro sinalizada pelos atrasos no pagamento é decorrente, muitas vezes, da falta de planejamento ou de planejamento ineficaz e estático.

Indubitavelmente, o cenário evidenciado acima tem grande potencial de afastar pretensos fornecedores que não possuam condições financeiras para suportar aqueles atrasos ou ainda de gerar um sobrepreço, já que, na maioria das vezes, esse ônus financeiro é transferido para o valor do bem a ser adquirido, o que podemos chamar de custo da transação.

Assim, como reflexo da falta de planejamento ou de um planejamento deficitário, podemos ter: menor número de interessados em fornecer à Administração Pública, prejudicando vários princípios, especialmente o da competitividade ou,

ainda, preços superiores àqueles praticados no mercado, ferindo o princípio da economicidade, entre outros.

Destarte, o planejamento das contratações públicas deve ser baseado em tomada de decisões qualificadas em nível estratégico.

Outro ponto a ser observado no plano de contratações anual é que, além das novas contratações a serem realizadas durante o exercício, deverão ser considerados os eventuais termos aditivos.

A importância de tal peça de planejamento para os termos aditivos advém da necessidade de identificação dos contratos a vencer, com suas respectivas datas, permitindo à Administração adotar medidas necessárias à formalização do termo de prorrogação de prazo de serviços tais como limpeza pública, transporte de alunos, fornecimento de merenda e outros, ou, ainda, deflagrar em tempo hábil uma nova contratação, o que evitaria “emergências fabricadas” face à desídia ou inércia da própria Administração.

Assim, o PCA tem uma tripla finalidade: **a)** permitir o planejamento das compras; **b)** evitar que procedimentos de contratação sejam deflagrados a destempo; **c)** orientar as ações necessárias à assinatura de eventuais termos de prorrogação de prazo.

Outra importante observação a ser realizada é que a cada contratação a Administração Pública deverá revisitar o mercado e apurar as soluções disponíveis e, portanto, necessitará de maior tempo para analisá-las e decidir qual atende o interesse público envolvido, face à inversão lógica trazida pela Lei nº 14.133/2021, conforme veremos na abordagem feita sobre o **Estudo Técnico Preliminar (ETP)** previsto no artigo 18.

Ainda com relação ao planejamento, é providente destacar que a própria Lei nº 14.133/2021 enfatiza a necessidade de haver compatibilização das contratações públicas com os recursos e disponibilidades orçamentárias, tal como estabelecido no artigo 72, IV, ao mencionar que nas contratações diretas deverá ser demonstrada a “*compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser*”

assumido”; ou quando no artigo 105 assevera que a duração dos contratos será prevista no edital e que **“deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro”**.

Neste mesmo sentido da necessária vinculação das contratações ao planejamento orçamentário caminha o artigo 150 ao enfatizar que **“nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.”**

Necessário lembrar que o plano de contratações anual foi instituído em âmbito federal através da Instrução Normativa nº 01/2019²², de 10 de janeiro de 2019, e que esta constitui importante fonte de consulta sobre os procedimentos a serem adotados, especialmente porque orientou e reflete, em parte, as alterações normativas trazidas pela nova Lei de Licitações e Contratos.

Nos termos do artigo 5º daquela IN, dentre as informações necessárias à formalização do PCA estariam: I – o tipo de item, o respectivo código, de acordo com os Sistemas de Catalogação de Material ou de Serviços; II – a unidade de fornecimento do item; III – quantidade a ser adquirida ou contratada; IV – descrição sucinta do objeto; V – justificativa para a aquisição ou contratação; VI – estimativa preliminar do valor; VII – o grau de prioridade da compra ou contratação; VIII – a data desejada para a compra ou contratação; e IX – se há vinculação ou dependência com a contratação de outro item para sua execução, visando a determinar a sequência em que os respectivos procedimentos licitatórios serão realizados.

Nessa linha seguiu o artigo 18 da nova Lei ao elencar, em seu § 1º, os elementos necessários que deverão estar contidos no estudo técnico preliminar, conforme veremos adiante.

22 Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/59109742/do1e-2019-01-11-instrucao-normativa-n-1-de-10-de-janeiro-de-2019-59109733 - Acesso em: 18 Out. 2021

Porém, destacamos de plano a necessária observação de eventual interdependência entre cada contratação, visto que tal levantamento evitaria, por exemplo, que uma obra, após concluída, ficasse paralisada por demasiado tempo aguardando que a Administração Pública adquirisse os materiais e equipamentos necessários ao seu pleno funcionamento, o que, *a priori*, faria com que a contratação da obra não atingisse o interesse público almejado no momento oportuno.

Outro exemplo que podemos citar de interdependência de contratações que pode gerar transtornos é a aquisição de equipamentos de elevado consumo energético sem que a rede de energia elétrica suporte aquela demanda. Em outros termos, a Administração adquire aparelhos condicionadores de ar ou aparelhos de raio-x sem que tenha realizado o levantamento adequado da sua própria estrutura técnica ou do entorno, ocasionando a situação em que os aparelhos ficam paralisados e sem uso, o que, inclusive, pode ocorrer por demasiado tempo de forma a perder a garantia dos equipamentos.

Embora os exemplos citados acima possam parecer exagerados, não são raras as vezes em que a falta de planejamento adequado gerou paralisação de obras, serviços e até mesmo de fornecimento, conforme constantemente verificado na nossa ação fiscalizatória.

Tendo aquela Instrução Normativa como um norte a ser seguido, podemos afirmar que na maioria das vezes o administrador público já possui de maneira informal as informações mínimas necessárias ao desenvolvimento do plano de contratações anual, bastando sistematizá-las e transformá-las em verdadeiros dados históricos.

A sistematização aqui mencionada não necessariamente deverá ser realizada por meio de um sistema de computador complexo. Em nossa ação fiscalizatória verificamos, por exemplo, a existência de municípios que elaboram, em certa medida, o seu PCA das contratações ordinárias, ou seja, previsíveis por meio de tabela do Excel.

Logicamente, a análise do histórico de demanda não pode se limitar ao levantamento do quê e do quanto foi adquirido, aplicando-se simplesmente

um índice inflacionário, mas deve ser considerado o contexto atual do órgão ou entidade, e também devem ser analisadas questões de sazonalidade, e outras tantas que irão interferir na elaboração do plano de contratações anual.

O PCA deverá levar em conta aquelas aquisições ordinárias realizadas em todos os anos, tais como canetas, papel, tonners, medicamentos, peças para veículos, pneus, suprimentos de informática, serviços de coleta de lixo, serviços de limpeza predial, etc., bem como aquelas esporádicas ou extraordinárias que se alinhem, naquele período compreendido pelo plano de contratações anual, ao planejamento estratégico do órgão ou entidade, como aquisições de novos veículos, computadores, implementação de uma nova política pública e outros.

A alegada falta de estrutura de planejamento de municípios de menor porte foi mitigada pela própria Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 181, uma vez que prescreve a instituição de “centrais de compras”, que poderão auxiliar na elaboração do plano de contratações anual, muito embora sua finalidade precípua seja realizar compras em grande escala para atender diversos órgãos públicos e entidades.

Com relação às centrais de compras é importante destacar que por meio delas os municípios de menor porte poderiam realizar as contratações do Poder Executivo e de seus eventuais órgãos²³ e do Poder Legislativo, o que poderia gerar economia de escala e outros benefícios decorrentes dessa ação centralizada.

Para municípios com até 10.000 habitantes o parágrafo único do artigo 181 da nova Lei trouxe a preferência de constituição de consórcios públicos, ou seja, a Lei busca trazer concretude às disposições por ela inseridas no âmbito das contratações públicas.

Outra vertente da análise do plano de contratações anual é a de que a sua existência e divulgação nos termos do § 1º do artigo 12 (sítio eletrônico oficial) e do inciso I, do § 2º, do artigo 174 (PNCP) permitirá ao próprio mercado fornecedor se preparar para participar dos procedimentos destinados àquelas contratações.

23 Autarquias, Agências Reguladoras, Instituto de Previdência, etc.

O levantamento das necessidades para a elaboração do PCA em municípios de menor porte e, portanto, de estrutura administrativa reduzida, poderia ser realizado, por exemplo, por uma equipe composta por uma ou mais pessoas de cada secretaria ou diretoria que representasse os diversos setores e áreas de atuação do órgão ou ente público, tais como saúde, educação, meio ambiente, trânsito, obras, transportes etc.

Estamos falando, portanto, de representantes com a compreensão das necessidades ordinárias para o funcionamento administrativo e técnico daquelas diversas áreas de atuação, bem como com o essencial conhecimento do plano estratégico da alta administração e das ações fundamentais à sua implementação naquele período compreendido no plano de contratações anual em desenvolvimento.

Desta forma o PCA refletiria aquelas necessidades ordinárias a serem atendidas e, também, abarcaria as contratações extraordinárias oriundas da aplicação do planejamento estratégico e, conseqüentemente, do plano de governo.

Em órgãos de pouco número de servidores, tais como algumas autarquias ou câmaras de menor porte, a elaboração do plano de contratações anual se mostra, ao nosso ver, uma tarefa bastante simplória, visto que há pouca margem de variação de suas atividades. Nestes casos, o planejamento das contratações se evidencia ainda mais palpável.

Por lógico, esta variação diminuta de atividades não significa a existência apenas de funções de baixa complexidade, estando essa restrição imposta pelos limites de abrangência de sua área de atuação.

Desta forma, podemos concluir que, independentemente da estrutura administrativa de cada órgão ou ente, é possível e compulsória a implantação do plano de contratações anual, o que demandará, de todos, esforço para realização de um planejamento das contratações públicas eficaz, minimizando-se os prejuízos causados por sua ausência.

Com relação ao dever de planejar, independentemente do porte do município ou do tamanho do órgão, o TCESP, por exemplo, já decidiu²⁴:

*Precedente TCESP: TC-006693.989.16 – Contas Anuais da Prefeitura Municipal de Oscar Bressane – Exercício de 2017 Sobre as falhas no planejamento, em que pese o tamanho diminuto da cidade, não é possível conceber uma estrutura administrativa moderna sem a devida capacidade de planejar. Ao contrário do que sustenta a administração, a **criação de uma equipe integrada, capaz de reunir informações das áreas fins (saúde, educação, etc.) da Prefeitura Municipal, alocar eficientemente os recursos, projetar as metas e, com isso, a avaliação de sua execução é uma medida de economia e não de aumento dos gastos públicos.** É, por conseguinte, um imperativo. Deve assim tomar medidas concretas visando aperfeiçoar os mecanismos de planejamento, melhorando o desempenho da administração nos principais eixos do IEG-M (g.n.).*

Para a materialização do PCA, ou seja, nas contratações públicas feitas para o cumprimento daquele plano, a Lei nº 14.133/2021 trouxe para todos os entes a obrigatoriedade da elaboração do estudo técnico preliminar, o qual está delineado no artigo 18 do referido normativo legal.

Naquele artigo surgem as linhas iniciais para que o planejamento se materialize, de fato, nas contratações públicas, especialmente ao mencionar que a fase preparatória é **caracterizada** pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual mencionado no inciso VII do *caput* do artigo 12 da Lei nº 14.133/2021.

24 Manual de Planejamento Público TCESP – pág. 11. Disponível em: [https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/Manual%20de%20Planejamento%20Pu%CC%81blico%20\(vf-200121\)%20\(1\).pdf](https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/Manual%20de%20Planejamento%20Pu%CC%81blico%20(vf-200121)%20(1).pdf) – Acesso em: 25 set. 2021.

Convém ressaltar que o termo “estudos técnicos preliminares” citado no inciso IX do artigo 6º da Lei nº 8.666/1993 não pode ser confundido com o constante do artigo 18 da Lei nº 14.133/2021, já que este se mostra muito mais amplo e completo que aquele e que na nova Lei, a exigência se aplica a toda e qualquer contratação.

A definição literal de **estudo técnico preliminar** consta do inciso XX do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021: *“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”*.

Outra novidade trazida no referido artigo 18, tal qual mencionado alhures, é a inversão da lógica da contratação. Ao longo dos anos foram sendo construídas “fórmulas mágicas” para solução do interesse público, sem que se desse um passo atrás e se olhasse a real necessidade de uma determinada demanda a ser contratada.

Em outras palavras, ao longo dos anos criou-se uma lógica de contratação com base no histórico daquelas promovidas anteriormente e que, em certa medida, atenderam à demanda existente à época. E, em virtude desse “sucesso”, a forma de atendimento daquela demanda foi definida internamente pela Administração como a melhor forma de contratação.

A nova Lei busca fazer com que a Administração reveja suas contratações e tenha como foco não a forma de contratar e sim o interesse público almejado como veremos adiante.

O *caput* do artigo 18 aborda linhas gerais do que deverá ser observado e tratado na elaboração do ETP, no caso, todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, sendo que os incisos I a XI elencam o que deverá ser abordado.

Nos incisos I a XIII do § 1º do mesmo artigo 18 estão delineados os elementos que comporão o ETP e que deverão evidenciar o **problema a ser resolvido** e a sua melhor solução, de modo a **permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação**.

Daqueles 13 (treze) incisos, consoante disposto no § 2º, 5 (cinco) são obrigatórios: I, IV, VI, VIII e XIII, cabendo à Administração justificar a ausência dos demais elementos não contemplados no estudo técnico preliminar.

Naquela linha de inversão lógica das contratações, o inciso I exige a **“descrição da necessidade da contratação”** considerando **“o problema a ser resolvido”** sob a perspectiva do **“interesse público”**.

Os incisos IV e VI tratam das estimativas de quantitativos e do valor da contratação, com destaque à necessidade de que sejam acompanhadas das memórias de cálculo (metodologias), enquanto o inciso VIII versa sobre as justificativas para o parcelamento ou não da contratação.

Por fim, o último elemento obrigatório (inciso XIII) consiste num **posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.**

Assim, o primeiro e o último elemento trazem como norte o atendimento da necessidade da contratação.

Embora não obrigatórios, a depender do objeto da contratação, existem outros dispositivos que merecem destaque em nossos comentários. Um é o inciso V, que exige o **“levantamento de mercado por meio de análise das *alternativas* possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar”**, o que está alinhado ao contido no inciso VII, uma vez que este exige a **descrição da solução como um todo.**

No mesmo sentido do parágrafo anterior, destacamos a necessidade de se fazer constar do estudo técnico preliminar as informações do artigo 18, § 1º, inciso IX, quando o edital prever a utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, consoante previsto no § 2º do artigo 25 da Lei nº 14.133/2021. O inciso IX prevê o **“demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis”**.

Outro ponto de destaque e que se mostra uma novidade da nova Lei é o previsto no inciso X, em que se impõe a necessidade de a Administração prever no ETP as *“providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual”*, o que denota mais uma vez a ideia de mitigação de riscos e o reforço de ações planejadas na contratação.

Nesta linha de mitigação de riscos e de sustentabilidade, a Lei trouxe a previsão fixada no inciso XII, a qual exige a *“descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável”*, posicionamento que se alinha às preocupações e orientações trazidas por legislação específica da área ambiental, tal como a Lei nº 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, entre outras.

Cabe salientar que ao final da elaboração do ETP pode a Administração concluir pela inviabilidade da contratação, consoante disposto no inciso XX do artigo 6º desta Lei.

Aqui impende lembrar a inversão lógica trazida pela nova Lei de Licitações e Contratos que nos convida a revisitar o mercado a cada nova contratação para avaliar as soluções disponíveis para o atendimento daquele interesse público almejado, sendo que, além daquelas informações de mercado, a Administração deverá reavaliar a sua própria estruturação interna de forma a identificar se a melhor solução àquela necessidade não se encontra dentro de seus próprios “muros”, o que ensejaria a conclusão de inviabilidade de contratação.

Como exemplo citamos o transporte de servidores, demanda que é historicamente atendida pela Administração por meio de contratação de empresa.

O órgão ou entidade pública, para atendimento das disposições contidas no artigo 18, deve identificar a sua necessidade, tal como “transporte de servidores”, e ir ao mercado para avaliar as soluções postas à época da contratação, podendo optar, conforme o caso, por solução diversa daquela historicamente adotada.

Por exemplo, a necessidade de “transporte de servidores” poderia ser sanada mediante: **a)** forma de contratação histórica, ou seja, contratação de empresa para transporte; **b)** locação de veículo com condução por servidor da própria Administração; **c)** táxi; **d)** serviços de transporte por aplicativo; **e)** aquisição de veículo com condução por servidor da própria Administração, entre outras possibilidades mercadológicas existentes à época da contratação.

E mais, poderia o administrador, ao revisitar seus “muros”, identificar a possibilidade de utilização de veículo da própria Administração que atenda às suas necessidades e fazer essa opção caso se mostrasse mais viável e vantajoso técnica e economicamente.

Para reforçar essa linha de motivação e justificativas, bem como de análise das soluções disponíveis no mercado, impende lembrar a disposição contida no artigo 44 da nova Lei de Licitações, que impõe o dever de, havendo a possibilidade de compra ou de locação de bens, o estudo técnico preliminar considerar os custos e os benefícios de cada opção, indicando a alternativa mais vantajosa.

Para minimizar as dificuldades relativas à implementação do estudo técnico preliminar, e buscando privilegiar o princípio da transparência e incentivar a participação social, o artigo 21 da Lei nº 14.133/2021 trouxe a possibilidade de o ETP ser submetido à audiência pública, em que a Administração Pública poderá obter contribuições dos cidadãos e, por que não, de especialistas sobre o tema.

Vale também ressaltar que o julgamento por técnica e preço será escolhido quando restar demonstrado no estudo técnico preliminar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital são relevantes aos fins pretendidos pela Administração naquelas licitações (§ 1º do artigo 36). Ao final cabe lembrar que muitos são os pontos que pendem de regulamentação a ser levada a efeito nas mais diversas dimensões administrativas dos diversos órgãos que integram a Administração Pública, mas sobre esse tema fazemos referência ao artigo específico que consta desta obra.

Cabe, ao final, referenciar as palavras do Excelentíssimo Conselheiro Dr. Dimas Ramalho trazidas em seu artigo²⁵:

Durante a fase de planejamento da licitação, que precede a elaboração do edital, a Administração precisa mensurar suas necessidades, qualitativa e quantitativamente, fazer pesquisas de mercado, verificar a existência de disponibilidade orçamentária para a despesa e formular os requisitos de participação e as condições de habilitação.

São essas as impressões iniciais que temos sobre o relevante tema planejamento e seus instrumentos de materialização, salientando que obviamente existem outras vertentes e pontos de vistas que poderiam ser abordados, de modo que o presente artigo não tem a intenção de esgotar o tema e sim nos levar a pensar a forma como vemos a Administração Pública atual e os novos caminhos que deverão ser trilhados.

25 Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/controle-externo-preventivo-11052021>
- Acesso em: 20 out. 2021.

CAPÍTULO VI

OS PRINCÍPIOS NA LEI Nº 14.133/2021

João Pedro Torres Skinner

INTRODUÇÃO

Tendo em vista que o presente artigo visa abordar os princípios orientadores da licitação de forma objetiva e prática, é importante estabelecer o que entendemos sobre eles.

Com esse intuito, valemo-nos da doutrina do professor alemão Robert Alexy que ensina que princípios representariam um “dever ser ideal”, um comando que “não prevê que aquilo que é devido é possível fática e juridicamente em toda sua extensão, mas que exigem, porém, cumprimento o mais amplo e aproximativo possível”²⁶.

Assim, os princípios apresentariam um caráter *prima facie*, o que implica um cumprimento de seus mandamentos não de forma exata e uniforme para todos os casos, mas de acordo com as condições fáticas e jurídicas existentes.

Os princípios também têm a importante função de conferir logicidade aos sistemas jurídicos fixando as características básicas em torno das quais os demais elementos orbitarão. Sem os princípios, considerados “ideias-chave,

26 ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. Organização, tradução e discurso introdutório por Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p.190.

fundamentais, que estão por trás do conjunto das normas jurídicas vigentes”²⁷, os sistemas careceriam de lógica.

PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA LICITAÇÃO

O artigo 5º da nova Lei de Licitações ampliou o rol de princípios especificamente relacionados aos procedimentos licitatórios aos contratos. São 22 princípios positivados pelo legislador, além da menção às disposições contidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657/1942.

A nova Lei de Licitações dispõe que o administrador deve observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável.

Os cinco primeiros princípios – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – já constam do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal e, assim, se aplicam a toda a atuação da Administração Pública, inclusive às licitações e contratos.

Do mesmo modo, o interesse público, a probidade administrativa, a segurança jurídica, a razoabilidade e a proporcionalidade também são princípios que já constavam do ordenamento jurídico e, assim, já estavam presentes em toda forma de atuação da Administração Pública, inclusive em licitações e contratos.

Focaremos o estudo nos princípios que possuem aplicação prática para o procedimento licitatório.

27 MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado. São Paulo: Malheiros, 2010, p.22

PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES

O princípio fundamental da licitação é a igualdade, que garante oportunidades iguais a todos os interessados. A violação da igualdade, prejudicando ou beneficiando determinado licitante, acarreta a nulidade do certame. Por essa razão, por exemplo, foram estabelecidas vedações quanto ao estabelecimento de normas que frustrem o caráter competitivo da licitação no artigo 9º da nova Lei de Licitações.

O Supremo Tribunal Federal, indo no sentido de não admitir que a Administração Pública exija requisitos para a participação no certame que estejam previstas em lei, mas que não sejam indispensáveis à realização da licitação, se manifestou em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade:

Ementa: LICITAÇÃO PÚBLICA. Concorrência. Aquisição de bens. Veículos para uso oficial. Exigência de que sejam produzidos no Estado-membro. Condição compulsória de acesso. Art.1º da Lei nº 12.204/98, do Estado do Paraná, com a redação da Lei nº 13.571/2002. Discriminação Arbitrária. Violação ao princípio da Isonomia ou da igualdade. Ofensa ao artigo 19, II, da Vigente Constituição da República. Inconstitucionalidade declarada. Ação direta julgada, em parte, procedente. Precedentes do Supremo. É inconstitucional a lei estadual que estabeleça como condição de acesso a licitação pública, para aquisição de bens ou serviços, que a empresa licitante tenha a fábrica ou sede no Estado-membro. ADI 3583/PR, 21/02/2008.

Ressalte-se que a isonomia, em seu aspecto material, significa tratar igualmente os iguais e oferecer tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades. Assim, o princípio visa a igualar juridicamente aqueles que são desiguais no plano fático, formando o que se convencionou chamar de isonomia material.

Nessa linha, o STF²⁸ possui entendimento consolidado no sentido de que somente pode haver relativização da igualdade de condições nas licitações em duas condições, a saber: (a) pela lei; (b) pela autoridade responsável, por meio de elementos de distinção circunstanciais, de qualificação técnica e econômica, desde que vinculados à garantia de cumprimento de obrigações específicas.

PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE

Embora a competitividade seja um princípio implícito na Lei nº 8.666/1993, a nova Lei de Licitações o previu de forma expressa, além de estabelecer diversas normas relacionadas como, por exemplo, o artigo 9º, I, “a”, o qual prevê a vedação de situações que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas.

Assim, somando-se à Constituição Federal, ficou estabelecido pela Lei o caráter competitivo da licitação, objetivando a obtenção da proposta apta a gerar o resultado mais vantajoso para a Administração, sendo nulo qualquer ato que venha a frustrar essa característica do procedimento licitatório.

PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA

A publicidade é um princípio previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, aplicável a toda atuação da Administração Pública e, no que se refere às licitações e contratos, tem o objetivo de garantir o controle dos atos públicos por meio da fiscalização pelos licitantes, pelos órgãos de controle interno e externo e pelos cidadãos em geral, a fim de evitar atos lesivos à moralidade ou ao patrimônio público.

28 Vide ADI 3.735, rel. min. Cármen Lúcia, j. 8-9-2016, P, DJE de 1º-8-2017.

A transparência, embora tenha relação com a publicidade, não se confunde com esta, vedando os arranjos secretos, bem como determinando não apenas a publicação de atos oficiais e o fornecimento de informações quando solicitadas pelos interessados, mas também a divulgação de toda e qualquer informação de interesse público independentemente de provocação, o que pode ser denominado de transparência ativa.

A nova Lei de Licitações possui disposições que visam garantir a observância do princípio da transparência. Como exemplo, podemos citar o artigo 54, que torna obrigatória a publicidade do edital de licitação mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). Este portal se trata de um sítio eletrônico oficial (página na rede mundial de computadores) destinado a divulgar, de forma centralizada, todas as informações exigidas pela nova Lei de Licitações e sua criação foi prevista pelo artigo 174.

PRINCÍPIO DO SIGILO DAS PROPOSTAS

O princípio do sigilo das propostas está disposto no artigo 13 da Lei nº 14.133/2021 e não contrapõe o princípio da publicidade, que deve ser observado nas licitações públicas.

Esse princípio visa tutelar o sigilo das propostas apresentadas pelos licitantes até a data da abertura dos envelopes, a ser feita em conjunto por todos os concorrentes, em sessão pública.

Até a ocasião da sessão pública, que deve ser previamente determinada pelo edital, um licitante não pode saber da proposta do outro, pois a violação do sigilo da proposta representa improbidade administrativa e crime definido na própria Lei de Licitações.

PRINCÍPIOS DA PROBIDADE E MORALIDADE

Os princípios da probidade e moralidade convergem como mandados de otimização que tratam da necessidade de atuação ética, honesta, proba e pautada na boa-fé. O comportamento com base na moralidade é exigido não somente da Administração Pública, mas também dos administrados participantes da licitação.

Em virtude desta exigência, existem diversas leis que preveem sanções aos agentes, públicos e privados, e às pessoas jurídicas que atuam de forma ímproba no procedimento licitatório. Podemos citar, por exemplo, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) e a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO

O princípio do planejamento não é novo para o ordenamento jurídico brasileiro e já estava previsto até mesmo no artigo 6º do Decreto-Lei nº 200/1967, que dispõe acerca da Administração Federal, porém serve de norma geral de observância obrigatória pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

No que tange ao universo das contratações públicas, o princípio do planejamento não se relaciona apenas ao procedimento licitatório, mas à contratação como um todo, devendo o Poder Público manter uma organização quanto a esta matéria, passando pela previsão das contratações nas leis orçamentárias, pela fase interna ou preparatória da licitação, até o seu encerramento.

PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, EFICÁCIA E EFETIVIDADE

Nota-se que a eficiência é um dos princípios expressos da Administração Pública, previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, e incide sobre

toda a função administrativa. O princípio da eficiência pode ser resumido na busca dos melhores resultados práticos, lógica da produtividade, por meio da melhor atuação possível, de forma célere e com redução dos desperdícios, lógica da economicidade. Esse princípio demanda uma atuação da Administração Pública com diligência, presteza e bom desempenho funcional. Trata-se de princípio relacionado à boa administração.

Já o princípio da eficácia se relaciona com o atingimento ou não do objetivo ou da meta a que se propôs; relaciona-se, assim, com o resultado almejado.

O princípio da efetividade, por sua vez, pode ser descrito como a conjugação de eficiência e eficácia, transformando uma realidade externa por meio de uma boa atuação.

PRINCÍPIO DA SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES

O princípio da segregação de funções se trata de uma das inovações trazidas pela nova Lei de Licitações. Esse princípio determina que as diversas fases do procedimento licitatório sejam conduzidas por agentes públicos diferentes, de modo que não fique a cargo de apenas um agente público ou de um pequeno grupo de agentes públicos todos os atos relacionados à licitação.

Resta evidente, assim, que esse princípio visa evitar a corrupção e as fraudes, uma vez que, segregando as funções, se um agente público atuar de forma irregular em uma fase, os responsáveis pelas fases seguintes, percebendo o vício, poderão tomar as medidas necessárias para repressão e correção do procedimento.

Evita-se ainda conluio fraudulento entre agentes públicos, pois é muito mais difícil corromper diversos agentes públicos do que apenas um ou dois.

Esse princípio visa, ainda, evitar vícios procedimentais não relacionados à má-fé do agente público, uma vez que a passagem de um processo de contratação por diversos agentes públicos potencializa a chance de detecção de erros, aumentando,

por consequência, a chance de corrigi-los no curso do próprio processo de contratação realizado pela Administração Pública, o que evita prejuízos futuros aos contratos a serem celebrados.

Por todas as razões aqui expostas, o princípio da segregação de funções se mostra fundamental para a lisura, legalidade e legitimidade do procedimento licitatório.

PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL

Nota-se que o princípio da vinculação ao edital consolida a ideia de que o edital é como a “lei interna da licitação”, pois vincula tanto os licitantes quanto a Administração Pública que o expediu. Com efeito, a discricionariedade administrativa se encerra com a elaboração do edital e, uma vez publicado, seu cumprimento é imperativo.

PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO

Segundo o princípio do julgamento objetivo, as propostas na licitação devem ser julgadas conforme os critérios pré-estabelecidos no edital, não cabendo qualquer discricionariedade na apreciação das propostas pela Administração.

Vale destacar que a doutrina reconhece que o julgamento absolutamente objetivo somente ocorre quando o critério da licitação é o “menor preço” ou nas alienações de “maior lance ou oferta”. Os critérios de “melhor técnica” ou “técnica e preço” exigem uma parcela de valoração subjetiva no julgamento das propostas.

Todavia, ainda que se admita essa “dose” de valoração subjetiva nos casos citados, os critérios de julgamento devem estar previamente estabelecidos no instrumento convocatório.

PRINCÍPIO DO FORMALISMO

O princípio do formalismo está implicitamente relacionado às licitações públicas. Consiste em condição necessária para garantir o controle do procedimento, o qual, invariavelmente, acarretará dispêndio de recursos públicos. Esse princípio pode ser encontrado por todo o texto da nova Lei.

Destaca-se, no entanto, que a aplicação do princípio não deve implicar excesso de formalismo, tendo em vista que o procedimento administrativo formal não é um fim em si mesmo; é, na verdade, um instrumento que serve a uma finalidade, qual seja, a celebração do contrato pretendido. Desse modo, a legislação tem flexibilizado algumas formalidades para garantir o interesse público.

CAPÍTULO VII

DAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Leonardo Frenhan Takahashir

Conforme Torres (2021)²⁹, as modalidades de licitação constituem “formato procedimental definido para o procedimento de disputa entre licitantes, com vistas à seleção do fornecedor escolhido para o atendimento da pretensão contratual”. São, portanto, conjuntos de procedimentos que formam o rito a ser observado pela Administração Pública de acordo com o objeto que pretenda contratar. Trata-se de norma geral de licitação e contratos e, conseqüentemente, está inserida no âmbito da competência legislativa privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal.

As modalidades de licitação estão elencadas nos incisos do artigo 28 da Lei nº 14.133/2021, quais sejam: pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo.

Nota-se que as modalidades convite e tomada de preços foram extintas, quando comparamos com o rol de modalidades da Lei nº 8.666/1993. O pregão, outrora abrangido em diploma normativo próprio, a Lei nº 10.520/2002, foi integrado a esta nova Lei geral de licitações e contratos, passando a conviver no mesmo estatuto das demais modalidades licitatórias. Observa-se, por outro lado, a gênese de uma nova modalidade: o diálogo competitivo.

29 TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. São Paulo: Juspodivm, 2021.

O elemento de distinção das modalidades concorrência, tomada de preços e convite, no âmbito da Lei nº 8.666/1993, era, essencialmente, o valor estimado da licitação. Com a extinção destas duas últimas, a modalidade licitatória será determinada tão somente pela natureza do objeto a ser contratado, ou seja, o valor estimado não será mais critério definidor da modalidade licitatória. Não se confunda, todavia, com as hipóteses de dispensa de licitação estabelecidas em razão do valor estimado da contratação nos termos do artigo 75, incisos I e II, da Lei nº 14.133/2021, porquanto a dispensa de licitação, evidentemente, não constitui modalidade licitatória, mas sim autorização legislativa para a contratação direta.

CONCORRÊNCIA E PREGÃO

O artigo 29 desta nova legislação reza que a concorrência e o pregão devem seguir o rito previsto no artigo 17 da Lei, considerado o procedimento comum.

O pregão é uma modalidade bem-sucedida no cotidiano da Administração pela já conhecida inversão de fases (que se tornou a regra geral na presente Lei), na qual a habilitação do licitante ocorre após a fase de propostas e lances, e apenas quanto ao vencedor do certame, evitando-se a análise de documentos dos demais competidores. A oportunidade de os proponentes ofertarem lances também foi uma grande inovação trazida pela Lei nº 10.520/2002 e que, neste novo diploma normativo, espraia-se para a modalidade concorrência, com a qual compartilha o procedimento comum, como mencionado anteriormente.

No rol das definições inscritas pelo legislador no artigo 6º da Lei, o pregão foi definido, no inciso XLI, como modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto. A concorrência foi definida no inciso XXXVIII do mesmo artigo 6º como modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: menor preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior retorno econômico e maior desconto.

O conceito de bens e serviços comuns encontra-se no inciso XIII do artigo 6º como sendo aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado. Percebe-se não ter havido mudança em relação ao que dispõe o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 10.520/2002. Por seu turno, os bens e serviços especiais foram descritos, nos termos do inciso XIV do artigo 6º, como aqueles que, em razão da alta heterogeneidade ou complexidade, não podem ser descritos por meio de especificações usuais de mercado, exigida justificativa prévia do contratante.

Pelo exposto até o momento fica clarividente o raciocínio adotado pelo legislador, atribuindo bens e serviços comuns ao pregão enquanto os bens e serviços especiais couberam à concorrência. Há exceção em relação a esta última modalidade, sob a qual foram abrigadas as obras e serviços de engenharia, sejam comuns ou especiais.

O parágrafo único do artigo 29, ao vedar o uso do pregão para obras e serviços de engenharia, excepcionou desta proibição os serviços comuns de engenharia. Sob a égide das Leis nº 8.666/1993 e 10.520/2002, a jurisprudência já vinha reconhecendo a possibilidade de utilização do pregão para serviços comuns de engenharia, como se pode observar no processo TC- 007777.989.21 do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, bem como na súmula nº 257 do Tribunal de Contas da União.

Assim sendo, os serviços comuns de engenharia podem, em princípio, ser licitados tanto na modalidade pregão quanto na modalidade concorrência. Esta intersecção no âmbito de aplicação das duas modalidades, em princípio, não geraria maiores dificuldades hermenêuticas, ou seja, para serviços comuns de engenharia poderiam ser utilizadas ambas as modalidades. O leitor mais atento, contudo, já deve ter sentido a presença de ares mais turbulentos. Explica-se.

Tendo em vista o conceito de serviço comum de engenharia vertido na alínea “a” do inciso XXI do *caput* do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021, combinado com a definição de pregão estabelecida pelo inciso XLI do mesmo artigo 6º, que impõe o uso desta modalidade para os serviços comuns em geral, poderia o intérprete entender pela impossibilidade do emprego da concorrência para os serviços

comuns de engenharia, que seria de exclusividade da modalidade pregão. Esta conclusão tornaria ineficaz o comando do próprio legislador plasmado no inciso XXXVIII, ainda no artigo 6º, que autorizou o uso de ambas as modalidades para os serviços comuns de engenharia, não nos parecendo ser a interpretação mais adequada.

Antes de avançarmos, e para melhor compreensão deste ponto, cabe trazer a lume uma pequena síntese do processo legislativo que culminou nesta Lei nº 14.133/2021.

O Projeto de Lei do Senado Federal nº 559/2013 tinha como objetivo a “Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993)”. O substitutivo aprovado por aquela augusta Casa da Federação Brasileira, em 03 de fevereiro de 2017, conceituava o pregão, no inciso XL do artigo 5º, como modalidade de licitação para aquisição de bens, serviços e obras comuns, cujo critério de julgamento poderia ser o de menor preço ou de maior desconto. O § 2º do artigo 26, contudo, restringia o uso do pregão, para obras e serviços comuns de engenharia, às contratações inferiores a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). O critério de preço, portanto, exercia uma divisa entre as duas modalidades que se entrelaçavam no âmbito das obras e serviços comuns de engenharia.

O substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados, na condição de Casa Revisora, alterou a definição de pregão, dando a ele a conformação que vemos atualmente no inciso XLI do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021, inserindo a expressão “obrigatória” quanto ao seu uso. O impedimento à utilização do pregão para serviços comuns de engenharia superiores a R\$ 150.000,00 foi excluído, conforme redação que veio a se tornar o parágrafo único do artigo 29 da Lei nº 14.133/2021.

Se, de um lado, ampliou-se a possibilidade de utilização do pregão para serviços comuns de engenharia independentemente de valor, passou-se a vedar o seu emprego para obras, sem nenhuma exceção. O texto originalmente aprovado no Senado Federal tinha como regra, portanto, o uso da concorrência para serviços comuns de engenharia, possibilitando o pregão apenas para os pequenos serviços desta espécie, limitados a R\$ 150.000,00.

O processo legislativo não vincula, obviamente, o intérprete da Lei. Ajuda-nos a compreender a evolução do pensamento e, nesse sentido, colabora na construção de uma exegese mais adequada aos desígnios do legislador e concorre para a manutenção da harmonia do texto normativo. Nessa perspectiva, vê-se que o Congresso Nacional, ao longo da tramitação do projeto, acabou por transferir os serviços comuns de engenharia à modalidade pregão.

Neste caminho, todavia, parece ter se olvidado destes mesmos serviços de engenharia no âmbito da concorrência, fazendo com que o texto final, ora convertido em Lei, tenha se apresentado, neste aspecto, com certa complexidade hermenêutica. Fechados estes parênteses, voltemos ao enfrentamento do ponto em questão.

O compartilhamento de rito entre pregão e concorrência diminui consideravelmente o impacto desta controvérsia. A diferença entre as modalidades, contudo, terá relevância na fixação do critério de julgamento, uma vez que o pregão admitirá apenas os critérios de menor preço ou de maior desconto.

O inciso XIV do artigo 6º, ao definir bens e serviços especiais, o fez de maneira residual em relação ao conceito de bens e serviços comuns³⁰. Consequentemente, tendo em vista a obrigatoriedade do uso do pregão para bens e serviços comuns, conclui-se que a utilização da modalidade concorrência, como resultado da natureza complexa e heterogênea de seu objeto, dependerá de prévia justificativa do órgão licitante, nos termos do artigo 6º, inciso XIV, da Lei nº 14.133/2021.

É verdade que tal prescrição não foi reproduzida nos conceitos de serviços comuns e especiais de engenharia, entretanto consideramos que os serviços de engenharia, por serem espécie do gênero serviços, devem seguir a mesma

30 Art. 6º (...)

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;

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.

determinação do inciso XIV, que é a necessidade de justificativa prévia quando classificados pelo licitante como sendo de natureza especial, ou seja, não comum.

Considerando, portanto, a condição subsidiária do serviço especial em relação ao comum e, por conseguinte, da concorrência frente ao pregão; somada à determinação de obrigatoriedade do pregão, como regra, e sendo os critérios de julgamento de melhor preço e maior desconto os mais adequados para bens e serviços padronizáveis, é de se concluir, finalmente, que os serviços comuns de engenharia devem ser licitados sob a modalidade pregão.

Entretanto, a fim de não esvaziar completamente a autorização normativa quanto ao emprego da concorrência para serviços comuns de engenharia, entendemos que a sua utilização neste tipo de serviço deve se dar apenas em casos excepcionais, quando o licitante, embora não tenha conseguido enquadrar o serviço de engenharia na classificação de natureza especial, sendo, portanto, serviço comum, considere que os critérios de melhor preço e maior desconto não sejam os mais adequados para o certame. Neste caso, deverá justificar esta necessidade porque, como regra, o que é padronizável pode ser oferecido sob o critério de preço ou desconto, como vem demonstrando a experiência da Lei nº 10.520/2002 nestes últimos 20 anos. E, se optou pela concorrência quando poderia valer-se do pregão, outro motivo não pode ter senão o desejo de valer-se de outro critério de julgamento além daqueles permitidos para a modalidade pregão.

Em palavras mais sintéticas, o uso da modalidade concorrência para serviços comuns de engenharia só se justifica quando os critérios de menor preço ou de maior desconto não forem suficientes para atendimento das necessidades do licitante, que deverá fundamentar tal excepcionalidade nos autos do processo.

CONCURSO E LEILÃO

A Lei nº 8.666/1993 já previa a modalidade concurso no seu artigo 22, § 4º, com redação semelhante ao observado no inciso XXXIX do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021, que, ao conceituar esta modalidade licitatória, o fez nos

seguintes termos: “modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor”. Da comparação de ambos os textos, vê-se que o novo fixou o critério de julgamento para esta modalidade, que será o de “melhor técnica ou conteúdo artístico”. As demais disposições do artigo 30 da nova Lei foram, essencialmente, herdadas de sua principal precursora, a Lei nº 8.666/1993.

O leilão, embora já previsto na Lei nº 8.666/1993, passou a ser a modalidade exclusiva para alienação de bens. Doravante, seja móvel ou imóvel, qualquer que seja a sua origem, deverá ser alienado por meio de leilão. Anteriormente, como regra, apenas os bens móveis poderiam ser alienados por leilão, consoante artigo 22, § 5º, da Lei nº 8.666/1993. Excepcionalmente, também os bens imóveis poderiam ser alienados sob esta modalidade, desde que sua aquisição houvesse derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, nos termos do artigo 19 daquele diploma normativo. Ainda no campo das exceções, a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia superior ao limite previsto para a modalidade tomada de preços, deveria ser realizada por meio de concorrência.

Segundo o artigo 31 da Lei nº 14.133/2021, o leilão poderá ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente da Administração, e regulamento deverá dispor sobre seus procedimentos operacionais. Na hipótese de promover o leilão por intermédio de leiloeiro oficial, o legislador traçou duas possibilidades para sua contratação. A primeira, a do credenciamento, procedimento auxiliar previsto no artigo 6º, inciso XLIII, artigo 78, inciso I e artigo 79, todos da Lei nº 14.133/2021. A segunda alternativa, que é a disputa entre interessados, deverá ser realizada por meio da modalidade pregão, adotando-se o critério de julgamento de maior desconto. Trata-se de modalidade e critério de julgamentos já determinados pelo legislador, não comportando discricionariedade do gestor público.

A Lei exigiu ainda que a comissão do leiloeiro oficial conste do edital. A comissão do leiloeiro oficial é aquela já definida na contratação deste serviço por parte da Administração. A exigência de divulgação visa dar transparência e

segurança ao arrematante, para que saiba de antemão o valor deste dispêndio. Observa-se que o legislador deu maior autonomia à Administração Pública ao exigir tão somente que informe as condições de pagamento no edital. Não mais se verifica a exigência de que o pagamento seja à vista ou em percentual mínimo de 5% como determinava o artigo 53, § 2º, da Lei nº 8.666/1993.

O § 3º do artigo 31 determina que, além da divulgação no sítio eletrônico oficial, o edital do leilão seja afixado em local de ampla circulação de pessoas na sede da Administração, podendo, ainda, ser divulgado por outros meios necessários para ampliar a publicidade e a competitividade da licitação. Embora o legislador tenha determinado a afixação do edital na sede da Administração e, por outro lado, apenas facultado a sua divulgação em outros meios que visem aumentar a publicidade e competitividade da licitação, é fundamental que a Administração Pública, mirando o princípio da transparência que expressamente rege esta Lei, nos termos do seu artigo 5º, adote as providências necessárias para maximizar a divulgação do certame por meio das ferramentas que, sucessivamente, se fizerem hodiernas e eficazes ao longo dos tempos, como, por exemplo, as redes sociais, que se notabilizaram como potente instrumento de comunicação na atualidade.

DIÁLOGO COMPETITIVO

É evidente que a Lei nº 14.133/2021, em toda a sua extensão, inspirou-se fortemente em legislações que a precederam nesta seara das licitações e contratos públicos, notadamente as Leis nº 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011. Não se trata de mera compilação de leis, à vista de diversas alterações introduzidas, inclusive em institutos já bastante consolidados, a exemplo da concorrência, que passou a assemelhar-se ao pregão.

A despeito de críticas que surgiram em razão de suposta falta de ousadia do legislador para permitir maior flexibilização de procedimentos, bem como pela ausência de mais autonomia a Estados e Municípios, é igualmente verdadeiro que a necessidade de avanço da legislação, exigida pelas transformações decorrentes do caminhar dos tempos, também exige que a mudança se dê com segurança

a fim de dar estabilidade ao direito e, conseqüentemente, à sociedade. Nesse diapasão, é louvável que o legislador tenha bebido em fontes já conhecidas ao mesmo tempo em que descortinou novas fronteiras, uma das quais leva ao instituto do diálogo competitivo.

A modalidade diálogo competitivo é uma inovação em nosso ordenamento jurídico. Inspirada na Diretriz Europeia nº 2014/24/UE, visa institucionalizar, para determinadas situações, o diálogo da Administração Pública com a iniciativa privada, visando identificar a solução mais adequada para uma necessidade ou problema.

O conceito desta modalidade licitatória consta do inciso XLII do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021, enquanto as hipóteses de aplicação e demais normas procedimentais foram inscritas no artigo 32, que, por sua relevância para a compreensão desta modalidade, transcrevemos:

Art. 32. A modalidade Diálogo Competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

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

a) inovação tecnológica ou técnica;

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

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

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

a) a solução técnica mais adequada;

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

c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;

III - (VETADO).

§ 1º Na modalidade Diálogo Competitivo, serão observadas as seguintes disposições:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XI - o Diálogo Competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão;

XII - (VETADO).

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

O procedimento inicia-se com o lançamento de um primeiro edital, no qual a Administração divulgará suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse em participar do certame. Os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão estar previstos neste edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos ali estabelecidos, ou seja, não há, nesta fase, competição ou limite à quantidade de participantes, desde que os interessados, repise-se, atendam aos critérios da pré-seleção. Em seguida, os participantes pré-selecionados apresentarão suas propostas

por meio de sessões individuais de diálogos com a Administração Pública, que selecionará uma ou mais propostas capazes de atender às suas necessidades.

Definido(s), portanto, o(s) objeto(s) do torneio, a Administração divulgará um segundo edital, inaugurando a fase competitiva da licitação, restrita aos interessados pré-selecionados anteriormente, inclusive aqueles cuja solução ou ideia não tenha sido selecionada pelo Poder Público para a definição do objeto da licitação. A partir desta fase competitiva, o certame ganhará contornos de uma licitação tradicional, exceto pelo fato de ser restrita aos participantes pré-selecionados. Destruiremos, nas próximas linhas, com pouco mais de delonga, cada um destes pontos.

Voltando ao início, que são as hipóteses de cabimento desta modalidade, vale recordar que, no item 4 do artigo 26 da já mencionada diretiva europeia, são apresentadas as situações em que o diálogo competitivo, ali denominado como diálogo concorrencial, poderá ser aplicado pelos países membros daquela Comunidade³¹:

4. Os Estados-Membros devem prever a possibilidade de as autoridades adjudicantes utilizarem um procedimento concorrencial com negociação ou um diálogo concorrencial nas seguintes situações:

a) No que diz respeito às obras, fornecimentos ou serviços que preencham um ou mais dos seguintes critérios:

i) as necessidades da autoridade adjudicante não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis,

31 Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024> (versão em português – PT). Acesso em 30/08/2021. Obs.: Trata-se de documento redigido, na sua versão em língua portuguesa, segundo a ortografia e gramática vigentes em Portugal, que é membro da União Europeia.

ii) os produtos ou serviços incluem a concepção ou soluções inovadoras,

iii) o contrato não pode ser adjudicado sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a natureza, a complexidade ou a montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a elas associadas,

iv) as especificações técnicas não podem ser definidas com precisão suficiente pela autoridade adjudicante por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica, na aceção dos pontos 2 a 5 do Anexo VII;

b) No que diz respeito às obras, fornecimentos ou serviços, se, em resposta a um concurso aberto ou limitado, só tiverem sido apresentadas propostas irregulares ou inaceitáveis. (...)

Observa-se que o subitem “b” da diretriz europeia não animou o legislador brasileiro a reproduzi-lo em nosso ordenamento jurídico, visto que o diálogo competitivo não pode ser utilizado, nos termos de nossa legislação, como alternativa a licitações malsucedidas.

As alíneas “a” e “b” do inciso I do artigo 32 da Lei nº 14.133/2021 cuidam de situações de inovação técnica, tecnológica ou que demandem adaptação de soluções já disponíveis no mercado. Por seu turno, a alínea “c” do inciso I e as alíneas do inciso II revelam situações em que a Administração Pública possui déficit de conhecimento em relação às soluções capazes de atender às suas necessidades, inclusive sobre aspectos de estrutura financeira e jurídica, e não apenas de ordem técnica.

Observe-se, como um exemplo de utilização desta modalidade licitatória, a Portaria nº 4.951 do Poder Executivo Federal³², que instituiu comissão para condução do Diálogo Competitivo nº 01/2021, cujo objeto é a “contratação de solução para o desenvolvimento de medidas sustentáveis à eficiência energética dos prédios situados na Esplanada dos Ministérios”.

A Portaria colacionada instituiu comissão para condução do diálogo porque esta modalidade não pode ser conduzida por agente de contratação isoladamente, mas sim por comissão composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração, consoante artigo 32, § 1º, inciso XI, da nova Lei de Licitações e Contratos. Constata-se que esta comissão difere daquela citada pelo § 2º do artigo 8º, que, invocando o artigo 7º, não exige que seja integrada exclusivamente por servidores efetivos ou empregados públicos do quadro permanente.

No caso das demais modalidades licitatórias, os municípios com até 20.000 (vinte mil habitantes) estão dispensados, pelo prazo de 6 (seis) anos, contado da publicação da Lei, do cumprimento da exigência de que o agente de contratação, responsável por conduzir o certame, seja servidor público efetivo ou empregado dos quadros permanentes, conforme artigo 176, inciso I, desta mesma Lei. Este artigo, contudo, não fez menção ao inciso XI do artigo 32. Consequentemente, mesmo os municípios com até 20.000 (vinte mil habitantes), caso realizem licitação na modalidade diálogo competitivo, devem observar a regra de composição descrita neste inciso, embora nas demais modalidades tenham um prazo maior para cumprir a exigência quanto ao agente de contratação, mencionado no artigo 8º.

Admite-se a contratação de profissionais para assessoramento, mas não poderão substituir os servidores efetivos ou empregados públicos integrantes da comissão.

Na síntese que fizemos anteriormente acerca dos procedimentos desta nova modalidade licitatória, mencionamos que deverão ser divulgados dois editais.

32 Publicado em: 30/04/2021, edição: 80, seção 2, página 25. Disponível em <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-4.951-de-29-de-abril-de-2021-317003862> - Acesso em 03/07/2021.

O primeiro, de que tratam os incisos I e II do § 1º do artigo 32, tornará públicas as necessidades e exigências da Administração e os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes, lembrando que serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos ali estabelecidos.

Desde logo se verifica que este é um procedimento de prazos mais dilatados. Apenas nesta primeira etapa já serão consumidos 25 dias úteis. Nesta fase, a Administração não possui projeto básico ou termo de referência, visto que a definição do objeto, com suas características e requisitos, será realizada após a fase de diálogos. A manifestação de interesse, citada pelo legislador, deve ser interpretada em conjunto com o restante do texto, vale dizer, deve ser uma manifestação de interesse qualificada, com entrega de todos os documentos exigidos em edital, e não uma simples manifestação de vontade ou de intenção em participar do processo, que se fosse admitida, demandaria uma fase intermediária de qualificação antes do início dos diálogos, o que não foi previsto pelo legislador.

A Lei absteve-se de maiores detalhes sobre os critérios de pré- seleção, que serão utilizados para que os interessados sejam admitidos na fase seguinte do procedimento, que é o diálogo com a Administração Pública. Sobre este ponto, aderimos ao pensamento do Prof. Rafael Sérgio Lima de Oliveira:³³

Sobre a pré-seleção dos candidatos aptos a participar do certame, a Lei não traz detalhes quanto aos critérios a serem utilizados para esse escrutínio. Valendo-se aqui do modelo do velho mundo, propõe-se que se adotem nessa etapa os critérios de habilitação relativos à qualificação técnica e econômico-financeira, previstos, respectivamente, nos arts. 67 e 69 da nova LLCA. A rigor, o que se propõe é que a etapa de pré-seleção seja a própria etapa de habilitação. Explica-se.

33 OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2021. E-book.

No Direito europeu, fala-se dos critérios de seleção, que são aqueles previstos no art. 58º da Diretiva 2014/24/UE. Esses critérios dizem respeito a aspectos relacionados a:

a) habilitação para atividade profissional; b) capacidade técnica e profissional; e c) capacidade econômico-financeira. Esses são os elementos que devem ser considerados no Diálogo Competitivo do velho mundo para admitir a participação de licitantes.

No caso do Brasil, enxerga-se que os elementos equivalentes aos critérios de seleção do Direito europeu (art. 58 da Diretiva 2014/24/UE) são os requisitos de habilitação técnica (art. 67 da nova Lei) e econômico- financeira (art. 69 da nova Lei). Então, a rigor, o Diálogo Competitivo é uma modalidade na qual a fase de habilitação ocorre primeiro que a de apresentação das propostas e que a de julgamento, nos termos do art. 17, §1º da Lei nº 14.133, de 2021. Não vale aqui a regra geral do caput do art. 17 do novel diploma. No regime nacional, os critérios de qualificação do licitante fazem parte do requisito de habilitação. Ou seja, aqueles elementos qualitativos minimamente necessários para a execução do contrato são colocados no rol da habilitação, conforme art. 64 da Lei nº 14.133, de 2021. (...)

Em relação à habilitação fiscal, social e trabalhista, essas seriam cobradas apenas do licitante mais bem classificado, após o julgamento das propostas na etapa competitiva. Aplica-se aqui o inciso III do art. 63 da nova Lei. Segundo esse dispositivo, em qualquer hipótese, os documentos relacionados à regularidade fiscal serão exigidos “somente em momento posterior ao julgamento das propostas, e apenas do licitante mais bem classificado” (art. 63, III). É fato que a Lei refere-se apenas aos “documentos relativos à regularidade fiscal”, silenciando em

relação às regularidades social e trabalhista. Porém, enxerga-se que se apresentam nesta situação os mesmos motivos para postergar essas regularidades habilitatórias.
(Oliveira, 2021, p.40-42)

O legislador brasileiro determinou que serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos previstos em edital, diferentemente da legislação que lhe serviu de modelo, a Diretiva Europeia nº 2014/24/UE, que possibilita a limitação do número de candidatos classificados para a fase de diálogos:

Artigo 30 (1) (...) Só podem participar no diálogo os operadores económicos convidados pela autoridade adjudicante após a avaliação das informações prestadas. As autoridades adjudicantes podem limitar o número de candidatos convidados a participar no procedimento nos termos do artigo 65º. Os contratos são adjudicados exclusivamente com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa tendo em conta a melhor relação qualidade/preço nos termos do artigo 67º, nº2.
(Grifo nosso)

A experiência demonstrará a necessidade ou não de uma futura alteração legislativa que possibilite limitar o número de participantes. Sem autorização legal, e por se tratar de direito subjetivo do licitante de não ser excluído desta fase por eventual excesso de candidatos, a Administração não poderá recusá-lo sob este fundamento.

Superada a etapa de pré-seleção, a Administração Pública iniciará a fase de diálogos, em busca da solução, ou soluções, que melhor atenda às necessidades expostas no edital de inauguração do certame. A dicção do artigo 32, § 1º, inciso IV, deixa claro que o diálogo deve ser realizado de maneira individual e não em forma de assembleia, tanto que garantiu ao participante do diálogo o sigilo de

sua proposta. Trata-se de direito disponível do particular, que pode, portanto, autorizar a divulgação destas informações, caso assim o deseje. Evidentemente, em nenhuma hipótese, a Administração pode induzir o interessado a renunciar a seu direito, tampouco lhe conceder qualquer vantagem ou benefício por este ato de sua exclusiva liberalidade. O sigilo, todavia, não é absoluto, mas apenas diferido, visto que os diálogos serão gravados, conforme inciso VI, e posteriormente juntados aos autos, nos termos do inciso VIII do mesmo § 1º do artigo 32.

Prosseguindo nos incisos do artigo 32, vemos que o inciso V prevê que a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades. A Administração pode fazer mais de uma rodada de diálogos e não há um prazo determinado para que se encerre. Obviamente, e sob os princípios da boa-fé objetiva e da celeridade (este último princípio, inclusive, constante do artigo 5º da própria Lei), o procedimento não deve prolongar-se excessiva e injustificadamente no tempo a ponto de tornar o procedimento infundável.

Ainda como medida de flexibilidade disponibilizada ao gestor público, o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas. Fases sucessivas é, deste modo, o procedimento de rodadas eliminatórias, ou seja, para uma segunda rodada a Administração convocará apenas uma parte dos licitantes, cujas propostas lhe pareceram mais adequadas. Na sequência, poderia realizar uma terceira fase e assim sucessivamente. Esta possibilidade deve estar prevista em edital e, embora não tenha uma quantidade máxima de fases fixada na legislação, a razoabilidade, princípio também inculcado no artigo 5º, impõe um número limitado de fases, talvez duas ou três, a fim de não prolongar demasiadamente um procedimento que, por sua natureza, já é extenso.

A fase de diálogos termina com a escolha da solução, ou soluções, que atenda às necessidades da Administração. Recorde-se que esta escolha não significa, em hipótese alguma, sua imediata adjudicação àquele que a apresentou. Tendo definido o objeto a ser contratado, inicia-se a fase competitiva da licitação, com a divulgação de um segundo edital, que deve seguir as regras do artigo 54

da Lei. Para a divulgação deste edital é necessário que já se tenha concluído o projeto básico ou termo de referência, que não poderiam ter sido elaborados anteriormente pela ausência de definição do objeto.

Como ressaltado anteriormente, esta fase competitiva é restrita àqueles interessados pré-selecionados. Trata-se de incentivo para que o setor privado colabore com a identificação da melhor solução para o Poder Público, evitando que possíveis interessados fiquem inertes e aguardando a conclusão da fase de diálogos, para adentrar no torneio somente quando o objeto já estiver definido. Nesse sentido, contudo, vê-se que o legislador pátrio se contentou em restringir a fase competitiva aos que superaram a primeira fase do processo, que é a pré-seleção, como já mencionamos. Em Portugal, o Código dos Contratos Públicos (Decreto-Lei n.º 18/2008)³⁴, anterior à Diretriz Europeia n.º 2014/24/EU, é mais restritivo, exigindo que as soluções apresentadas sejam ao menos aceitáveis, ou “admitidas”, nos termos da legislação lusitana:

1 - Caso tenha sido identificada uma solução susceptível de satisfazer as necessidades e as exigências da entidade adjudicante, o órgão competente para a decisão de contratar envia a todos os candidatos qualificados cujas soluções tenham sido admitidas, simultaneamente com a notificação referida no artigo anterior, um convite à apresentação de propostas.

2 - Para além dos elementos previstos nos n.os 2 a 4 do artigo 189.º, o convite à apresentação das propostas deve ainda indicar o modelo de avaliação das mesmas.

3 - O convite à apresentação das propostas deve ser acompanhado do caderno de encargos ou da indicação do endereço do sítio da Internet onde este é disponibilizado (grifo nosso).

34 <https://dre.pt/web/guest/legislacaoconsolidada//lc/163767113/202107040118/74175939/diploma/indice> (Acesso em 03/07/2021).

O diálogo competitivo, como já se percebeu, foi concebido para que o setor público possa, em situações específicas, valer-se da experiência e conhecimentos do setor privado a fim de encontrar a solução mais adequada a uma necessidade ou problema imposto pela realidade.

Sustentado por essa premissa, vislumbro a possibilidade de eliminação de um licitante que, conquanto admitido na fase de pré-seleção, não tenha apresentado proposta na fase de diálogos ou o tenha realizado de maneira flagrantemente desidiosa, com o intuito de tão somente aguardar a fase competitiva. Tal possibilidade, em nosso sentir, está ancorada nos princípios da igualdade, do interesse público, da eficácia e da razoabilidade, estampados no artigo 5º desta nova Lei. A decisão de vetar a participação de um licitante deverá, evidentemente, ser antecedida de comunicação aos participantes, com a abertura de oportunidade para que o interessado exerça plenamente o seu direito de defesa.

O inciso IX do mesmo § 1º do artigo 32 faculta à Administração a solicitação de esclarecimentos ou ajustes das propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas. Trata-se de mais uma possibilidade de contato institucionalizado e, portanto, de cooperação entre a Administração Pública e o mercado. Além dos diálogos travados na fase anterior, a Lei permite, agora na fase competitiva, que se obtenham esclarecimentos sobre a proposta apresentada, ou que sejam requeridos alguns ajustes. O texto legal também é claro ao proibir que tais medidas impliquem discriminação ou distorção na concorrência. Não é lícito à Administração solicitar ajustes que signifiquem verdadeira reformulação da proposta. Nesse contexto, convém revisitar a Diretriz Europeia 2014/24/UE, que iluminou o caminho de nosso legislador:

Artigo 30º

6. (...) A pedido das autoridades adjudicantes, essas propostas podem ser clarificadas, precisadas e otimizadas. Todavia, estas especificações, clarificações, ajustamentos ou informações complementares não podem alterar elementos fundamentais da

proposta ou do concurso público, incluindo as necessidades e os requisitos estabelecidos no anúncio de concurso ou na memória descritiva, quando as variações relativamente a estes aspetos, necessidades e requisitos sejam suscetíveis de distorcer a concorrência ou de ter um efeito discriminatório.

O princípio da transparência, positivado pelo legislador no artigo 5º da Lei, deve permear todas estas solicitações de ajustes ou esclarecimentos, a fim de que não se tornem mecanismos de direcionamento do certame a determinado concorrente, gerando situação de fundada suspeita por parte dos demais licitantes e da sociedade quanto à lisura do processo.

O inciso X, tratando do final do processo, informa que a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado. Defrontamo-nos, neste ponto, com o silêncio do legislador acerca do critério de julgamento a ser adotado.

A Lei não fixou o critério de julgamento das propostas (ou “tipo de licitação”, como denominado na Lei nº 8.666/1993) de forma que, em tese, todos os critérios previstos no artigo 33 poderiam ser aplicados ao diálogo competitivo, desde que definidos previamente no edital de abertura da fase competitiva. Esta, contudo, não nos parece ser a interpretação mais adequada.

A falta de previsão de um critério legal não autoriza a Administração a utilizar qualquer dos critérios previstos no artigo 33 de maneira completamente discricionária.

O critério de maior lance (artigo 33, inciso V) está, desde logo excluído, porquanto destinado única e exclusivamente à modalidade leilão. O maior retorno econômico (artigo 33, inciso VI) também não se harmoniza com o diálogo competitivo porque destinado aos contratos de eficiência. Aliás, este critério, conforme artigo 39, visa selecionar a proposta que gere maior economia para a Administração, que não tem o dever de determinar a forma de se atingir o

resultado; ao contrário, caberá aos licitantes apresentar suas propostas de trabalho, informando como e quanto conseguirão gerar de economia para o Poder Público e o preço exigido para tanto. Não haveria sentido em promover diálogo competitivo para delinear uma solução de eficiência, o que, segundo a própria Lei, caberia aos licitantes fazer em suas propostas de trabalho.

O critério de “melhor técnica ou conteúdo artístico”, como disposto no parágrafo único do artigo 35, poderá ser utilizado para a contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística. Ainda que o diálogo competitivo tenha por objetivo a contratação de objetos desta natureza, há de se recordar que o *caput* do artigo 35 determina que o prêmio ou remuneração devem estar previstos em edital.

O diálogo competitivo, como se depreende da leitura dos incisos do artigo 32, destina-se a situações de maior complexidade e, notadamente, àquelas em que há lacuna de conhecimento por parte da Administração quanto às opções de mercado. Seria contraditório, mesmo após a escolha da solução e abertura da fase competitiva, que a Administração, tendo necessitado do diálogo com o mercado para definir uma solução, pudesse fixar antecipadamente a remuneração do contratado, que pressupõe pleno conhecimento do objeto a ser licitado. Ainda mais insólita seria a hipótese de mais de uma proposta ter sido selecionada e, mesmo assim, determinar previamente a remuneração do vencedor.

Restariam, afinal, os critérios de “menor preço” ou “maior desconto” bem como o de “técnica e preço”. Neste ponto, trazemos novamente as palavras do Professor e Procurador Federal, Dr. Rafael Sérgio Lima de Oliveira:³⁵

(...) percebe-se claramente que não é adequado para o julgamento do Diálogo Competitivo o uso de critérios de julgamento das propostas que se baseiem apenas no aspecto financeiro. Lembre-se que a Administração pode eleger diversas soluções na

35 OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2021. E-book.

etapa de negociação. Além disso, ainda que se escolha uma única solução, o objeto do Diálogo Competitivo tende a ser complexo e, por isso, não contar com uma padronização de execução no mercado. Cada uma dessas variações terá características diferentes, de modo que o julgamento baseado exclusivamente no lado financeiro da proposta não acabará cumprindo o mandamento legal de “seleção da proposta mais vantajosa” (art. 32, §1º, VIII e X).

(Oliveira, 2021, p.51 e 52)

Sobre o tema, socorremo-nos uma vez mais da Diretriz Europeia 2014/24/EU, que em seu artigo 30 fixou a relação qualidade/preço como critério para seleção da melhor proposta:

Art. 30º 1. (...)

Só podem participar no diálogo os operadores económicos convidados pela autoridade adjudicante após a avaliação das informações prestadas. As autoridades adjudicantes podem limitar o número de candidatos convidados a participar no procedimento nos termos do artigo 65º. Os contratos são adjudicados exclusivamente com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa tendo em conta a melhor relação qualidade/preço nos termos do artigo 67º, nº 2. (grifo nosso).

Em nossa legislação, o critério de julgamento que leva em consideração a relação entre qualidade e preço é o de “técnica e preço” (artigo 33, inciso IV). Trata-se de mais um elemento hermenêutico a sinalizar que, nada obstante o silêncio do legislador brasileiro, o critério de julgamento não será ato discricionário da Administração.

O inciso XII do § 1º do artigo 32, vetado, possuía a seguinte redação: “o órgão de controle externo poderá acompanhar e monitorar os diálogos competitivos, opinando, no prazo máximo de 40 (quarenta) dias úteis, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade, antes da celebração do contrato”. Desta forma, não é necessário que a Administração Pública aguarde um parecer do Tribunal de Contas para que possa assinar o contrato.

O veto, todavia, apenas afastou a análise dos órgãos de controle externo como condição para assinatura do contrato, o que é salutar, considerando-se que não compete ao Tribunal de Contas exercer consultoria de casos concretos. Ademais, tal medida violaria o princípio constitucional de separação dos Poderes. Isso não significa, em hipótese alguma, que os jurisdicionados estejam dispensados de informar as licitações e contratos, como exigido pelas normas deste E. Tribunal de Contas. As informações deverão ser prestadas normal e tempestivamente segundo as normas do TCESP, que continuará a exercer suas funções constitucionais de controle externo.

Como se pode verificar, o diálogo competitivo demonstra-se um procedimento mais alongado, complexo e adstrito a situações bastante específicas, mas com potencial para gerar grandes contribuições à Administração Pública, na medida em que possibilita a construção de soluções em conjunto com o setor privado, sem perder de vista a competitividade entre os atores de mercado, o que é a essência de um processo licitatório e baluarte do princípio constitucional da impessoalidade, que rege a Administração Pública.

O tempo demonstrará se esta modalidade, tal como cunhada pelo legislador, está apta a trazer os benefícios que dela se esperam ou se demandará ajustes legislativos para melhor aderência à realidade da Administração Pública brasileira.

DOS CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

Os critérios de julgamento correspondem ao que outrora se denominou como “tipos de licitação” nos termos do artigo 45, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. Os critérios

de julgamento estão elencados nos incisos do artigo 33 da Lei nº 14.133/2021, a saber: menor preço, maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior lance (no caso de leilão) e, por fim, maior retorno econômico.

O critério de menor preço já estava previsto no artigo 45, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993; artigo 4º, inciso X, da Lei nº 10.520/2002; artigo 18, inciso I, da Lei nº 12.462/2011 e artigo 54, inciso I, da Lei nº 13.303/2016, enquanto o critério de maior desconto já constava do mesmo artigo 18, inciso I, da Lei nº 12.462/2011 e artigo 54, inciso II, da Lei nº 13.303/2016.

Em comparação com o critério de menor preço das Leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002, o novo diploma normativo possibilitou à Administração Pública que os custos indiretos, sempre que objetivamente mensuráveis (na forma de regulamento), possam ser considerados para definição do menor dispêndio. Verifica-se, aqui, mais um ponto relevante a ser regulamentado.

O critério de melhor técnica ou conteúdo artístico é legado do artigo 18, inciso III, da Lei nº 12.462/2011. Também o artigo 45, § 1º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 previa a melhor técnica como um dos “tipos de licitação”. O regramento trazido pela presente Lei, entretanto, determina que se fixe o prêmio ou remuneração já no edital de abertura do certame, de forma que a avaliação das propostas recaia exclusivamente sobre o critério técnico ou artístico, a exemplo do que já previa o artigo 21 da Lei nº 12.462/2011. Não mais se procederá como determinavam os incisos do § 1º do artigo 46 da Lei nº 8.666/1993 em que, após a análise técnica, havia uma fase de negociação de preços. Do conceito extraído do artigo 6º, inciso XXXIX, da Lei nº 14.133/2021, depreende-se que este é o critério de julgamento obrigatório para a modalidade concurso.

Os critérios de técnica e preço, bem como o de maior lance, já existiam no âmbito da Lei nº 8.666/1993. O critério de maior retorno econômico, por sua vez, foi herdado do artigo 18, inciso V, da Lei nº 12.462/2011 e artigo 54, inciso VII, da Lei nº 13.303/2016.

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, conservando a mesma sistemática de ponderação que já era estabelecida pela Lei nº 8.666/1993 (artigo 46, § 2º e incisos).

Tanto o critério de julgamento de menor preço quanto o de maior desconto presumem que, se o produto ou serviço do licitante atender a requisitos mínimos de qualidade, poderá ser aceito, desde que represente o menor dispêndio para a Administração. O critério de melhor técnica e preço, ao contrário, é adequado para as hipóteses em que não seja suficiente o atendimento aos requisitos mínimos de qualidade, pois também a técnica empregada se revela importante para o resultado do objeto pretendido. Esta situação deve estar demonstrada, já no estudo técnico preliminar, a fim de que o critério de julgamento de técnica e preço possa ser empregado.

Trata-se de premissa para que tal critério seja utilizado, sempre restrito às hipóteses elencadas nos incisos do § 1º do artigo 36, quais sejam: serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado; serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação; bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação; obras e serviços especiais de engenharia; 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.

Os serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual estão conceituados no artigo 6º, inciso XVIII, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

O artigo 46, *caput*, da Lei nº 8.666/1993 apresentava os critérios (chamados de “tipos de licitação”) “melhor técnica” e “técnica e preço” como opções nos casos de “serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de

engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos”. Tal intercambialidade entre estes dois mencionados critérios de julgamento tinha razão de ser: é que a “melhor técnica” também passava, ao contrário do que a nomenclatura sugeria, pelo elemento preço, embora de forma diversa da observada na “técnica e preço” daquela Lei.

A Lei nº 14.133/2021, como citado anteriormente, transformou o critério “melhor técnica ou conteúdo artístico” em análise exclusivamente qualitativa, uma vez que determinou a fixação do valor da remuneração em edital, ou seja, passou a existir diferença mais substantiva entre os critérios de “melhor técnica ou conteúdo artístico” e “técnica e preço” do que havia entre “técnica e preço” e “melhor técnica” na Lei nº 8.666/1993.

Doravante, na hipótese de serviço predominantemente intelectual, ficou estabelecida uma preferência pelo critério “técnica e preço” em face da “melhor técnica ou conteúdo artístico”. Embora o legislador não tenha citado expressamente este último critério, a preferência não poderia ser vista senão em relação ao critério de “melhor técnica”, porquanto os demais não se aplicariam a esta hipótese, considerando-se a premissa, exigida no § 1º do *caput* do artigo 36, de que a técnica empregada seria relevante, afastando, deste modo, os critérios de “menor preço” e “maior desconto”. Se a ordem de preferência desejada pelo legislador não for seguida, deverá haver justificativa fundamentada para tal decisão.

Quanto aos serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, trata-se de uma redação transposta da Lei nº 12.462/2011 (artigo 20, § 1º, inciso II) visto que não havia equivalente na Lei nº 8.666/1993. O inciso IV do § 1º do artigo 36, sem paralelo nas legislações anteriores, prevê o critério de julgamento de técnica e preço para obras e serviços especiais de engenharia.

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

a proposta técnica. Verifica-se redação semelhante no artigo 20, § 2º, da Lei nº 12.462/2011 e artigo 54, § 5º, da Lei nº 13.303/2016, mas sem correspondência na Lei nº 8.666/1993, que não fixava nenhuma referência para a ponderação dos critérios de preço e técnica. Nota-se a preocupação do legislador em evitar a desidratação excessiva da proposta de preço.

Outra novidade em relação à Lei nº 8.666/1993 é o julgamento por maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, que considerará a maior economia para a Administração e fixará a remuneração em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato.

O § 3º do artigo 39 determina que, para efeito de julgamento da proposta, o retorno econômico será o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida da proposta de preço. Imaginemos que a proposta de trabalho do licitante “A” estime uma economia mensal de R\$ 100.000,00 e que sua proposta de preço seja de 10%, então o retorno econômico para a Administração será de R\$ 90.000,00, que é 90% (100% subtraídos de 10% da proposta de preço) de R\$ 100.000,00. Se a proposta de trabalho do licitante “B” estimar uma economia mensal de R\$ 200.000,00, mas sua proposta de preço for de 60%, então o retorno econômico para a Administração será de R\$ 80.000,00, que é 40% de R\$ 200.000,00 (100% subtraídos de 60% da proposta de preço). Neste caso, vencerá o licitante “A”.

O § 4º do artigo 39 cuida das providências a serem tomadas nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência. No seu inciso I prevê que a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado.

Considere, por exemplo, uma proposta de trabalho que estime uma economia mensal de R\$ 100.000,00 e proposta de preço de 10%, e que em determinado mês a economia gerada foi de exatamente R\$ 100.000,00. Deverá o contratado receber R\$ 10.000,00, que é 10% de R\$ 100.000,00. Pensemos, todavia, que em determinado mês, a economia obtida tenha sido de R\$ 95.000,00. Aplicando-se a proposta de preço (10%) sobre esta economia de R\$ 95.000,00, a remuneração do

contratado deveria ser de R\$ 9.500,00. Acontece que a economia de R\$ 95.000,00 é inferior àquela contratada, de R\$ 100.000,00. Neste caso, ela é inferior em R\$ 5.000,00 ($R\$ 100.000,00 - R\$ 95.000,00 = R\$ 5.000,00$). Esta diferença deve ser descontada da remuneração do contratado, que, então, não receberá R\$ 9.500,00, mas sim R\$ 4.500,00 ($R\$ 9.500,00 - R\$ 5.000,00 = R\$ 4.500,00$).

O inciso II estabelece que, se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite máximo estabelecido no contrato, o contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis. Para melhor compreensão deste tópico, cabe recordar o § 3º do artigo 23 da Lei nº 12.462/2011, que disciplina a mesma questão do fracasso do resultado obtido frente ao pactuado em contrato de eficiência:

I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada;

II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e

III - a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato.

Nota-se que a atual legislação optou por não reproduzir o texto do artigo 23, § 3º, inciso II, da Lei nº 12.462/2011, que determinava a aplicação de multa ao contratado caso a diferença entre a economia esperada e a efetivamente obtida não pudesse ser completada pelo desconto de remuneração. Esta multa deveria ser fixada no exato valor necessário para recompor a diferença entre economia contratada e realizada, que já não tivesse sido integralizada pelo desconto de remuneração.

O atual legislador reproduziu apenas o texto do inciso III da Lei mencionada, determinando que, se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior a um limite máximo estabelecido no contrato, o contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis. Não houve menção à aplicação obrigatória de multa, limitando-se tão somente a determinar a aplicação de sanções ao contratado a partir de um determinado limite, estabelecido em função da diferença entre a economia contratada e a obtida.

A ausência de texto similar ao inciso II do § 3º do artigo 23 da Lei nº 12.462/2011 é eloquente.

Voltemos ao exemplo de um contrato que tenha estimado uma economia mensal de R\$ 100.000,00, com proposta de preço de 10%. Considere-se que em determinado mês a economia obtida foi de R\$ 30.000,00. Aplicando-se a proposta de preço (10%) sobre esta economia de R\$ 30.000,00, a remuneração do contratado deveria ser de R\$ 3.000,00. Acontece que a economia de R\$ 30.000,00 é inferior àquela contratada, de R\$ 100.000,00. Neste caso, ela é inferior em R\$ 70.000,00 ($R\$ 100.000,00 - R\$ 30.000,00 = R\$ 70.000,00$). O desconto da remuneração de R\$ 3.000,00 não seria suficiente para cobrir a diferença de R\$ 70.000,00, de forma que o contratado ainda teria que pagar multa de R\$ 67.000,00 à Administração ($R\$ 70.000,00 - R\$ 3.000,00 = R\$ 67.000,00$).

Na prática, haveria enriquecimento sem causa do Estado, que além da economia de R\$ 30.000,00, auferida mediante trabalho do contratado, ainda receberia mais R\$ 67.000,00 de multa, tornando o contrato excessivamente arriscado e oneroso para o setor privado, desestimulando sua participação e, conseqüentemente, a utilização dos contratos de eficiência.

O atual diploma determinou que o contrato estabeleça um valor máximo de desvio entre economia esperada e realizada, a partir do qual devem ser aplicadas sanções ao contratado. Deve haver proporcionalidade entre as sanções previstas em contrato e a correspondente frustração da economia esperada. De um lado, não pode haver enriquecimento sem causa do Poder Público, de outro, também não pode a Administração ser lesada por um contratado que, em vez de gerar economia, venha a causar aumento de despesas ou que, sistemática

e injustificadamente, não cumpra sua proposta de trabalho e deixe de atingir a meta prometida. Deve haver proporcionalidade e razoabilidade, princípios insculpidos no artigo 5º deste novel diploma, respeitando-se, sempre, o direito de defesa do contratado.

REFERÊNCIAS

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2021. E-book.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. São Paulo: Juspodivm, 2021.

CAPÍTULO VIII

A POSSIBILIDADE DE INDICAÇÃO DE MARCAS OU MODELOS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Thaís Albani dos Santos

A indicação de marcas ou modelos nas compras efetuadas pela Administração Pública configura restrições à competitividade do certame, podendo resultar inclusive em inviabilidade de competição e consequente inexigibilidade de licitação. Tal exigência é vedada no âmbito da Lei nº 8.666/1993, conforme se observa em seus artigos 15, § 7º, I e 25, I.

A Lei nº 14.133/2021, por sua vez, traz tratamento distinto sobre a matéria, permitindo-a em situações em que se faz necessária para a preservação do interesse público. Entretanto, essa permissão não é indiscriminada, pois a Lei estabelece expressamente as hipóteses em que é admitida.

Tal permissão já era prevista na Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos acolheu e ampliou o rol de hipóteses do RDC.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já vinha admitindo em suas decisões que fosse feita a indicação de marcas em certames para aquisições, quando necessário para preservação do interesse público. A matéria foi objeto da Súmula nº 35, que trata de aquisição de cartuchos de impressão, abaixo transcrita:

Em procedimento licitatório para aquisição de cartuchos de impressão e similares, é vedada a exigência de marca idêntica à dos equipamentos a que se destinam, exceto enquanto estes estiverem em período de garantia condicionada ao uso de insumos da mesma marca.

Importante ressaltar que a indicação de marca ou modelo no procedimento é uma faculdade que se insere no âmbito de discricionariedade do gestor público, a quem caberá avaliar e justificar formalmente o cabimento e a viabilidade em cada caso concreto. Além disso, trata-se de medida excepcional aplicável tão somente às aquisições, não sendo admitida nas licitações para obras e serviços.

A seguir, analisaremos individualmente cada uma das hipóteses previstas na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Em decorrência da necessidade de padronização do objeto - art. 41, I, “a”

A padronização é princípio a ser observado no planejamento das compras a serem efetuadas pela Administração Pública, conforme estabelecido no art. 40, V, “a”, da Lei nº 14.133/2021. O artigo 43 traz os elementos que deverão ser observados no processo de padronização, que poderá culminar em situação em que apenas uma marca ou modelo atenda satisfatoriamente os interesses da Administração.

Para utilizar a prerrogativa da indicação de marca fundamentada nesse dispositivo, é indispensável a existência de prévio processo de padronização no âmbito da Administração contratante, na forma disciplinada no artigo 43. Dele devem constar estudos e pareceres técnicos que indiquem objetivamente os fatores determinantes da escolha de determinada marca ou modelo, de maneira a afastar qualquer subjetivismo ou preferência pessoal.

Em decorrência da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração - art. 41, I, “b”

A presente hipótese trata de situação em que, embora não haja um processo formal de padronização, esta última tenha se consolidado de maneira fática por meio de aquisições anteriores realizadas pelo ente contratante.

No caso, os produtos já utilizados pela Administração necessitam que os bens adquiridos posteriormente possuam determinadas características que com eles se compatibilizem, o que só poderia ser verificado em determinada marca ou modelo.

A necessária fundamentação deverá evidenciar que a aquisição de produtos sem as referidas características afetará negativamente a utilização dos produtos adquiridos anteriormente, mostrando-se, dessa forma, economicamente ineficientes.

Quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os únicos capazes de atender as necessidades do contratante - art. 41, I, “c”

Trata-se de hipótese em que apenas um produto, de determinada marca ou modelo, é apto a atender adequadamente as necessidades da Administração.

Caso esse produto seja comercializado por mais de um fornecedor, deverá ser realizado um certame licitatório. Porém, se houver um único fornecedor, a contratação pode ser feita por inexigibilidade de licitação, nos termos do artigo 74.

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 - art. 41, I, “d”

Esta última hipótese difere das anteriores pois trata de situações em que há mais de um produto apto a atender os interesses da Administração.

A indicação da marca ou modelo feita no instrumento convocatório serve tão somente como referência, com o intuito de melhor identificar o objeto a ser adquirido. Ao invés de alongar-se em descrições técnicas e teóricas, o ente contratante elege um ou mais produtos para servir de paradigma.

Essa situação admite tanto propostas cujos produtos sejam idênticos ao indicado, como também similares ou superiores a ele.

Analisadas as quatro hipóteses previstas na Lei nº 14.133/2021, podemos concluir que, ao estabelecer expressamente as situações que comportam indicação de marcas ou modelos nos certames para aquisições de produtos, a nova legislação conferiu maior segurança jurídica à matéria.

REFERÊNCIAS

JUSTEN FILHO, Marçal; Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [livro eletrônico]; 1. ed; São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SARAI, Leandro (Org.). Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

CAPÍTULO IX

CAUTELAS A SEREM TOMADAS NAS CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS COM REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA

Thaís Albani dos Santos

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, traz diversas normas que se aplicam especificamente às contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, mormente relativas a cautelas adicionais a serem tomadas nessas contratações com vistas a evitar a responsabilização da Administração por obrigações não adimplidas pelo contratado.

No presente artigo, buscaremos identificar quando uma contratação se enquadra na referida modalidade e quais são as cautelas que deverão ser tomadas.

Para alcançar seus objetivos, a Administração Pública depende da realização de diversas atividades, podendo executá-las com seus próprios meios, de maneira direta, ou contratá-las com terceiros, de maneira indireta, também chamada terceirização de serviços públicos. A escolha entre uma ou outra opção insere-se no âmbito da discricionariedade da Administração.

A terceirização de serviços públicos é permitida expressamente no artigo 48 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que também estabelece determinados limites para tanto.

Nesse sentido, não podem ser terceirizados serviços que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade contratante, para que não seja violada a exigência constitucional de concurso público. Conforme o *caput* do referido artigo 48, apenas as atividades acessórias, instrumentais ou complementares poderão ser executadas por terceiros.

Determinados contratos envolvem a prestação de um serviço específico, em um período predeterminado. São os chamados contratos de escopo ou não contínuos, cuja definição consta do artigo 6º, XVII, da Lei nº 14.133/2021. Uma vez realizado o serviço contratado, o interesse da Administração é satisfeito e o devedor é liberado de outras prestações. Como exemplo de serviço contratado por escopo ou não contínuo pode ser citada a realização de um projeto.

Há serviços, porém, que constituem necessidades permanentes da Administração e caracterizam-se pela centralidade do trabalho humano. São conhecidos como serviços contínuos e sua definição consta do artigo 6º, XV, da Lei nº 14.133/2021. Esses serviços são executados de maneira reiterada ao longo do tempo, uma vez que a necessidade da Administração é renovável e homogênea. São os casos dos serviços de limpeza e vigilância.

Indo mais além, dentre os serviços contínuos, há aqueles que são caracterizados pelo regime de dedicação exclusiva de mão de obra. Para enquadrar um serviço contínuo nessa categoria, devem ser preenchidos os requisitos do artigo 6º, XVI, da Lei nº 14.133/2021, elencados a seguir:

a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços;

b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos;

c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos.

Em síntese, nessa espécie de contratação os empregados da empresa contratada prestam os serviços de maneira permanente e exclusiva nas dependências do contratante. Ademais, tal mão de obra não pode ser utilizada na execução de outros contratos. Os serviços de limpeza e vigilância, mencionados anteriormente, enquadram-se nessa hipótese.

Tais contratações possuem regramento próprio e demandam cuidados adicionais em sua gestão, especialmente em razão do risco de responsabilização da Administração contratante pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias não cumpridas pelo contratado.

Em regra, a responsabilidade pelos encargos e dívidas do contratado não atinge a Administração, conforme disposição expressa constante do *caput* do artigo 121 da nova Lei.

Todavia, não é o que ocorre quando se trata de contratos que envolvam a prestação de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra. Nos termos do § 2º do artigo 121, a Administração responde solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas não honrados pelo contratado.

Essa responsabilização, porém, não é imediata. Não basta a mera inadimplência do contratado quanto a essas obrigações para que a responsabilidade recaia sobre a Administração. É preciso comprovar que a Administração falhou em seu dever legal de fiscalizar o contratado quanto ao cumprimento de suas obrigações.

Com o objetivo de reduzir os riscos de eventual responsabilização, a própria Lei nº 14.133/2021 traz diversas medidas que podem ser tomadas pela Administração (art. 121, § 3º). Essas determinações já estavam previstas na Instrução Normativa nº 5/2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, aplicável

apenas à esfera federal. A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos as incorporou e estendeu a toda a Administração Pública. O rol apresentado é meramente exemplificativo, podendo ser tomadas outras medidas que se mostrarem necessárias. É indispensável que estejam previstas em edital ou contrato.

Uma delas é a exigência das garantias previstas no artigo 96, § 1º (caução, fiança bancária ou seguro-garantia) com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas (art. 121, § 3º, I).

Poderá, também, ser condicionada a remuneração do contratado à comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato. Sendo assim, as parcelas devidas ao contratado pela execução dos serviços só serão pagas depois que ele comprovar a quitação dos encargos trabalhistas e previdenciários (art. 121, § 3º, II).

Outra possibilidade é o depósito em conta vinculada dos valores relativos aos encargos devidos (art. 121, § 3º, III). Tais valores são absolutamente impenhoráveis, conforme disposto no § 4º desse mesmo artigo 121.

Caso observado inadimplemento dessas obrigações pelo contratado, a Administração poderá pagar as verbas trabalhistas diretamente aos trabalhadores, efetuando os respectivos descontos do montante devido ao contratado (art. 121, § 3º, IV).

É facultada, ainda, a retenção dos valores relativos a férias, décimo terceiro salário, ausências legais e verbas rescisórias até o momento da ocorrência do fato gerador. Essas verbas seriam abatidas dos pagamentos devidos ao contratado e mantidas com a Administração até o momento de sua exigibilidade (art. 121, § 3º, V).

Importante ressaltar também o disposto no § 5º do artigo 121, quanto aos recolhimentos das contribuições previdenciárias, o qual determina que deverá ser observado o disposto no artigo 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, abaixo transcrito:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.

Dessa forma, nos contratos objeto do presente estudo, a Administração contratante deve efetuar a retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, correspondente à contribuição previdenciária, e recolher a importância retida em nome da empresa cedente da mão de obra no prazo legal.

Para que a Administração exerça adequadamente seu dever de fiscalização, ela precisa ter acesso a documentos que pertencem à contratada. Sendo assim, o artigo 50 da Lei nº 14.133/2021 traz um rol exemplificativo de comprovações do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) que devem ser apresentadas pela contratada sempre que solicitado pela Administração. São elas: I) registro de ponto; II) recibo de pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário; III) comprovante de depósito do FGTS; IV) recibo de concessão e pagamento de férias e do respectivo adicional; V) recibo de quitação de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato; VI) recibo de pagamento de vale-transporte e vale-alimentação, na forma prevista em norma coletiva.

Os documentos exigidos referem-se apenas aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato. Sua não apresentação sujeita o contratado à aplicação da pena de multa.

Espera-se que com a adoção dessas regras a experiência exitosa observada no âmbito federal seja estendida a toda a Administração Pública.

REFERÊNCIAS

FORTINI, Cristiana. Contratos de prestação continuada na nova Lei de Licitações e Contratos: Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/221854/contratos%20de%20prestacao%20continuada%20na%20nova%20Lei%20de%20Licita%20e%20Contratos%20conjur.pdf?sequence=1>. Acesso em 24/08/2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [livro eletrônico]; 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

CAPÍTULO X

AS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO E O ENCERRAMENTO DO PROCESSO DE LICITAÇÃO

Francisco Carlos Grancieri

À semelhança do disposto na Lei nº 8.666/93, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) cuidou de tratar da habilitação, definida como *“a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto”* (artigo 62).

A matéria encontra-se definida em capítulo³⁶ próprio e traz como novidade o desdobramento da exigência de comprovação da **capacidade ou qualificação social** do licitante, a par daquelas já previstas no texto legal anterior (jurídica, técnica, fiscal, trabalhista e econômico-financeira).

Trata-se da individualização do cumprimento das obrigações relativas à Seguridade Social e ao FGTS, concernentes aos encargos sociais instituídos por lei.

Para além dos recolhimentos previdenciários e fundiários, devemos nos ater para a abrangência da definição de **Seguridade Social**, que *“compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência*

36 Capítulo VI – Da Habilitação – Título II – Das Licitações.

social” (artigo 1º da Lei nº 8.212/1991 – Lei Orgânica da Seguridade Social). Justificam-se, com isso, outras exigências expressas na nova LLCA, como adiante será abordado.

O artigo 63 estabelece as disposições a serem observadas na fase de habilitação, a começar pela possibilidade de exigência de declaração dos licitantes quanto ao atendimento dos requisitos estabelecidos (inciso I).

Cabe destacar que, embora a nova LLCA tenha inovado em alguns aspectos o processo de contratação pública, remanesce o formalismo que permeia a Administração Pública. Em que pese não se conceber a participação de licitante que não atenda aos requisitos de habilitação, revelando-se barreiras naturais a selecionar aqueles virtualmente capacitados a ingressar no certame, não raras vezes licitantes que se apresentam ao certame se mostram incapacitados no momento de aferição de sua habilitação, o que se sobreleva com a inversão de fases introduzida (habilitação sucedendo ao julgamento), comprometendo, com isso, a finalização a bom termo do processo de licitação, revelando inócuo todo o esforço despendido pela Administração na realização do processo.

Ao exigir que o licitante subscreva declaração, sob pena de responsabilidade, acerca do preenchimento das condições de habilitação, assegura-se, ainda que relativamente, que o procedimento licitatório alcance o seu término, com as deliberações cabíveis.

O inciso II consagra a inversão das fases de habilitação e julgamento, aquela sucedendo a esta, na conformidade da sequência estabelecida pelo artigo 17 e incisos, à semelhança do que já era prescrito nas Leis Federais nºs 10.520/2002 (Pregão) e 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas).

Assim, transcorrida a fase de julgamento, apenas do vencedor será exigida a apresentação dos documentos de habilitação. Na hipótese de a fase de habilitação anteceder a de julgamento, observado o disposto no § 1º do artigo 17, a documentação será exigida de todos os licitantes.

Cabe assinalar que, no caso particular da regularidade fiscal, os documentos serão exigidos apenas do licitante melhor classificado, mesmo quando a habilitação anteceder ao julgamento (inciso III).

Possibilita-se e viabiliza-se, com isso, a concessão de prazo para regularização de eventuais pendências de natureza fiscal/tributária por parte do respectivo licitante.

A exigência prevista no inciso IV, concernente à reserva de cargos (pessoa com deficiência e reabilitado), relaciona-se com requisito afeto à **habilitação social** e tem como parâmetro a ser observado o artigo 93 da Lei nº 8.213/91³⁷.

Embora se revele necessária a previsão na proposta de todos os custos trabalhistas inerentes à sua atividade, o § 1º do artigo 63 assim reafirma, sob pena de desclassificação, com a clara pretensão de solucionar as notórias discussões e pleitos acerca de reequilíbrios econômicos e financeiros, sob a alegação de determinações legais, convenções e/ou dissídios coletivos.

Evidente que novas disposições, não previstas ou inovadoras, que causem o desequilíbrio econômico e financeiro do contrato, comportam sua avaliação.

Sobre o tema, ainda que de forma análoga, dispõe a Súmula TCESP nº 10 que *“o preço final do produto ofertado pelos proponentes deve incluir os tributos e demais encargos a serem suportados pelo ofertante”*.

Os parágrafos 2º a 4º dizem respeito à realização de vistoria prévia, entendida como condição necessária ao pleno e satisfatório conhecimento das condições de execução do objeto, aclarando-se, com isso, a discussão sobre a pertinência ou não dessa exigência.

37 Dispõe sobre Planos de Benefício da Previdência Social. Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I - até 200 empregados ... 2%; II - de 201 a 500 ... 3%; III - de 501 a 1.000 ... 4%; IV - de 1.001 em diante. ... 5%.

A nova LLCA trouxe a possibilidade de o licitante se dispensar de realizar a vistoria, quando declarar deter conhecimento pleno das condições e peculiaridades da contratação. Como exemplo, podemos citar o licitante contratado em ajuste findo, cujo objeto tenha sido posto em novo certame, e sem que tenham ocorrido alterações representativas.

Garantiu-se a diversidade de datas e horários para a realização da vistoria técnica. A esse respeito convém anotar o que já dispunha a Súmula TCESP nº 39: *“Em procedimento licitatório, é vedada a fixação de data única para realização de visita técnica”*.

Após a entrega da documentação de habilitação não se permite a substituição ou a apresentação de novos documentos (artigo 64). A exceção reside em possível diligência, a fim de se complementarem informações sobre documentos já apresentados e desde que necessária à apuração de fatos existentes à época da abertura do certame (inciso I), ou com vistas à atualização daqueles cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas (inciso II).

São requisitos necessários: a prévia apresentação do documento na fase de habilitação e a existência do fato à data da abertura da licitação. Assim, por exemplo, na avaliação de atestados de capacidade técnica previamente apresentados, a diligência poderá incidir na confirmação e/ou esclarecimentos de informações ali contidas, concernentes a obras e/ou serviços já executados naquela oportunidade.

Noutra hipótese, a diligência será realizada a fim de atualizar documentos cuja validade se expirou após sua apresentação e no curso do processo. Assim, por exemplo, certidões válidas quando da apresentação da proposta, vencidas no decorrer do processo, podem ser atualizadas.

Não se permite a inclusão ou a validação de documentos que não tenham sido anteriormente apresentados nas fases correspondentes.

É possibilitado, ainda, o saneamento de erros ou falhas formais e/ou materiais, que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, através

de despacho fundamentado nos autos. Como exemplo, a correção de erros de digitação em dados que não comprometam a proposta (qualificação e identificação do licitante, endereço, CNPJ etc.).

Na hipótese de a habilitação anteceder ao julgamento, encerrada aquela, não há como excluir o licitante por motivo relacionado à sua qualificação, exceto em razão de fatos supervenientes ou conhecidos após esta última fase, como no caso de posterior decretação de falência do licitante, ou a apuração de que documento apresentado se reveste de falsidade, aferida subsequentemente.

Não se desconsidera que sucedem ao julgamento e à habilitação a fase recursal, a adjudicação e a homologação da licitação, que se revelam oportunidades para debates e apreciação desses fatos supervenientes.

Lembrando, ainda, que no encerramento do certame podem ocorrer o saneamento de irregularidades, e a sua revogação ou anulação (artigo 71) e que, acaso firmado o contrato, a superveniência ou conhecimento de fatos que contaminem a qualificação do licitante possibilita a sua rescisão, na conformidade do disposto no artigo 137, inciso I combinado com o artigo 92, inciso XVI, da Lei.

O edital prevalece como instrumento regulador da licitação (artigo 65). Para as empresas recém-criadas, não se afastam as exigências da habilitação, com a atenuante de substituição dos demonstrativos contábeis pelo respectivo balanço de abertura (§ 1º).

Consagrando inovação quanto à utilização de meios tecnológicos, assegura-se a realização da habilitação através de processo eletrônico, na forma disposta em regulamento do respectivo ente público (§ 2º).

A habilitação jurídica (artigo 66) visa a demonstrar a capacidade no exercício de direitos e assunção de obrigações, condições necessárias em qualquer relação contratual.

A Lei não especificou quais os documentos são necessários, diversamente do disposto na Lei nº 8.666/1993. Assim, tendo em vista ao que se destina, deve o

editais estabelecer claramente quais os requisitos a serem cumpridos, podendo-se arrolar nesse rol: cédula de identidade (pessoa física); registro comercial, ato constitutivo, estatuto ou contrato social (empresas), e o decreto de autorização (empresas estrangeiras).

A qualificação técnica tem por escopo aferir a capacidade para a execução do objeto licitado. Dentre as condições de habilitação, é a que mais contou com disposições e detalhamentos a seu respeito (artigo 67, incisos I a VI e parágrafos 1º a 12), exatamente por versar sobre exigências que dizem respeito diretamente ao objeto licitado.

Limita-se àquelas exigências estabelecidas. Vale dizer, não se pode exceder o previsto, admitindo-se eleger, dentro daquele rol, o quanto necessário, em consonância e mantendo uma relação de proporcionalidade com o objeto almejado, levadas em consideração as características semelhantes ou similares em complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

Assim como já disposto na Lei nº 8.666/1993, a qualificação técnica abrange tanto a comprovação de capacidade **técnico-profissional**, relacionada à aptidão dos profissionais que integram o quadro da empresa, demonstrada através de atestado de responsabilidade técnica, quanto a **técnico-operacional**, que diz respeito à capacidade da empresa na execução de objetos similares, aferida mediante certidões, atestados ou documento de avaliação emitido em face de sua atuação na execução de outros ajustes.

Essas exigências são obrigatórias nas contratações de obras e serviços de engenharia e, nos demais casos, substituíveis por provas alternativas que permitam aferir que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática, conforme disposto em regulamento editado pelo ente público.

Pertinente à comprovação da capacidade técnico-profissional, não serão considerados atestados de responsabilidade técnica de profissionais que, por orientação proposta, prescrição técnica ou de qualquer ato de sua responsabilidade, resultaram na aplicação de sanções consistentes no impedimento ou declaração de inidoneidade para licitar e/ou contratar, conforme dispuser o regulamento a ser editado.

Também fazem parte do rol da qualificação técnica: (i) indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto, bem como a qualificação de cada membro da equipe técnica; (ii) prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial; (iii) registro ou inscrição na entidade profissional competente; e (iv) declaração de conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações decorrentes.

No caso particular do atendimento de requisitos previstos em lei especial e do registro ou inscrição na entidade profissional competente, serão exigidos conforme a necessidade de comprovação, em razão de condição legalmente prevista (p. ex. certificação de bens e equipamentos ou formação específica de profissional alocado) ou que limite e regulamente o exercício da atividade (p. ex. registro em entidade ou conselho), respectivamente.

Os profissionais técnicos indicados pela empresa deverão participar diretamente da obra ou serviço. A Administração poderá aprovar a sua substituição por outros profissionais, desde que com experiência equivalente ou superior.

A fim de se resguardar quanto à presença desses profissionais, admite-se a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que eventualmente diminua a sua disponibilidade.

A exigência de atestados para efeito de comprovação da qualificação técnica será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação. Consideram-se parcelas de valor significativo as que tenham valor individual igual ou superior a 4% do valor total estimado da contratação.

É de se observar que a exigência de comprovação concernente às parcelas de maior relevância técnica incide sobre aquelas identificadas como revestidas de especificidades e/ou complexidades que se destacam ou se mostram importantes nas obras ou serviços licitados. Exatamente por essa condição, não se prendem necessariamente a valores, embora isso possa ocorrer. Diversamente, as parcelas classificadas como de maior valor significativo, e que não se revelem especificamente como de relevância técnica, mas que se destacam no quesito de ordem financeira,

têm como parâmetro objetivo e comparativo o limite mínimo de 4% do quantum estimado da contratação.

Ao estabelecer uma condição alternativa (parcela de maior relevância ou valor significativo), diversamente da conjugação da previsão anterior (parcela de maior relevância e valor significativo), a Lei nº 14.133/2021 possibilitou à Administração, na fase preparatória da licitação, eleger, mediante justificativas técnicas, a indicação de quais são as parcelas suscetíveis de comprovação – as de maior relevância ou as de valor significativo –, de acordo com a natureza, especificidade e complexidade do objeto, consoante inciso IX do artigo 18.

É de se anotar que a identificação sobre quais parcelas serão exigidas comprovações assenta-se em ato motivado da Administração.

Assim, por exemplo, na execução de uma obra que envolva e/ou exija conceitos técnicos específicos ou diferenciados, determinada parcela que se apresente de importância para sua consecução, independentemente do valor estimado, mediante justificativa que assim a especifique, poderá ser destacada como sujeita a comprovação.

Ao contrário, em obras não revestidas desses conceitos ou quando não se sobrelevem parcelas relevantes, importando mais o peso financeiro na contratação, itens que se enquadrem no limite estabelecido poderão submeter-se a comprovação, de maneira igualmente justificada.

Sobre essas parcelas as comprovações de quantidades mínimas não excederão a 50%, sem limitação de tempo e de locais específicos quanto à execução do objeto.

A Súmula TCESP nº 24³⁸, versando sobre a exigência de comprovação da qualificação operacional, já admitia a imposição de quantitativos mínimos de

38 **SÚMULA Nº 24** - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional (...), a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

Doravante, à luz da Lei nº 14.133/2021, na sua aplicação, passa-se a observar a limitação ao percentual de 50%.

Importante aqui é comprovar que a empresa licitante já executou obras ou serviços semelhantes e/ou similares, com a possibilidade de somatória de atestados.

Pertinente à capacidade técnico-profissional, convém remeter à Súmula TCESP nº 23³⁹, estabelecendo que a comprovação se materializa mediante a apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital fixar as parcelas de maior relevância. Na parte correlata à imposição de quantitativos mínimos, não mais prevalece a vedação prescrita nessa Súmula, à vista do previsto na nova LLCA.

Cabe remeter, também, à Súmula TCESP nº 30, a fim de se estabelecer uma base de comparação para efeito de aferição da capacidade técnica do licitante: *“Em procedimento licitatório, para aferição da capacitação técnica, poderão ser exigidos atestados de execução de obras e/ou serviços de forma genérica, ficando vedado o estabelecimento de apresentação de prova de experiência anterior em atividade específica, como realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas, de hospitais, e outros itens”*.

Nas contratações de serviços contínuos, existe a possibilidade da exigência de comprovação de serviços similares ao objeto da licitação, por um prazo mínimo de até 3 (três) anos, computados em períodos sucessivos ou não. Objetiva-se a garantia da execução contratual, levada em consideração a sua vigência.

39 **SÚMULA Nº 23** - Em procedimento licitatório, a comprovação da capacidade técnico-profissional, para obras e serviços de engenharia, se aperfeiçoará mediante a apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital fixar as parcelas de maior relevância, vedada a imposição de quantitativos mínimos ou prazos máximos.

Admitida a subcontratação na execução de parcelas da obra ou dos serviços contratados, conforme autorizado pela Administração, no caso de objetos que se revistam de aspectos técnicos específicos, poderá ser exigida comprovação da qualificação técnica do potencial subcontratado, através de atestados emitidos em seu favor, limitada a exigência de demonstração de capacidade no correspondente a 25% do objeto a ser licitado.

A Lei não veda expressamente que a subcontratação incida sobre parcelas relevantes ou de valor significativo, devendo o edital ou regulamento elaborado em consonância com o disposto no artigo 122 assim estabelecer, conforme a natureza e complexidade do objeto.

É de se acrescentar a possibilidade de mais de um licitante se utilizar do mesmo potencial subcontratado, seguindo a mesma linha de comprovação de sua capacidade.

No caso de atestado emitido em favor de consórcio de que a empresa licitante tenha participado, não sendo especificada ou identificada a atividade desempenhada por cada um dos consorciados, devem ser adotados os seguintes critérios:

- » **(i) consórcio homogêneo** (empresas com objeto similar) – as experiências deverão ser reconhecidas individualmente para cada empresa na proporção quantitativa de sua participação, exceto nas contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual. Nesse caso, todas as experiências atestadas serão reconhecidas para cada uma das empresas consorciadas, em razão de seu caráter personalíssimo e atuação conjunta;
- » **(ii) consórcio heterogêneo** (empresas com qualificações diferentes e que não se confundem) – as experiências serão reconhecidas para cada consorciado de acordo com os respectivos campos de atuação, inclusive nas contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, levando-se em consideração a parcela de especificidade da empresa.

A comprovação do percentual de participação do consorciado, quando não expressa no atestado ou certidão emitida, deverá ser suprida através do instrumento de constituição do consórcio.

A regularidade fiscal tem por objetivo demonstrar que o interessado encontra-se devidamente inscrito nos cadastros públicos, na condição de contribuinte e qualificado na exploração do objeto licitado, além do cumprimento das obrigações dessa natureza (incisos I a III do artigo 68).

Objetiva-se colocar todos os licitantes em situação de igualdade, como também que a formulação de propostas considere todos os custos e encargos inerentes e/ou decorrentes da atividade desempenhada, além de incentivar o adimplemento das obrigações fiscais, não se revelando razoável que aquele que recebe do Poder Público seja devedor do erário.

Importante assinalar que a exigência da regularidade perante a Fazenda Pública deve restringir-se àquela cujos tributos incidentes guardem relação direta com o objeto licitado, em alinhamento ao prescrito no artigo 193 do Código Tributário Nacional - CTN⁴⁰. Nesse sentido a jurisprudência do TCESP, como a exemplo: TCs. nºs 03715.989.15; TC-003987.989.15; TC- 008755.989.15; TC-017843.989.16; TC-018250.989.16; TC-008170.989.17; e TC-008700.989.17.

A existência de débitos e/ou obrigações sob discussão e/ou objetos de parcelamentos ou medidas corretivas, que implique a emissão de certidão positiva com efeito de negativa, não desfavorece a regularidade fiscal do licitante, o que também se aplica às demais reportadas nos incisos IV e V do artigo 68.

Nesse sentido, cabe o registro do disposto no artigo 206 do CTN: *“Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa”*.

40 Art. 193. Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre.

A regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS (inciso IV) refere-se à habilitação social. Alcança os recolhimentos previdenciários e fundiários, como também o cumprimento de obrigações para com a Seguridade Social, como já mencionado.

A regularidade perante a Justiça do Trabalho (inciso V) tem por origem a Lei nº 12.440/2011. A sua demonstração dá-se através de certidão negativa de débitos trabalhistas (CNDT), indicando o adimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, honorários, custas, emolumentos ou outros determinados em lei, como também nas obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.

Vale registrar que a Administração deverá observar, também, eventuais efeitos negativos de certidões positivadas, nas condições estabelecidas.

Objetiva-se, com isso, o afastamento de empresas inadimplentes com seus empregados, questão reincidente em contratações na Administração Pública, notadamente quando de serviços terceirizados, ensejando, além da descontinuidade na execução do objeto, a responsabilização subsidiária.

Por se revelar intrinsecamente relacionada a relações trabalhistas, tal exigência sobreleva-se naquelas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva ou predominância de mão de obra, sobretudo em razão de possíveis e potenciais desdobramentos na esfera do ente público contratado (nesse sentido, é oportuno remeter ao disposto nos artigos 50 e 121, § 2º, da nova LLCA⁴¹).

41 Art. 50. Nas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o contratado deverá apresentar, quando solicitado pela Administração, sob pena de multa, comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, em especial quanto ao: ...
Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

...
§ 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

Manteve-se a exigência de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal, no tocante à proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e de qualquer trabalho aos menores de 14 anos, salvo como aprendiz.

É permitida a comprovação da regularidade fiscal, social e trabalhista, através de outros meios hábeis, inclusive por meio eletrônico, devendo-se observar a legislação específica.

A habilitação econômico-financeira (artigo 69) objetiva aferir a capacidade e/ou aptidão do licitante frente aos compromissos assumidos com a execução do objeto contratado. Compõe-se de dados e informações correlacionadas com a natureza e especificidade do objeto.

As exigências são restritas àquelas reportadas (incisos I e II e parágrafos 1º a 6º), revelando-se em rol limitativo e máximo permitido, não se concebendo outras, diversas do explicitado, no que se insere a vedação de demonstração de valores mínimos de faturamento anterior, de índices de rentabilidade e/ou lucratividade, e de índices e valores não usualmente adotados.

A comprovação dá-se de forma objetiva, através de coeficientes e índices econômicos previstos no edital, como, por exemplo os tradicionais índices de liquidez (corrente, seca e geral) e quociente de endividamento.

A Administração deve justificar a escolha dos coeficientes e índices eleitos, atentando para que se estabeleça uma relação e pertinência com o objeto licitado, as condições e o prazo de execução (princípio da motivação), evitando-se exigências desarrazoadas e impertinentes. Pode, ainda, exigir declaração subscrita por profissional contábil, atestando o atendimento dos índices econômicos previstos no edital.

O balanço patrimonial, a demonstração de resultado de exercício e as demais demonstrações contábeis referem-se àqueles demonstrativos já exigíveis e apresentados nos termos da lei. Cabe aqui assinalar o que dispõe o artigo 1078, inciso I, do Código Civil: *“Art. 1.078. A assembleia dos sócios deve realizar-se ao*

menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes à ao término do exercício social, com o objetivo de: I – tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico”.

Nessa conformidade, é oportuno que o edital preveja tal possibilidade, de modo a se estabelecer sobre quais exercícios sociais versarão as peças contábeis.

Em se tratando de pessoa jurídica constituída há menos de 2 (dois) anos, o balanço e as demonstrações em comento serão limitados ao último exercício, observado o acima exposto e, ainda, o disposto no § 1º do artigo 65, nesse caso, com a apresentação do balanço de abertura.

A certidão negativa de falência alcança, exclusivamente, essa situação, revelando-se impedimento. Não se estende à recuperação judicial, instituto que sucedeu a concordata, de modo que empresas nessa condição não estão impedidas em participar de licitações, quando demonstrarem a sua viabilidade econômica.

Nesse sentido a Súmula TCESP nº 50: *“Em procedimento licitatório, não pode a Administração impedir a participação de empresas que estejam em **recuperação judicial**, das quais poderá ser exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira estabelecidos no edital”.*

A possibilidade de exigência da relação dos compromissos assumidos tem por finalidade aferir se a empresa licitante detém capacidade financeira suficiente para a contratação levada a efeito. Recai sobre contratos públicos e privados firmados e em execução pela empresa e busca aferir se não há comprometimento ou diminuição de sua capacidade operacional e/ou disponibilidade financeira que possa afetar o cumprimento do objeto contratado.

Sua avaliação dá-se em relação ao patrimônio líquido da empresa e sua capacidade de rotação, observada a proporção estabelecida no edital e/ou regulamento editado pelo ente. Assim, por exemplo, o total de contratos firmados, excluídas as parcelas já executadas, vigentes à data da apresentação da proposta, não deve exceder a

1/12 do patrimônio líquido⁴².

Nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá ser exigida, de forma suplementar, a comprovação de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente até 10% do valor estimado da contratação. A nova LLCA reproduziu o que dispõe a Lei nº 8.666/1993 (parágrafos 2º e 3º do artigo 31).

No caso do capital social, deve-se considerar o valor integralizado, como base de comparação. Nesse sentido a Súmula TCESP nº 48: *“Em procedimento licitatório, é possível a exigência de capital social mínimo na forma integralizada, como condição de demonstração da capacitação econômico-financeira”*.

Oportuna, ainda, referência à Súmula TCESP nº 37: *“Em procedimento licitatório para contratação de serviços de caráter continuado, os percentuais referentes à garantia para participar e ao capital social ou patrimônio líquido devem ser calculados sobre o valor estimado correspondente ao período de 12 (doze) meses”*.

O artigo 70 (incisos e parágrafo único) traz regras gerais relacionadas à exigência e apresentação dos documentos de habilitação, a começar pela sua forma, que pode ser em original, por cópia ou por qualquer outro meio expressamente admitido pela Administração. Vale, aqui, fazer uma correlação com o artigo 12, inciso IV, segundo o qual, a prova de autenticidade de cópia de documento público ou particular poderá ser feita perante agente da Administração, mediante apresentação de original ou de declaração de autenticidade por advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

42 Vide Instrução Normativa nº 5/2017 - Secretaria de Gestão - Ministério da Economia. Alínea “d” do Item 11.1:

d) Declaração do licitante, acompanhada da relação de compromissos assumidos, conforme modelo constante do Anexo VII-E de que um doze avos dos contratos firmados com a Administração Pública e/ou com a iniciativa privada vigentes na data apresentação da proposta não é superior ao patrimônio líquido do licitante que poderá ser atualizado na forma descrita na alínea “c” acima, observados os seguintes requisitos:

d.1. a declaração deve ser acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE), relativa ao último exercício social; e

d.2. caso a diferença entre a declaração e a receita bruta discriminada na Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) apresentada seja superior a 10% (dez por cento), para mais ou para menos, o licitante deverá apresentar justificativas.

É possibilitada a sua substituição por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, conforme previsto no edital e desde que observado o disposto na Lei. São condicionantes a previsão editalícia e a efetivação do registro em consonância com o estabelecido na nova LLCA, cabendo observar, nesse ponto, o que dispõe o seu artigo 87: *“Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento”*.

É permitida a dispensa total ou parcial da documentação nas contratações para entrega imediata, naquelas de valores inferiores a 1/4 (um quarto) do limite para dispensa de licitação para compras em geral (= R\$ 12.500,00)⁴³, e nas contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento (definidos no inciso LV do artigo 6º) até o valor de R\$ 300.000,00.

Importa assinalar que as exigências e dispensas de documentos devem ser compatíveis e proporcionais com a garantia do cumprimento das obrigações contratuais assumidas, evitando-se excessos ou exageros que acabem por obstaculizar a participação no certame, como também revelando-se despiciendas ou desarrazoadas ao objeto pretendido ou demanda a ser atendida, além de gerar custos e prejuízos à eficiência das contratações.

No caso das empresas estrangeiras que não funcionem no País, serão apresentados documentos equivalentes, na forma de regulamento emitido pelo Poder Executivo federal. Diversamente de outros dispositivos, que atribuem aos entes públicos a edição de regulamentos, o ato em questão será aquele editado pela União.

Findas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo será encaminhado à autoridade superior, que procederá de acordo com as opções estabelecidas, frente ao caso concreto. É o que prescreve o artigo 71 e seus incisos.

43 Limite de Dispensa – Compras em geral = R\$ 50.000,00 (inciso II do artigo 75).

Vale destacar uma mudança promovida no rito do pregão, passando agora a adjudicação ao cargo da autoridade superior.

No tocante às opções postas, trata-se da autotutela administrativa, através da qual a Administração Pública pode sanar irregularidades, quando suscetíveis de regularização, revogar ou anular a licitação, ou adjudicar o objeto e homologar o certame, quando inexistentes óbices.

O retorno dos autos para saneamento se dará nas hipóteses de nulidades sanáveis, assim consideradas aquelas de natureza formal, que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta (inciso III do artigo 12). Também as nulidades insanáveis comportam saneamento, quando incidentes sobre apenas alguns atos, com possibilidade de sua repetição, sem a invalidação de todo o procedimento.

Cabe anotar que, no âmbito da Administração Pública, os atos podem conter vícios de competência, forma ou vontade, os quais podem ser convalidados.

No caso específico da anulação e revogação, oportuno referenciar as Súmulas 346 e 473 do STF. Conforme a primeira, “a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”. Já a segunda estabelece: “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”.

Importante ainda registrar que não se afasta, na anulação, a provocação de terceiros.

No caso de nulidade insanável, não sujeita a saneamento, que enseja a anulação, deve a Administração indicar expressamente os atos com vícios insanáveis, com consequente invalidação daqueles subsequentes e dependentes, sem prejuízo da apuração de responsabilidades.

Em regra, a hipótese de revogação dá-se em razão de juízo de conveniência e oportunidade, porém a Lei limitou àqueles que resultem de fato superveniente devidamente comprovado. Preserva-se, com isso, o licitante de boa-fé, além de se afastarem abusos e exageros da Administração. O fato deve guardar pertinência e relação direta com o motivo da revogação, com suficiência a justificar essa medida, e ser condizente com o interesse público. Ademais, devem ser garantidos o contraditório e o direito de defesa dos interessados.

As providências relacionadas aplicam-se, no que couber, à contratação direta e aos procedimentos auxiliares da licitação previstos no artigo 78 (credenciamento, pré-qualificação, procedimento de manifestação de interesse, sistema de registro de preços e registro cadastral).

CAPÍTULO XI

O CONTROLE DA LEGALIDADE EXERCIDO PELO PARECER JURÍDICO NO REGRAMENTO DA LEI Nº 14.133/2021

João Arnaldo da Silva

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda aspectos relevantes do necessário parecer jurídico nas contratações públicas à luz da Lei nº 14.133/2021, com o objetivo de contribuir para o debate e os estudos daí decorrentes.

Importante deixar explícito, desde logo, que os posicionamentos e opiniões aqui abordados se restringem à opinião atual do autor destas linhas. As novidades trazidas pela legislação, em razão de sua abrangência, exigem estudos e ponderações por parte da Administração Pública e dos órgãos de controle, de modo que sua aplicação pacífica se estabilizará, na verdade, em razão da evolução da jurisprudência, da doutrina e da manifestação dos diversos atores envolvidos. O que aqui se propõe é a análise inicial, sujeita às bem-vindas críticas e correções.

O MOMENTO DO PARECER JURÍDICO E SUA RELEVÂNCIA

Na última etapa da fase preparatória da licitação dar-se-á a análise jurídica do procedimento, pela assessoria especializada do órgão, que examinará a legalidade de todo o processo, pelos seus aspectos fáticos e jurídicos, antes de ser levado a público, na chamada fase externa do certame (artigo 53).

Já neste estágio, ainda interno, o parecer jurídico, obrigatório, é alçado ao nível de ferramenta de controle da legalidade do procedimento, através do qual também se exercerá a chamada “segunda linha de defesa”, nos termos do artigo 169, inciso II, demonstrando a abrangência do controle a ser exercido pela assessoria jurídica, no âmbito desta Lei.

Tal a importância que ora se confere ao parecer jurídico, como instrumento de controle prévio da legalidade, que o artigo 10 faculta, às autoridades competentes e aos servidores públicos que tiverem participado dos procedimentos regidos por esta Lei, a prerrogativa de ter sua representação judicial ou extrajudicial promovida pela **advocacia pública**, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, desde que em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma disposta pelo § 1º do artigo 53 da Lei.

Essa prerrogativa é garantida, sem imposição de prazo, “inclusive na hipótese de o agente público não mais ocupar o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato questionado” (artigo 10, § 2º).

Entretanto, é necessário deixar anotado que citado dispositivo legal é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.915, ajuizada em 17/06/2021, pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (Anape), a qual entende que “eventual atuação da advocacia pública na representação de agentes públicos deve advir de legislação específica e própria do ente federado, não podendo a União, a pretexto de tratar de normas gerais de licitação, criar tal incumbência às Procuradorias estaduais”.

O legislador determina e delimita a conclusão da fase interna do procedimento deixando claro que a divulgação do edital de licitação somente deverá ocorrer quando findas as instruções técnicas e jurídicas da licitação (artigo 53, § 3º).

A ORDEM DE PRIORIDADE NA ANÁLISE DOS PROCEDIMENTOS

A Lei traz a obrigatoriedade de regulamentação prévia, relativa a critérios para a determinação da ordem de prioridade dos processos a serem analisados (artigo 53, § 1º, I), não podendo – e não devendo –, a sequência de citadas análises, ocorrer ao sabor de juízos casuísticos.

Cumprir destacar que o requisito de regulamentação prévia da primazia a ser observada intensifica a segurança administrativa, ao dificultar a ocorrência de análises jurídicas efetuadas de afogadilho, em razão de prazos exíguos, decorrentes de urgências injustificadas, ou de atrasos nas etapas antecedentes, eventualmente negligenciando impropriedades que comprometam o processo licitatório.

O CONTEÚDO, A FORMA E A LINGUAGEM DO PARECER JURÍDICO

A Lei determina que, “na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá 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” (artigo 53, § 1º, II).

Essa exigência, descrita de maneira inequívoca pelo dispositivo citado, acrescenta maior transparência ao exame do procedimento, com a necessária apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação, a explanação dos pontos fáticos e de direito examinados pelo parecer jurídico, além da forma da manifestação, em linguagem simples e compreensível.

A menção a elementos fáticos é digna de nota, na medida em que amplia os limites do órgão jurídico quanto à verificação da atuação e discricionariedade do gestor, no que tange à avaliação dos diversos elementos que compõem o procedimento em análise, tais como: a suficiência da motivação do ato administrativo em perspectiva; a adequação da via escolhida para solução da necessidade da Administração; a verificação de elementos do procedimento que outrora não constavam do parecer jurídico, como, por exemplo, a coerência do memorial descritivo, a confiabilidade do orçamento estimativo, dentre outros.

De igual modo, procura o legislador afastar a ocorrência de pareceres formais e singelos, limitados aos pontos estritamente necessários à análise jurídica, hábito não de todo incomum na seara administrativista nacional.

O ALCANCE OBRIGATÓRIO DO CONTROLE PRÉVIO DE LEGALIDADE

No § 4º do artigo 53, a Lei estende a obrigatoriedade da análise e elaboração do parecer jurídico, nos mesmos moldes já descritos, a todos os ajustes e eventuais termos aditivos que a Administração vier a constituir, exercendo a assessoria jurídica, também neles, o prévio controle da legalidade.

Em especial, necessário observar que a obrigatoriedade de parecer jurídico para as contratações diretas encontra-se igualmente expressa no inciso III do artigo 72, que exige, também, a demonstração do atendimento aos requisitos legais para os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, reforçando a obrigatoriedade e a importância de tal elemento no procedimento de contratação.

REQUISITOS DE DISPENSABILIDADE DO PARECER JURÍDICO

Existem hipóteses em que a análise jurídica poderá ser dispensada, as quais devem ser previamente definidas pela autoridade jurídica máxima competente,

em ato próprio. Os critérios a serem considerados para determinação dessas hipóteses estão descritos no § 5º do artigo 53: baixo valor, baixa complexidade da contratação, eventual entrega imediata do bem ou, em especial, a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico.

Obviamente, a prerrogativa de dispensar a análise jurídica tem a finalidade de evitar custos e burocracia em procedimentos simples ou que se amoldem a padronizações, e deve ser utilizada em considerável abrangência, valorizando a padronização das minutas dos diversos ajustes da Administração.

Aludida padronização, inclusive, é objeto de obrigatoriedade prevista no artigo 19, inciso IV, e no artigo 25, § 1º, ambos desta Lei.

Tais providências conferem maior celeridade ao processo, qualidade de suma importância quando se trata de procedimentos licitatórios, e buscam atender ao princípio da eficiência, um dos cinco princípios da Administração Pública insculpidos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

OUTRAS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

O parecer jurídico é requisito de outras etapas do procedimento de licitação e contratação, conforme previsão dos artigos 156, § 6º, 160 e 163, inciso V, que exigem “análise jurídica prévia”, seja para a hipótese de aplicação de penalidade administrativa, seja para a de se desconsiderar a personalidade jurídica, seja para a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

CONCLUSÃO

Consoante se descortina, a novel regulamentação eleva o parecer jurídico ao nível de instrumento de controle prévio de legalidade; aprofunda e especifica seu

conteúdo mínimo obrigatório, determinando, inclusive, a forma da linguagem a ser utilizada; exige critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade para as análises; amplia sua abrangência e induz à prática da padronização de minutas de editais e ajustes em geral.

De se reconhecer o progresso do quesito “parecer jurídico”, em relação à Lei nº 8.666/1993, a qual, no parágrafo único do artigo 38, institui de maneira bastante singela: “As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”.

Necessário destacar que a abrangência do controle da legalidade a ser exercido pela assessoria jurídica não se restringe à análise e emissão de pareceres quanto aos procedimentos aqui descritos, mas, ao revés, se amplia ao ser chamado a compor a “segunda linha de defesa”, nos termos do artigo 169, inciso II, desta Lei.

Por fim, muito embora este artigo não tenha qualquer pretensão de esgotar o tema, buscou-se contribuir para o entendimento das novas regras e para o estudo da matéria aqui abordada, apresentando um breve panorama, que melhor se delineará à medida que sejam elaborados os regramentos próprios dos órgãos e as licitações e contratações sejam realizadas, fiscalizadas e estudadas, oferecendo, assim, material para a formação da doutrina e da jurisprudência, as principais norteadoras do entendimento jurídico.

CAPÍTULO XII

O JULGAMENTO E A SELEÇÃO DA MELHOR PROPOSTA NO ÂMBITO DA LEI Nº 14.133/2021

João Arnaldo da Silva

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda aspectos relevantes da sessão pública de julgamento e os critérios de desclassificação e de desempate das propostas nas contratações públicas à luz da Lei nº 14.133/2021, com o objetivo de contribuir para o debate e os estudos daí decorrentes.

Importante deixar explícito, desde logo, que os posicionamentos e opiniões aqui abordados se restringem à opinião atual do autor destas linhas. As novidades trazidas pela legislação, em razão de sua abrangência, exigem estudos e ponderações por parte da Administração Pública e dos órgãos de controle, de modo que sua aplicação pacífica se estabilizará, na verdade, em razão da evolução da jurisprudência, da doutrina e da manifestação dos diversos atores envolvidos. O que aqui se propõe é a análise inicial, sujeita às bem-vindas críticas e correções.

A SESSÃO PÚBLICA: FORMAS, MODOS DE DISPUTA E CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

Formas

Publicado o edital da licitação e observado o prazo mínimo correspondente, na data e horário especificado dar-se-á a sessão pública para a apresentação e o julgamento das propostas e lances dos licitantes, nos moldes do § 2º do artigo 17, com preferência para a forma eletrônica, admitindo-se a presencial, desde que devidamente motivada e obrigatoriamente registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

O caráter de excepcionalidade da sessão presencial e a necessidade de registro em áudio e vídeo são acentuados pelo § 5º de aludido artigo, o qual obriga, ainda, a juntada da gravação aos autos do processo de licitação, quando de seu encerramento. Fica patente o uso da evolução tecnológica para atendimento ao princípio da transparência, determinado pelo artigo 5º da Lei.

A preferência da legislação pelo formato eletrônico, exigindo motivação para as sessões presenciais, se mostra saudável, na medida em que exclui a necessidade de deslocamento de representantes dos licitantes até o local da sessão pública, tendo, também, como consequência nos casos de modo aberto a ampliação da disputa, em razão de facultar a todos os representantes a participação mediante lances públicos, sucessivos e, em tese, cada vez mais vantajosos para a Administração.

Modos de disputa

A disputa entre as propostas dos licitantes poderá se dar no modo aberto, no modo fechado, ou em uma combinação de ambos, e será definida já na fase de preparação do certame e determinada em edital (artigo 18, VIII).

No modo aberto, os licitantes apresentam suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, até que se chegue à última, que há de ser a vencedora.

No modo fechado, as propostas, uma por licitante, permanecem em sigilo até o momento designado em edital para a apuração e divulgação da mais vantajosa para a Administração.

Estes modos podem ser utilizados isoladamente ou em conjunto, escolha que, em princípio, estaria inserida no âmbito da discricionariedade da Administração. Encontra, entretanto, vedações nos parágrafos 1º e 2º do artigo 56, os quais vedam a utilização isolada do modo de disputa fechado para os critérios de julgamento de menor preço ou o de maior desconto, e do modo de disputa aberto para o critério de julgamento de técnica e preço.

Critérios de julgamento

O critério de julgamento das propostas apresentadas pelos concorrentes será realizado de acordo com os ditames estabelecidos na “Seção III – Dos Critérios de Julgamento” (artigos 33 a 39), também a ser definido na já citada fase de preparação e igualmente explícito no edital, podendo ser um dos seguintes: menor preço; maior desconto; melhor técnica ou conteúdo artístico; técnica e preço; maior lance, no caso de leilão; maior retorno econômico.

A escolha do critério de julgamento se dará em função da espécie do objeto almejado e terá relação com o modo de disputa a ser utilizado, de maneira que a correta combinação desses elementos proporcione o transcurso lógico e adequado da sessão de julgamento e, ao final, se obtenha a solução mais vantajosa para o Poder Público.

Por essa razão, as vedações retrocitadas, relativas ao modo de disputa, fazem todo o sentido, pois, se a intenção é obter o menor preço, ou o maior desconto, deve-se utilizar o modo aberto (isolado ou em conjunto com o modo fechado), permitindo aos concorrentes disputarem entre si, mediante lances sucessivos, de modo a oferecer a proposta mais vantajosa à Administração.

De outro lado, quando o critério é de técnica e preço, tal disputa pode defluir em situação na qual a redução deste último – preço – pode impactar diretamente a diminuição da qualidade da primeira – a técnica, motivo pelo qual o modo de disputa aberto é vedado para modalidades que utilizem aludido critério.

A FASE DE JULGAMENTO

A Lei se acautelou oferecendo à Administração a prerrogativa de agilizar a etapa de disputa, ao permitir que o edital estabeleça faixa mínima de valores entre os lances (intermediários e/ou que vierem a sobrepujar a melhor proposta), evitando, assim, a ocorrência de diferença irrisória entre estes (artigo 57). Tal faculdade é medida salutar, sendo de boa escolha os editais a adotarem em seu teor, de modo a afastar atitudes meramente protelatórias ou prejudiciais, por parte dos licitantes.

Muito embora a Lei não deixe claro se o edital deve expressar o intervalo em valores de moeda corrente (ou em porcentagem, por exemplo), a Administração, de modo geral, deve se acautelar e privilegiar a forma que facilite os cálculos de controle e ofereça menor risco de ocorrência de questionamentos e recursos.

Após a definição da melhor proposta, e sendo de pelo menos 5% a diferença entre a primeira e a segunda, pode ser admitido, a critério da Administração, o reinício da disputa no modo aberto para a redefinição das demais colocações. Necessário ressaltar a exigência do § 4º do artigo 56 de que o edital tenha explicitado os termos em que se dará o reinício da disputa.

Dessa forma, será concedido aos licitantes remanescentes a oportunidade de melhorarem suas classificações, e, simultaneamente, a Administração aproveitará a etapa em curso para definir antecipadamente ofertas mais vantajosas, caso necessite lançar mão delas, se a contratação com o vencedor da disputa não se concretizar, como, por exemplo, exclusão na fase de habilitação, recusa em assinar o contrato ou não apresentação dos documentos para a contratação, por parte do melhor classificado.

Interessante observar que a sistemática apresentada pela Lei nº 14.133/2021 contém elementos bastante semelhantes aos previstos no artigo 17 da Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), que foi evolução daquela estabelecida pelo artigo 4º, VIII, da Lei nº 10.520/2002.

A NEGOCIAÇÃO APÓS A DEFINIÇÃO DO PRIMEIRO COLOCADO

Mesmo após definida a melhor colocação, a legislação ainda oferece prerrogativa à Administração para que promova nova rodada de negociações, desta feita com o primeiro colocado, com vistas à melhoria das condições propostas.

Se, entretanto, mesmo após essa negociação, a proposta do primeiro colocado se mantiver acima do preço máximo definido na fase preparatória, esta será desclassificada⁴⁴ e a negociação poderá ser feita com os demais licitantes, observada a ordenação inicial estabelecida. O resultado deverá ser divulgado a todos os licitantes e anexado aos autos do processo licitatório.

Essa negociação se dará na forma de regulamento previamente elaborado e será conduzida por agente ou comissão de contratação, cuja melhor definição é dada pelos incisos L⁴⁵ e LX⁴⁶ do artigo 6º.

A DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTAS

O artigo 59 da Lei estabelece os motivos que implicam a desclassificação das propostas apresentadas:

- » Incidência de vícios insanáveis;

44 Conforme determinação do inciso III do art. 59.

45 “L - comissão de contratação: conjunto de agentes públicos indicados pela Administração, em caráter permanente ou especial, com a função de receber, examinar e julgar documentos relativos às licitações e aos procedimentos auxiliares”.

46 LX - 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.

- » Inobservância às especificações técnicas detalhadas no edital ou que apresentarem desconformidade insanável com quaisquer outras exigências editalícias;
- » Oferta de preços inexequíveis, podendo a Administração diligenciar com o fito de verificar a exequibilidade, ou exigir a correspondente demonstração, pelos licitantes, desclassificando se esta não restar demonstrada;
- » Os preços permanecerem, mesmo ao final da negociação, acima do orçamento estimado para a contratação.

O § 1º faculta que a verificação seja efetuada apenas em relação à proposta que restar vencedora.

- » Nota-se a preocupação do legislador em afastar a possibilidade de desclassificação em razão de ocorrências sanáveis, mantendo, entretanto, a cautela em não permitir preços inexequíveis ou acima daquele orçado pela Administração, atendendo, assim, ao objetivo do inciso III do artigo 12474e à determinação do inciso III do artigo 1148,5 respectivamente.
- » Embora seja apenas facultada pelo inciso IV e pelo § 2º, ambos do artigo 59, é de bom alvitre que a Administração, ante a possibilidade de desclassificação de propostas sob o argumento de inexequibilidade de preços, ofereça aos licitantes a oportunidade de demonstração da viabilidade de suas propostas.

47 Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

[...]

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

[...]

48 Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

[...]

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

[...]

Os parágrafos 3º, 4º e 5º do artigo 59 tratam, exclusivamente, das propostas cujos objetos se refiram a obras e serviços de engenharia, impondo o que segue:

- » Os elementos da proposta a serem considerados para efeito de determinação de exequibilidade e de sobrepreço são: preço global, quantitativos e seus preços unitários relevantes. Determina, ainda, que o edital contenha os critérios de aceitabilidade desses elementos, condizentes com as especificidades do mercado correspondente;
- » São inexequíveis as propostas com valores inferiores a 75% daquele orçado pela Administração;
- » Deve ser exigida garantia adicional de propostas com valores inferiores a 85% daquele orçado pela Administração, em montante equivalente à diferença entre o preço proposto e o valor de referência da licitação.

A redação do caput e dos três primeiros parágrafos deste artigo 59 guardam estreita semelhança com a redação do artigo 24 da Lei nº 12.462/2011.

A redação dos dois parágrafos finais guarda relativa semelhança com a dos parágrafos 1º e 2º do artigo 48 da Lei nº 8.666/1993.

O DESEMPATE DE PROPOSTAS

A fim de dirimir empates entre propostas, o artigo 60 da Lei estabeleceu extensa ordem de critérios para determinar o resultado:

- » 1º Licitantes empatados apresentam novas propostas, em modo de disputa, logo após a classificação;
- » 2º Avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, a fim de mensurar o cumprimento de obrigações previstas na Lei, preferencialmente fazendo uso dos registros cadastrais;

- » 3º Comprovação do desenvolvimento pelo licitante de ações que promovam a igualdade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, a ser avaliado conforme regulamento;
- » 4º Desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

Com relação ao último critério, o artigo 41 do Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei nº 12.846/2013⁴⁹, define:

Artigo 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Em persistindo o empate, a preferência recairá, nesta ordem, sobre:

- » 1º Empresas estabelecidas no território do Estado;
- » 2º Empresas brasileiras;

49 A qual "dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências".

- » 3º Empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;
- » 4º Empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187/2009 (Lei que trata de Desenvolvimento Sustentável, e que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC).

Entretanto, todo esse ordenamento deve ser acatado sem prejuízo de aplicação do disposto no artigo 44 da Lei Complementar nº 123/2006, que se refere à preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte:

Artigo 44. Nas 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.

A GARANTIA DE PARTICIPAÇÃO NO CERTAME E O MOMENTO DE SUA APRESENTAÇÃO

O caput e parágrafos do artigo 58 estabelecem a possibilidade de a Administração exigir do licitante a comprovação do recolhimento de valor referente à garantia

de proposta, na fase de pré-habilitação, limitada a até 1% do valor estimado para a contratação.

Destaque-se que o momento permitido para se exigir a comprovação é o da apresentação da proposta, afastando a possibilidade de prévio conhecimento de quais licitantes têm interesse em participar do certame e garantindo que poderão participar da disputa eventuais interessados que dela tenham ciência mesmo na data limite para apresentação das propostas.

Essa imposição expressa da Lei mantém harmonia com o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo consolidado na seguinte súmula, relativa à Lei nº 8.666/1993:

SÚMULA TCESP Nº 38 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência antecipada do comprovante de recolhimento da garantia prevista no artigo 31, inciso III, da Lei nº 8.666/93, o qual deve ser apresentado somente com a documentação de habilitação.

Da recusa do vencedor em assinar o contrato ou a não apresentação dos documentos necessários para a contratação decorrerá a execução do valor integral de sua garantia de proposta. De todo modo, os licitantes não penalizados receberão a devolução de suas garantias no prazo de dez dias úteis, contado da assinatura do contrato ou da data em que a licitação for declarada fracassada.

As modalidades aceitas de garantia estão descritas no § 1º do artigo 96⁵⁰, que recebeu redação praticamente idêntica à do § 1º do artigo 56 da Lei nº 8.666/1993.

50 Art. 96. [...]

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.

Muito embora a decisão de exigir garantia de proposta esteja inserida no âmbito de discricionariedade da Administração, tal possibilidade deve ser sopesada de maneira criteriosa, pois, se por um lado a exigência se afigura desmedida para os casos de baixa complexidade da contratação ou pequeno valor do objeto ou mesmo de entrega imediata do bem, de outra face, a não utilização da prerrogativa pode oferecer oportunidade para a criação de atrasos ou embaraços à licitação, sem que a Administração disponha de medida pedagógico-punitiva de fácil e rápida aplicação.

A REELABORAÇÃO DAS PLANILHAS DE OBRAS OU SERVIÇOS DE ENGENHARIA POR PARTE DO VENCEDOR

Após o julgamento, em se tratando de licitações com objeto de obras ou serviços de engenharia, o § 5º do artigo 56 impõe que o licitante vencedor apresentará à Administração as planilhas reelaboradas e readequadas ao novo valor, com indicação dos quantitativos, dos custos unitários, do detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES). Aludidas planilhas deverão ser entregues por meio eletrônico, sendo admitida a utilização dos preços unitários, no caso de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada “exclusivamente para eventuais adequações indispensáveis no cronograma físico-financeiro e para balizar excepcional aditamento posterior do contrato”.

O detalhamento se faz necessário para atender ao previsto no artigo 134, que dispõe sobre eventual necessidade de alteração dos preços contratados, em havendo criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais, com comprovada repercussão sobre os preços contratados, após a contratação. É a partir do detalhamento dos preços contratados que será possível estabelecer o real impacto de tais alterações.

É medida salutar também por oferecer as informações necessárias a ocasionais futuras adequações no cronograma físico-financeiro, bem como a aditamento

posterior ao contrato, que a Lei destaca ser “excepcional”, ressaltando, dessa forma, a necessidade do correto e adequado planejamento antecedente à contratação.

A redação de citado dispositivo é assemelhada à do artigo 17, inciso III, da Lei nº 12.462/2011.

CONCLUSÃO

De fácil constatação que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos coligiu em seu bojo dispositivos dos principais normativos relativos à matéria, buscando agregar o que de melhor se produziu na seara jurídico-legislativa, no longo interregno entre a Lei a ser substituída, a famosa “8.666”, de 1993, e esta, sancionada em 2021.

A sessão de julgamento e a sistemática na seleção das propostas não foram exceção a essa melhoria, que tentamos esmiuçar sem qualquer pretensão de esgotar o tema, buscando contribuir para o entendimento das novas regras e para o estudo da matéria aqui abordada, apresentando um breve panorama, que melhor se delineará à medida que sejam elaborados os regramentos próprios dos órgãos e as licitações e contratações sejam realizadas, fiscalizadas e estudadas, oferecendo, assim, material para a formação da doutrina e da jurisprudência, as principais norteadoras do entendimento jurídico.

CAPÍTULO XIII

HIPÓTESES DE CONTRATAÇÃO DIRETA – INEXIGIBILIDADE, DISPENSA E ALIENAÇÕES

Rosmari Aparecida Ferraiolo

INTRODUÇÃO

A contratação direta é exceção à regra de licitar e ambas as formas de contratar encontram fundamento na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

A matéria não é inédita, tendo sido contemplada nos artigos 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993. A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – LLCA – incorporou, em seus dispositivos, grande parte dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sedimentados ao longo dos anos de vigência daquela Lei.

DEVER DE LICITAR

O dever da Administração Pública de licitar é um preceito constitucional expresso no inciso XXI do artigo 37⁵¹ e que em última análise está diretamente

51 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade,

relacionado ao princípio da igualdade presente no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

A obrigatoriedade da licitação é o mecanismo pelo qual se assegura a igualdade entre aqueles interessados em ter o Estado como parceiro comercial. Nesta esteira, o artigo 5º da nova LLCA consagra a isonomia como um dos princípios norteadores para a aplicação da Lei. Diante disso, a contratação direta é reconhecida como exceção ao dever de licitar.

As hipóteses nas quais o administrador público poderá contratar diretamente são disciplinadas em lei infraconstitucional, consoante delineado pelo legislador no inciso XXI do artigo 37 e no inciso XXVII do artigo 22⁵² da Constituição Federal.

Esses permissivos legais que regulam as hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade, disciplinadas nos artigos 74, 75 e 76 da i nº 14.133/2021 e na legislação específica, tais como nos artigos 29 e 30 da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), neste caso com fundamento no artigo 173, § 1º, III, da Constituição Federal, e no artigo 15 da Lei Complementar nº 182/2021 (Marco Legal das Startups), vinculam a atuação do gestor público.

À vista disso, é importante ressaltar que a competência legislativa estadual e municipal são supletivas e subalternas, não podendo inovar ou contrariar os dispositivos estabelecidos naquela norma. Destarte, veda-se ao Administrador Público criar hipóteses de contratação direta por meio de regulamentos e atos administrativos e, tampouco, utilizar-se dos preceitos legais de maneira a desvirtuar a aplicabilidade deles, com objetivo de fazer a subsunção do caso concreto à exceção de licitar.

publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

52 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;

Nessa senda, a legislação prevê ser crime a contratação direta indevida, consoante o disposto no artigo 73 da nova Lei, no qual dispõe que o agente público e o contratado responderão solidariamente pelo dano causado ao erário e sem prejuízo de outras sanções, desde que presentes dolo, fraude ou erro grosseiro.

O legislador pátrio sempre foi atento a eventual burla à licitação. A Lei nº 8.666/1993 tipificava a conduta de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais como crime. Com a publicação da Lei nº 14.133/2021, o tipo foi incorporado ao Código Penal, no artigo 337-E⁵³, majorando-se a pena e alterando-se o regime para reclusão, com vigência desde 1º/04/2021, por força do artigo 178 combinado com o inciso I do artigo 193⁵⁴ da nova legislação.

Ressalta-se que a contratação direta não equivale a um permissivo legal para a realização de ajustes de forma negligente, inadequada ou prejudicial à Administração.

LICITAÇÃO INEXIGÍVEL, DISPENSÁVEL E DISPENSADA

Existem três grupos de contratações diretas:

- » a) inviabilidade de competição, denominada de “inexigibilidade de licitação”;
- » b) contratação para a Administração, intitulada como “licitação dispensável”; e
- » c) alienação dos bens e serviços da Administração sem licitação, nomeada de “licitação dispensada”.

53 Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

54 O artigo 178 altera o Código Penal e o artigo 193 revoga os artigos 89 a 108 da Lei nº 8.666/1993, na data de publicação da Lei nº 14.133/2021.

A inexigibilidade de que trata o artigo 74 da LLCA caracteriza-se pela inviabilidade de competição entre os ofertantes. A impossibilidade da disputa pode ocorrer por motivos de fato ou de direito. No primeiro caso, existe único fornecedor ou prestador de serviço apto a atender ao interesse público; no segundo, inexistem variedades de opções que possam atender à necessidade da Administração, o que torna a disputa inviável e a realização de um certame ineficaz.

Neste contexto, as causas da inviabilidade de competição⁵⁵ são as seguintes:

- » a) ausência de pluralidade de alternativas, existindo um único particular em condições de atender às necessidades da Administração (art. 74, I);
- » b) ausência de mercado concorrencial tendo em vista que os particulares que possuem condições de contratar com a Administração não competem entre si (art. 74, III);
- » c) ausência de objetividade na seleção do objeto ante a atuação personalíssima do particular (art. 74, II); e
- » d) ausência de definição objetiva da prestação a ser executada haja vista que o conteúdo completo da obrigação necessita ser definido ao longo da execução contratual (art. 74, III, “e”).

Durante o planejamento da futura contratação, há a definição e a verificação das características do objeto. Nesta fase, identifica-se a possibilidade de competição ou não entre aqueles aptos a contratar. Desse modo, fica evidente a importância do cuidado na elaboração do estudo técnico preliminar, da análise de riscos, do termo de referência e do levantamento dos custos, documentos não devem ser vistos como simples peças que instruem o processo por pura formalidade, mas sim como essenciais à boa contratação. Ademais, a viabilidade econômica deve ser observada, estabelecendo-se a relação entre os benefícios qualitativos e os encargos financeiros que serão arcados pelo Estado.

55 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p.960 e 961.

Por outro lado, a licitação dispensável caracteriza-se pela existência de competição. Ainda assim, a Lei faculta a contratação direta, desde que conveniente e oportuno. Existe, portanto, a discricionariedade do agente público, circunscrita ao rol taxativo das hipóteses do artigo 75 da Lei nº 14.133/2021.

Nessas condições, o gestor público, com fundamento em motivações consistentes e perante o caso concreto, precisa sobrepesar qual o remédio que melhor atende às necessidades coletivas e adotar a solução mais adequada: “licitar” ou “dispensar a licitação”.

Por tratar-se de ato discricionário, impõe-se ao administrador público justificar os elementos de fato e de direito que o levaram a decidir pela realização ou não do certame. Para tanto, é primordial que estejam presentes diversos subsídios (robustos) que integram a instrução do processo de contratação, nos termos disciplinados no artigo 72 da LLCA, como o estudo técnico preliminar; a análise de risco; termo de referência bem elaborado; estudo de viabilidade econômica e de mercado; bem como demais informações consistentes para o exame da situação fática.

O artigo 75 da LLCA elenca os objetos dispensáveis de licitação, situações nas quais o legislador entendeu que a realização do certame poderia violar em alguma medida o interesse público buscado pela contratação.

As hipóteses de dispensa de licitação podem ser sistematizadas de acordo com o desequilíbrio custo/benefício de licitar ou não determinado objeto⁵⁶:

- » a) Custo econômico, quando a licitação é mais custosa que o bem a ser atendido (incisos I e II);
- » b) Custo temporal, quando a demora na realização do certame pode acarretar a ineficácia da contratação (incisos IV, alíneas “e” e “i”; VII; VIII e XIII);

56 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p.1007.

- » c) Ausência de potencialidade de benefício (incisos III, alíneas “a” e “b”; IV, alíneas “a”, “b”, “f”, “g”, “h”, “l” e “m”; VI; IX e XI);
- » d) Função extraeconômica da contratação, quando o Estado busca a realização de outros fins estatais (incisos IV, alíneas “c”, “d”, “j” e “k”; V; VI; X; XII; XIV; XV e XVI).

Em contrapartida, na licitação dispensada a Lei afastou a realização do certame. Sendo um ato vinculado, diante da situação fática e da incidência dos tipos previstos no artigo 76 da nova Lei de Licitações, cabe ao gestor público declarar dispensada a licitação. A atuação administrativa resume-se na avaliação da oportunidade e da conveniência em alienar o bem.

Importante ressaltar que a alienação de bens públicos deve ser feita por leilão e a licitação será dispensada somente nas situações específicas, constantes dos incisos I e II do artigo 76 da Lei nº 14.133/2021.

PROCEDIMENTOS

Toda a contratação pública sujeita-se aos princípios do Direito Administrativo e à realização de um procedimento formal. Nele estão presentes os pressupostos de fato e de direito capazes de demonstrar a escolha do objeto, evidenciando ser aquele que melhor se adequa ao caso concreto, com justificativa e comprovação da existência de situações que determinaram a escolha do tipo de contratação e do contratado por meio de critérios objetivos. Neste sentido, o artigo 72 da LLCA exige expressamente que na instrução processual estejam presentes os seguintes documentos:

l - 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.

Em que pese o artigo 26 da Lei nº 8.666/1993 dispor sobre procedimento formal para contratação direta, o artigo 72 da nova Lei é mais amplo e inclui regras de planejamento das contratações públicas.

Documento de formalização de demanda

O processo de contratação inicia com o documento de formalização de demanda (art. 12, inciso VII)⁵⁷. É peça obrigatória, devendo ser minuciosamente elaborada

57 Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

e analisada pelo agente público. Nela estão descritas as características do objeto, do contrato, da execução e do valor contratual, dentre outros requisitos. O referido documento será acompanhado, se for o caso, do estudo técnico preliminar (art. 6º, XX), termo de referência (art. 6º, XXIII), projeto básico (art. 6º, XXV), projeto executivo (art. 6º, XXVI) e da análise de riscos. Este documento previsto no inciso VII do artigo 12 ratifica a importância do planejamento das contratações.

Estimativa da Despesa

A estimativa de preços será feita de acordo com o estabelecido no artigo 23 da Lei, com objetivo de demonstrar a razoabilidade do valor da contratação com o praticado no mercado, sendo inaceitável que a Administração Pública firme contratos com preços desarrazoados, principalmente, no caso da contratação direta na qual inexistente disputa entre os interessados.

Nos casos em que houver único fornecedor ou prestador de serviço, a estimativa será aferida mediante a análise dos preços praticados por ele em contratações firmadas com outros contratantes para o mesmo objeto e com equivalência das condições contratuais; para tanto, é cabível a apresentação de contratos e notas fiscais.

Parecer jurídico e parecer técnico

A elaboração de pareceres jurídico e técnico traz elementos de convencimento e dá suporte à motivação do ato vinculado. Ambos os pareceres devem constar do processo por tratarem de matéria e aspectos distintos da contratação.

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

O parecer jurídico tem a função de realizar o controle prévio da legalidade das contratações, consoante o § 4º do artigo 53⁵⁸, sendo dispensável somente nos casos de baixo valor, baixa complexidade, entrega imediata do bem ou utilização de instrumentos contratuais padronizados. As hipóteses de dispensa do parecer jurídico devem estar previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima, conforme § 5º do artigo 53⁵⁹.

Demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários e justificativa de preço

A Lei objetiva assegurar que haja recursos financeiros e orçamentários para fazer frente à despesa com a futura contratação, pois ao administrador público é vedado a realização de despesa sem a existência do devido recurso orçamentário.

Aliado a isso, a justificativa de preço demonstra que o valor da proposta é justo, compatível com o de mercado e que nele estão inclusos todos os itens necessários ao atendimento da demanda da Administração.

Requisitos de habilitação, qualificação mínima e razão da escolha do contratado

Os documentos de habilitação e qualificação mínima têm a função de demonstrar aptidão do futuro contratado para realizar o negócio jurídico e executar o objeto do ajuste.

A razão da escolha do fornecedor ou prestador de serviço deverá expressar, clara e objetivamente, as razões e os elementos que se prestaram à demonstração

58 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.

59 Art. 53, § 5º É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico.

da conveniência e da oportunidade na escolha de um determinado proponente e não de outro, sempre em observância ao disposto no artigo 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB⁶⁰.

Autorização da autoridade competente e publicação em sítio eletrônico oficial

A autorização da autoridade competente é condição de eficácia para a contratação direta, do mesmo modo que a publicação do ato de autorização ou do extrato do contrato em sítio eletrônico oficial.

INEXIGIBILIDADE

O artigo 74 da LLCA traz em sua essência o mesmo conceito normativo da Lei nº 8666/1993, contudo houve a ampliação do rol exemplificativo de hipóteses de inviabilidade de competição, recepcionando o entendimento doutrinário e jurisprudencial de situações anteriormente enquadradas no *caput* do artigo 25, entre elas os objetos contratados por meio de credenciamento. Ademais, o artigo 74 incorporou os regramentos contidos no artigo 13 e no inciso X do artigo 24⁶¹ da Lei anterior.

60 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

61 Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Art. 24. É dispensável a licitação:

- X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

Notória especialização e singularidade do objeto

O inciso XIX do artigo 6º e o § 3º do artigo 74 conceituam a notória especialização para fins desta Lei. Ao comparar com a definição da Lei anterior, verifica-se uma alteração da terminologia empregada, na qual o termo “indiscutivelmente” foi substituído por “reconhecidamente”.

Essa mudança ampliou o significado de notória especialização para fins de contratação. A palavra “indiscutível” impõe tamanha evidência e certeza que exclui qualquer discussão, restringindo a gama de profissionais que se enquadram neste quesito. O termo “reconhecido”, por sua vez, significa que algo é admitido como verdadeiro, ampliando o leque de situações nas quais mais de um profissional ou empresa sejam respeitados pelo nível de conhecimento técnico que possuem. Dessa forma, a notória especialização contém um aspecto relativo, ou seja, um profissional ou empresa pode ser reconhecido no âmbito regional, mas não no país.

Aqui cabe um alerta: esse reconhecimento deve ser pautado na impessoalidade e não em convicções particulares do gestor público, afastando-se a utilização do elemento “confiança pessoal” como um dos pressupostos para a contratação direta por inexigibilidade. Para tanto, deve-se trazer aos autos documentos que comprovem o conhecimento diferenciado e aprofundado do prestador do serviço no objeto da futura contratação.

Embora a expressão “natureza singular” tenha sido excluída do inciso III do artigo 74, ela permanece de forma implícita. De maneira efetiva, para que o serviço seja enquadrado nessa regra, ele deve ser complexo e possuir características específicas que legitimem a contratação de profissional com expertise própria de um especialista. Ausentes os atributos peculiares do objeto, a licitação deve ocorrer.

Nesse compasso, veda-se a subcontratação ou a atuação de profissional diferente daquele que justificou a inexigibilidade, consoante o disposto no § 4º do artigo 74 da Lei.

Com efeito, se o executor do objeto pode ser substituído, o aspecto personalíssimo do contratado tornou-se irrelevante e a contratação deveria ter sido decorrente de licitação e não fundamentada na inviabilidade da disputa.

No que tange, aos serviços técnicos especializados de natureza intelectual, inclusive os advocatícios, verifica-se não ser razoável contratar profissional com qualificações acima da média para objetos comuns, inclusive pagando um valor maior por isso. A notória especialização não ampara toda e qualquer contratação⁶²; exige-se do gestor público a avaliação de alternativas para a escolha proporcional aos interesses tutelados pelo futuro ajuste, inclusive sob ótica dos recursos orçamentários.

Credenciamento

No credenciamento, a Administração franqueia aos interessados a possibilidade de aderir às regras preestabelecidas para o desempenho do objeto da avença a qualquer momento.

Aquisição e locação de imóveis

Nesse tipo de contratação, a singularidade do imóvel é imprescindível, o que significa dizer que serão examinadas as características e a localização que melhor atendam à finalidade administrativa, verificando-se aquilo que o distingue dos demais imóveis existentes.

Além da singularidade do bem, deverá ocorrer a avaliação prévia, observando-se os aspectos construtivos de conservação e adaptações, bem como o prazo de amortização dos investimentos; este último demonstra o cuidado do legislador com a dimensão econômica envolvida no negócio jurídico e o respectivo impacto no planejamento estatal a médio e longo prazo. Encontra-se semelhante preocupação ao exigir que a Administração se certifique da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis com capacidade de atender ao interesse público específico.

62 TC-024804.989.20-0 (ref.TC-003795.989.15-1 e TC-009411/026/15), TC-0269/014/15; TC-00905/016/14; TC-2250/009/12.

DISPENSA DE LICITAÇÃO

O artigo 75 da LLCA recepcionou a maioria das regras existentes na Lei nº 8.666/1993. Entretanto, foram suprimidas as hipóteses constantes dos incisos X, XVI, XXII, XXIII, XXIV, XXX, XXXIII e XXXV, do artigo 24 da Lei nº 8.666/93⁶³.

Por outro lado, foram instituídas as previsões dos incisos IV, alíneas “l” e “m”, e XIII:

Art. 75. É dispensável a licitação:

IV - para contratação que tenha por objeto:

63 Lei nº 8.666/93 Art. 24 É dispensável a licitação:

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;

XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;

XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal.

XXXIII - na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água.

XXXV - para a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública.

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;

XIII - para contratação de profissionais para compor a comissão de avaliação de critérios de técnica, quando se tratar de profissional técnico de notória especialização;

E, ainda, houve o reenquadramento dos dispositivos que tratam da aquisição e locação de imóvel para a Administração (inciso V do artigo 74) e da contratação para execução de obra remanescente (§ 7º do artigo 90)⁶⁴, bem como a inclusão da exigência de que os serviços sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência, quando contratados com fundamento no inciso XIV do artigo 75. Neste ponto, a intenção do legislador reside em evitar desvios e preservar a finalidade social do ajuste da contratação.

Dispensa por valor

A dispensa por valor está disciplinada nos incisos I e II e em diversos parágrafos do artigo 75.

64 Art. 90. A Administração convocará regularmente o licitante vencedor para assinar o termo de contrato ou para aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e nas condições estabelecidas no edital de licitação, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei. § 7º Serà facultada à Administração a convocação dos demais licitantes classificados para a contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento em consequência de rescisão contratual, observados os mesmos critérios estabelecidos nos §§ 2º e 4º deste artigo.

Um dos grandes problemas da dispensa por valor é o possível fracionamento ilícito da despesa⁶⁵. O gestor público realiza ao longo do exercício financeiro sucessivas contratações do mesmo objeto ou serviço que, quando somadas, ultrapassam os limites estabelecidos pelos incisos I e II deste artigo. Inúmeras vezes, o fracionamento da despesa decorre da inobservância do princípio da anualidade do orçamento e da ausência de planejamento da Administração.

O § 1º do artigo 75 define que, para aferição dos valores dos limites das dispensas, deverão ser observados os somatórios (1) do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora e (2) da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

Em sentido diverso, estatuiu o § 7º do artigo 75 que as contratações de serviços de manutenção de veículos de propriedade do órgão ou entidade, no valor de até R\$8.000,00 (oito mil reais), estão isentos da comprovação dos requisitos relativos ao fracionamento do § 1º do mesmo artigo. Tal dispositivo não incentiva o correto planejamento das contratações públicas e nem a adoção de instrumentos previstos na Lei⁶⁶.

No que diz respeito à previsão do § 3º do artigo 75, exigindo que a dispensa de pequeno valor seja divulgada no sítio eletrônico oficial pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, trata-se de inovação da Lei que visa ampliar a disputa e torná-la mais transparente, em consonância com os princípios que regem a Administração Pública.

Outra novidade trazida pelo § 4º do artigo 75 é a previsão de que contratações de pequeno valor deverão ser pagas, preferencialmente, por meio de cartão de pagamento, cujo extrato deverá ser disponibilizado no Portal Nacional de Contratações Públicas, em atendimento ao princípio da transparência.

65 TC-800475/674/11

66 TC-800178/433/12

Emergência ou calamidade pública

Os incisos VII e VIII e o § 6º do artigo 75 cuidam da dispensa de licitação em casos de emergência ou calamidade pública.

A emergência e a calamidade pública são situações imprevisíveis que podem ocasionar lesão ou comprometer os bens jurídicos tutelados pelo Estado, bem como prejudicar a continuidade dos serviços públicos⁶⁷. Cabe registrar a existência da emergência fabricada⁶⁸ decorrente da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos. A Lei não distingue uma da outra. Caracterizada a situação emergencial, a contratação direta ocorrerá para elidir o dano. Importante ressaltar que o § 6º do artigo 75 determina a apuração de responsabilidade para os agentes públicos que deram causa à situação emergencial.

A nova Lei ampliou o prazo máximo de contratação para 1 (um) ano e vedou a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração da empresa com base no mesmo dispositivo legal.

ALIENAÇÃO DE BENS PÚBLICOS

É o artigo 76 que dispõe sobre a alienação de bens públicos.

Bens públicos, segundo Hely Lopes Meirelles, são todas as coisas corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais⁶⁹. Estão sob o domínio do Estado, assim sendo subordinados aos princípios norteadores do Direito Administrativo, entre eles

67 TC-001123/007/09

68 TC-043690/026/12

69 Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 42ªed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 636.

o princípio da legalidade, da impessoalidade e da indisponibilidade do interesse público; por conseguinte, o desfazimento desses bens restringe-se ao disposto em lei.

A alienação dos bens está vinculada à existência de interesse público devidamente justificado, prévia avaliação e autorização legislativa. A modalidade licitatória utilizada será o leilão, exceto para as hipóteses elencadas nos incisos I e II⁷⁰, nas quais a licitação é dispensada.

-
- 70 Art. 76. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:
- 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) doação 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 inciso;
 - 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;
 - 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;
- 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;
 - 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.

Os bens públicos imóveis são indisponíveis, por estarem afetados à satisfação das necessidades coletivas e somente com a autorização legislativa se tornam alienáveis. Tal exigência decorre do artigo 100 do Código Civil⁷¹. Ademais, a permissão legislativa pode ser vista como um sistema de freio e contrapeso que objetiva evitar o desmantelamento do ativo imobiliário da Administração.

Neste cenário, a avaliação prévia visa resguardar os interesses do Estado, perseguindo proposta mais vantajosa para a Administração; a vista disso, cabe ao gestor público utilizar-se dos serviços especializados de avaliador, com o objetivo de melhor quantificar o valor do bem.

Quanto ao direito de preferência de que trata o artigo 77 da LLCA, privilegia-se o licitante que comprovar estar na posse do imóvel, desde que este se submeta a todas as regras do edital. Tal benesse pode desestimular a participação de outros licitantes no leilão.

No geral, a alienação de bem público requer muita atenção dos órgãos de controle para evitar a dilapidação do patrimônio público seja por meio da realização de certame ou de contratação direta.

CONCLUSÃO

Da leitura sistemática da nova Lei de Licitações percebe-se que o planejamento e a boa gestão dos recursos públicos foram trazidos para as contratações diretas, aspecto que talvez seja a principal e mais relevante alteração ocorrida no âmbito desse tipo de contratação.

71 Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

REFERÊNCIAS

CAMARÃO, Tatiana; PIRES, Maria Fernanda. A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços jurídicos à luz da nova Lei de Licitações. Disponível em <http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/04/07/a-inexigibilidade-de-licitacao-para-a-contratacao-de-servicos-juridicos-a-luz-da-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 23/09/2021.

FERNANDES, Ana Luiza Jacoby; FERNANDES, Murilo Jacoby; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação Direta Sem Licitação. 11.ED. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1640>. Acesso em: 26 set. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LIMA, Edecarlos Alves. Licitação e contratação no contexto do marco legal das startups. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 19 jun. 2021. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 26/08/2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOTTA, Fabrício; GUIMARÃES, Edgar. Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133, de 1º de Abril de 2021. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.), 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. In: NIEBUHR, Joel de Menezes (Coord.). Curitiba: Zênite, 2021.

PÉRCIO, Gabriela Verona. A inviabilidade de competição relativa na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021): principais mudanças e proposta de interpretação para maximizar a eficiência da contratação direta. Disponível em <http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/07/01/a-inviabilidade-de-competicao-relativa-na-nova-lei-de->

licitacoes-e-contratos-administrativos-lei-no-14-133-2021-principais-mudancas-e-proposta-de-interpretacao-para-maximizar-a-eficiencia-da-contr/. Acesso em 23/09/2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Lei de Licitações Públicas comentadas, 12. Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2021.

CAPÍTULO XIV

OS PROCEDIMENTOS AUXILIARES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Danilo Ribeiro da Silva

Ao realizar uma licitação, poderão ser utilizadas pela Administração as modalidades indicadas no artigo 28, da Lei nº 14.133/2021. Entretanto, como forma de garantir maior eficiência e celeridade nas contratações públicas, o legislador deixou disponível a aplicação de instrumentos auxiliares, tratados a partir do artigo 78 da nova Lei de Licitações.

Em relação aos cinco procedimentos auxiliares que os órgãos e entidades terão a sua disposição (credenciamento, pré-qualificação, procedimento de manifestação de interesse (PMI), sistema de registro de preços e registro cadastral), há algumas características que necessitam de uma atenção inicial.

Em primeiro lugar, a pré-qualificação, o PMI e o registro cadastral são procedimentos que antecedem a licitação. Por outro lado, o credenciamento e o sistema de registro de preços podem resultar na contratação de fornecedores, dispensando a realização de procedimento licitatório posterior.

Ainda, estes instrumentos não podem ser considerados modalidades licitatórias. Conforme disposto no artigo 28, § 1º, os procedimentos aqui tratados têm como função auxiliar as modalidades de licitação existentes.

Por fim, de acordo com o artigo 78, § 1º, os instrumentos auxiliares deverão seguir critérios e objetivos definidos em regulamento.

CRENCIAMENTO

Conforme definido no artigo 6º, inciso XLIII, o credenciamento é o processo administrativo de chamamento público em que a Administração convoca interessados na prestação de serviços ou fornecimento de bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados.

Essa prestação de serviços ou fornecimento de bens poderá ocorrer em três situações distintas. A primeira hipótese verifica-se quando a contratação é paralela e não excludente, ou seja, quando é viável para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas. Neste caso, os órgãos ou entidades realizam o cadastro de todos os interessados, que atendam os requisitos, para fornecimento de bens ou serviços (Art. 79, I).

Não obstante, esta possibilidade de credenciamento não significa, por si só, a absorção de toda oferta de bens/serviços pela Administração. Conforme definido no artigo 79, parágrafo único, inciso II, se o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos para a distribuição da demanda.

A segunda hipótese ocorre através da contratação com a seleção a critério de terceiros. Neste caso, a Administração realizará o credenciamento dos interessados, entretanto quem decidirá pelo prestador de serviços ou fornecimento de bens será o beneficiário direto da prestação (Art. 79, II).

Nas duas situações tratadas anteriormente, contratação a critério de terceiros e contratação paralela e não excludente, a Administração deverá definir, no edital de chamamento, as condições padronizadas de contratação e, também, o valor da contratação, conforme disposto no artigo 79, parágrafo único, inciso III.

Desta forma, uma vez que o próprio órgão ou entidade definirá os valores a serem pagos, o estabelecimento de preços para contratação deverá seguir rigoroso planejamento e pesquisa, evitando, deste modo, distorções entre os valores contratados e os praticados pelo mercado.

A terceira e última hipótese de credenciamento ocorre através da contratação em mercados fluídos, os quais têm como característica as constantes variações de preços e condições de fornecimento.

Apesar de a nova Lei de Licitações não apresentar as circunstâncias em que se dará a contratação nesses mercados, a nosso ver, bens e serviços afetados continuamente por variações cambiais ou pelo preço das commodities podem levar à realização desta hipótese de credenciamento.

Assim, em razão da constante variação de preços e condições dos mercados fluídos, não há possibilidade de determinação de valores no edital de licitação. Não obstante, de acordo com o artigo 79, parágrafo único, inciso IV, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação.

É importante citar que, conforme definido no artigo 74, inciso IV, observados os requisitos para contratação por meio de credenciamento, torna-se inviável a competição, ocorrendo um caso de inexigibilidade de licitação.

Após realizar a abertura do procedimento de credenciamento, a Administração deverá divulgar e manter à disposição, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, possibilitando, desta forma, que novos fornecedores possam ser credenciados, contanto que atendam as condições estipuladas no edital (Art. 79, parágrafo único, I).

Outra característica do credenciamento é a possibilidade de execução do objeto por terceiros, desde que autorizado expressamente pela Administração (Art. 79, parágrafo único, V). Entretanto, uma vez que não houve a definição das situações em que ocorrerá o cometimento a terceiros, a nosso ver, há a necessidade de as circunstâncias estarem dispostas em regulamento posterior.

Por fim, a rescisão contratual, ou, conforme disposto no artigo 79, parágrafo único, inciso VI, a denúncia, poderá ocorrer por iniciativa de qualquer das partes (credenciado ou Administração), desde que observados os prazos constantes do edital.

PRÉ-QUALIFICAÇÃO

A pré-qualificação, prevista anteriormente no artigo 29 da Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), foi definida no artigo 6º, inciso XLIV, da Lei nº 14.133/2021, como sendo o “processo seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, destinado à análise das condições de habilitação, total ou parcial, dos interessados ou do objeto”.

Em síntese, este instrumento visa pré-qualificar licitantes ou bens e serviços para futuras licitações, contribuindo para a eficiência e celeridade dos procedimentos licitatórios da Administração.

Em relação aos licitantes, serão pré-qualificados os que possuírem condições para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos (Art. 80, I). Entretanto, se dentre os documentos necessários à pré-qualificação houver algum que conste do registro cadastral (procedimento tratado no artigo 87), a Administração poderá dispensar a solicitação deste documento (Art. 80, § 1º, I).

Além de pré-qualificar licitantes, os órgãos e entidades poderão realizar a pré-qualificação de bens, com o objetivo de selecionar os que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração (Art. 80, II). Para isso, poderá ser exigida comprovação de qualidade dos bens a serem pré-qualificados (Art. 80, § 1º, II).

Assim como no credenciamento (Art. 79), a pré-qualificação ficará permanentemente aberta para a inscrição de interessados (Art. 80, § 2º), o que poderá favorecer a concorrência, com um maior número de licitantes ou bens pré-qualificados.

Conforme artigo 80, § 3º, inciso II, o edital de pré-qualificação deverá informar as características da futura licitação. Entretanto, a nosso ver, por se tratar de um instrumento auxiliar, a Administração não ficará obrigada à abertura do procedimento licitatório.

Ainda, o edital deverá informar os critérios de julgamento, observando, conforme disposto no artigo 78, § 2º, o mesmo procedimento de julgamento das licitações.

Além disso, a Administração não ficará obrigada a pré-qualificar os interessados em todos os requisitos técnicos ou de habilitação necessários à contratação. Assim, poderá usar de sua discricionariedade para pré-qualificar os requisitos que entenda como mais relevantes e que demandem mais tempo para avaliação.

A pré-qualificação terá, como prazo máximo, validade de 1 (um) ano (Art. 80, § 8º, I). Entretanto, deverá ser observado o prazo de validade dos documentos apresentados pelos interessados. Desta forma, caso ocorra o vencimento de algum documento durante o período estipulado pelo órgão ou entidade, para continuar pré-qualificado, a nosso ver, o interessado deverá apresentar novo documento, com prazo de validade atualizado.

Por fim, o artigo 80, § 10, trouxe a possibilidade de a licitação posterior ao procedimento de pré-qualificação ser restrita aos licitantes ou bens pré-qualificados. Assim, há a necessidade de ampla publicidade na realização deste procedimento auxiliar, de modo a evitar a redução de competidores no processo licitatório.

PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PMI)

O procedimento de manifestação de interesse – PMI, introduzido no artigo 81 da Lei nº 14.133/2021, permite a cooperação privada em questões de relevância pública, através da realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras.

Desta forma, a partir de um edital de chamamento, iniciado pela Administração, o particular apresenta um projeto com alternativas para as necessidades do órgão ou entidade.

Diferentemente do diálogo competitivo (modalidade licitatória disposta no artigo 28, inciso V), o PMI é um procedimento auxiliar anterior à licitação, sendo que esta poderá ocorrer ou não, de acordo com o interesse do órgão ou entidade.

Conforme o artigo 81, §1º, o ressarcimento dos dispêndios correspondentes ao projeto elaborado ficará a cargo do vencedor da licitação, de acordo com o disposto no edital. Entretanto, não há garantias de remuneração na elaboração do PMI, uma vez que não há obrigatoriedade da realização do procedimento licitatório, conforme disposto no artigo 81, § 2º.

Ainda, não gera direito de preferência na licitação ao realizador do projeto/estudo e, uma vez que a remuneração ocorrerá somente pelo vencedor do procedimento licitatório, o Poder Público fica isento do pagamento e ressarcimento de valores aos elaboradores do PMI.

Apesar de diferir do diálogo competitivo, uma vez que neste há uma interação entre a Administração Pública e o particular para obtenção do resultado desejado, enquanto no procedimento de manifestação de interesse o projeto/estudo é apresentado pelo interessado de forma definitiva, a Administração deverá elaborar parecer fundamentado sobre o que foi entregue no PMI, analisando se as necessidades do órgão foram atingidas e se o projeto propicia maior economia e vantagem entre as demais opções disponíveis (Art. 81, § 3º).

Por fim, o PMI possibilita que a participação se restrinja às empresas startups, sendo assim denominados os microempreendedores, microempresas e empresas de pequeno porte, observados certos requisitos determinados no artigo 81, § 4º, da Lei nº 14.133/2021. Desta forma, há uma busca pela consecução dos objetivos do processo licitatório, incentivando a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável (Art. 11, IV).

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

Conforme definido no artigo 6º, inciso XLV, o sistema de registro de preços é o “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.”

Desta forma, o registro de preços permite que a Administração adquira o bem ou serviço, de acordo com sua demanda, evitando a realização de licitações subsequentes para o mesmo objeto.

Entretanto, mesmo possibilitando uma maior economicidade e eficiência nas contratações públicas, devem ser observadas algumas características deste procedimento auxiliar.

Em primeiro lugar, os critérios de julgamento devem ser menor preço ou maior desconto sobre tabela de preços do mercado.

Além disso, há a possibilidade de previsão de preços diferentes para o mesmo objeto no edital de licitação de registro de preços, conforme artigo 82, inciso III: 1 – Quando a entrega ou realização ocorrer em locais diferentes; 2 – Em razão da forma e local de acondicionamento, 3 – Quando for admitida cotação variável em razão da quantidade demandada; 4 – Por outros motivos justificados no processo.

Observa-se que o rol de possibilidades para a previsão de preços diferentes para o mesmo bem ou serviço não é exaustivo, uma vez que há a possibilidade de a Administração apresentar outros motivos justificados no edital de licitação de registro de preços.

Ainda, de acordo com o artigo 82, inciso VII, poderá ocorrer o registro de mais de um fornecedor ou prestador de serviço, desde que ofereçam o objeto no mesmo preço do licitante vencedor. Desta forma, eventuais problemas no fornecimento pelo primeiro classificado poderão ser supridos pelos fornecedores registrados sequencialmente.

A regra adotada pelo sistema de registro de preços será de julgamento de menor preço por item. Entretanto, caso não seja possível realizar a adjudicação para cada item e, desde que indicada a vantagem técnica e econômica, poderá ocorrer o julgamento de menor preço por grupo de itens (Art. 82, § 1º). Neste caso, deverá ser indicado o critério de preços unitários máximos aceitáveis para aquisição.

Outra regra deste procedimento auxiliar será a indicação, no edital de registro de preços, do total a ser adquirido. Não obstante, conforme artigo 82, § 3º, caso seja a primeira licitação para o objeto e não exista registro de demandas anteriores, no caso de alimento perecível ou no caso de serviço integrado ao fornecimento de bens, poderá ser efetuado o registro de preços com indicação das unidades a serem contratadas. Nestas circunstâncias, caso ocorra o registro de preços sem indicação do total a ser adquirido, não será permitida a participação de outro órgão ou entidade na ata.

Conforme disposto no artigo 83, a existência do registro de preços não obriga a Administração a contratar por este sistema, podendo realizar licitação específica, desde que de forma motivada. Não obstante, quando demandado pela Administração, o fornecedor deverá disponibilizar os bens e serviços nas condições estabelecidas na ata.

POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES NÃO PARTICIPANTES (“CARONA”)

Quando da realização do registro de preços, na fase preparatória, o órgão ou entidade deverá realizar um procedimento público de intenção, nos termos de regulamento, para possibilitar a participação de outros órgãos ou entidades na respectiva ata. Este procedimento deverá ser aberto pelo prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis (Art. 86).

Após a adesão dos demais órgãos ou entidades, caso ocorra, será possível realizar a estimativa da quantidade total a ser contratada.

Entretanto, a nova Lei de Licitações possibilitou a adesão de órgãos ou entidades não participantes dos procedimentos iniciais e não integrantes da ata de registro de preços (“carona”). Para isso, de acordo com o artigo 86, § 2º, devem ser observados 3 (três) requisitos: I – Apresentação de justificativas da vantagem da adesão; II – Demonstração de que os valores registrados estão compatíveis com os valores de mercado; III – Consulta prévia e aceitação da adesão pelo órgão ou entidade gerenciadora e pelo fornecedor.

De acordo com o artigo 86, § 3º, há a possibilidade de órgãos e entidades da Administração Pública Federal, Estadual, Distrital e Municipal aderirem como “carona”, quando a ata de registro de preços for gerida por órgão ou entidade gerenciadora federal, estadual ou distrital. Entretanto, não houve previsão legal para a adesão à ata gerenciada por órgão ou entidade municipal.

Não obstante, não podemos indicar a existência de vedação implícita à adesão de ata de registro de preços gerida por órgão ou entidade municipal, uma vez que a própria existência de consórcios públicos intermunicipais, nos quais podem ser encontradas algumas semelhanças com as contratações decorrentes do sistema de registro de preços, está prevista em norma supralegal. Assim, a nosso ver, os casos supervenientes deverão ser analisados de forma concreta.

Entretanto, foi inserida no artigo 86, § 8º, a vedação à adesão de órgãos e entidades da Administração Pública Federal em ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade estadual, distrital ou municipal.

Além das situações indicadas anteriormente, houve o estabelecimento de limites para adesão à ata de registro de preços como “carona”.

Em primeiro lugar, conforme artigo 86, § 4º, cada órgão ou entidade não participante (“carona”) está limitado, para aquisição ou contratação de bens e serviços, em 50% do quantitativo de itens registrados na ata para o órgão gerenciador e demais órgãos participantes.

Posteriormente, no artigo 86, § 5º, há um limite global para aquisição como “carona”, sendo este igual ao dobro da quantidade de cada item registrado na ata de registro de preços.

Assim, há dois limites para entidades e órgãos não participantes:

- I – Para cada entidade ou órgão não participante: 50% do quantitativo de itens registrados na ata de registro de preços;

II – Para todas as entidades ou órgãos não participantes: o dobro do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços.

Esses limites, a nosso ver, buscam evitar que a adesão como “carona” ocorra de forma desordenada, gerando aquisições excessivas de bens e serviços registrados em ata, o que poderia comprometer e descaracterizar o próprio procedimento licitatório.

Não obstante, há duas exceções ao limite global estabelecido no artigo 86, § 5º. A primeira ocorre com a possibilidade de ser exigida a adesão de órgãos ou entidades da Administração Pública Estadual, Municipal ou Distrital à ata gerenciada por órgão ou entidade do Poder Executivo Federal para fins de transferências voluntárias, caso seja destinada à execução descentralizada de programa ou projeto federal e desde que comprovada a compatibilidade dos preços registrados (Art. 86, § 6º).

O segundo caso de exceção ao limite global de aquisição pelos não participantes (“caronas”) está disposto no artigo 86, § 7º, ocorrendo quando houver a adesão à ata de registro de preços gerenciada pelo Ministério da Saúde, desde que relacionada à aquisição emergencial de medicamentos e material de consumo médico-hospitalar.

OUTROS ASPECTOS DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

Além das novidades e alterações indicadas nos parágrafos anteriores, há outros elementos do sistema de registro de preços, dispostos na nova Lei de Licitações, que merecem destaque.

Primeiramente, há a possibilidade de utilização deste procedimento auxiliar para a contratação de obras e serviços de engenharia. Entretanto, conforme previsto no artigo 85, devem ser observados dois requisitos básicos: I – Que exista projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional; II – Que as obras ou serviços contratados sejam uma necessidade constante da Administração.

Em segundo lugar, houve a atualização do prazo de vigência do sistema de registro de preços, o qual será de 1 (um) ano, podendo ser prorrogado por igual período.

REGISTRO CADASTRAL

A nova Lei de Licitações dispôs em seu artigo 87 sobre o registro cadastral, o qual será um sistema unificado disponibilizado no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). Como instrumento auxiliar aos procedimentos licitatórios, este registro unificado deverá ser amplamente divulgado e permanentemente aberto aos interessados (Art. 87, § 1º).

Ainda, deverá ser realizado chamamento público pela internet, com periodicidade no mínimo anual, visando à atualização dos registros existentes e ao ingresso de novos interessados.

De forma discricionária, a Administração poderá realizar licitação restrita a fornecedores cadastrados, conforme artigo 87, § 3º. Entretanto, nesta hipótese, deverá aceitar a participação de fornecedores que realizarem o cadastro durante o prazo previsto no edital para apresentação das propostas.

Após a inscrição no sistema, será considerada a área de atuação do inscrito, havendo a classificação por categorias, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômico-financeira avaliada (Art. 88, § 1º). Ainda, haverá o fornecimento de certificado ao inscrito, o qual será renovado sempre que houver a atualização do registro cadastral.

De acordo com o artigo 88, § 3º, verifica-se, ainda, que o registro cadastral será alimentado com a avaliação dos órgãos e entidades sobre a atuação do contratado, sendo emitido documento comprobatório da avaliação realizada, do qual constarão o desempenho do fornecedor na execução contratual e eventuais penalidades aplicadas.

Esse registro de cumprimento de obrigações, tratado no artigo 88, § 3º, ficará condicionado à implantação e à regulamentação de cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, o qual deverá permitir o registro de forma objetiva, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes com ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral (Art. 88, § 4º).

Nota-se a importância da avaliação tratada nos parágrafos 3º e 4º, uma vez que servirá para atribuição de notas nos julgamentos por melhor técnica ou por técnica e preço (Art. 37, III) e, ainda, como critério de desempate entre duas ou mais propostas (Art. 60, II).

Por fim, ao solicitar o cadastro no sistema, o interessado poderá participar de processo licitatório, enquanto não houver uma decisão da Administração. Entretanto, caso seja o licitante vencedor, o contrato somente poderá ser celebrado após a respectiva emissão do certificado de registro (Art. 88, § 6º).

CAPÍTULO XV

AS NOVAS REGRAS DA LEI Nº 14.133/2021 PARA OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Maira Coutinho Ferreira Giroto

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda parte das novidades trazidas pela Lei nº 14.133/2021 à matéria dos contratos administrativos.

A primeira seção deste artigo trata do conceito de contrato administrativo e das novas regras de formalização, com destaque para a possibilidade de negociação com os licitantes de melhores condições de suas propostas e para a forma eletrônica dos contratos e aditivos. Já a segunda seção trata das novas cláusulas necessárias, dedicando-se em separado à cláusula de matriz de riscos e à cláusula concernente ao modelo de gestão contratual, diferenciando-a do regulamento da atuação de gestores e fiscais de contratos.

A terceira seção tem como tema a publicidade e a transparência, com destaque para o Portal Nacional de Contratações Públicas e para a possibilidade de sigilo de contratos, e a quarta e última seção trata das garantias contratuais e da cláusula de retomada.

A elaboração deste artigo teve como ponto de partida a transcrição, organizada em tópicos, dos dispositivos da nova Lei que abordam essas temáticas. Assim, exceto quando feita referência expressa a outra lei ou fonte bibliográfica, todas as regras apresentadas são da Lei Federal nº 14.133/2021.

O CONTRATO ADMINISTRATIVO NA LEGISLAÇÃO VIGENTE

A Lei nº 8.666/1993 define **contrato** como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

A Lei nº 14.133/2021, que substituirá a Lei nº 8.666/1993 a partir de 1º de abril de 2023, não repete essa definição de contrato, tampouco traz uma nova definição. À medida em que avancem os estudos e a aplicação da nova Lei, muito provavelmente doutrina jurídica e jurisprudência conceberão definições com base nas novas características do contrato administrativo dela extraídas.

Por ora, e considerando somente a admissibilidade da forma eletrônica na celebração de contratos trazida pela nova Lei, pode-se conceituar **contrato** como *todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação e o suporte utilizados*.

Entende-se por **suporte** o lugar físico ou virtual com formato específico que serve de base ou ambiente de fixação do texto⁷². Além do papel e demais suportes físicos, o texto escrito pode ter como suporte o ambiente virtual proporcionado por um *software* ou uma página da Internet, como é o caso da forma eletrônica dos contratos, comentada na seção seguinte deste artigo.

Formalização do contrato e aditivos

Encerrado o certame licitatório, a Administração deve convocar o licitante vencedor para assinar o termo de contrato ou para aceitar ou retirar o instrumento equivalente, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções

72 Marcuschi (2003) apud Bonini (2011).

administrativas elencadas no artigo 156⁷³. A recusa injustificada do adjudicatário em formalizar o ajuste enseja, ainda, a imediata perda da garantia de proposta em favor do órgão ou entidade licitante.

A Lei faculta à Administração, quando o convocado não assina o termo de contrato (ou não aceita ou não retira o instrumento equivalente), convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições propostas pelo licitante vencedor.

Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nas condições da proposta vencedora, a Administração, observados o valor estimado e sua eventual atualização nos termos do edital, poderá convocar os licitantes remanescentes para **negociação**, na ordem de classificação, com vistas à obtenção de preço melhor, mesmo que acima do preço do adjudicatário.

Quando frustrada a negociação de melhor condição, a Lei faculta, ainda, à Administração adjudicar e celebrar o contrato nas condições ofertadas pelos licitantes remanescentes, atendida a ordem classificatória.

O termo de contrato somente pode ser substituído por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço nos casos de dispensa de licitação em razão de valor e de 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.

É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

73 Nos termos do artigo 155, inciso VI, c.c. o artigo 156, inciso III e parágrafos 4º e 7º, aplica-se a sanção de impedimento de licitar ou contratar ao licitante que não celebrar o contrato quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, podendo ser cumulada com multa.

A nova Lei admite a forma eletrônica na celebração de contratos e de termos aditivos, atendidas as exigências previstas em **regulamento**. É necessário que exista um regulamento previamente à utilização da forma eletrônica de contratos e aditivos, estabelecendo as ferramentas de tecnologia que serão utilizadas, a forma de assinatura eletrônica, entre outras condições.

O regulamento deverá ser elaborado em consonância com a Lei Federal nº 14.063/2020, que estabelece regras e procedimentos sobre o uso de assinaturas eletrônicas no âmbito da interação entre pessoas naturais ou pessoas jurídicas de direito privado e órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional dos Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos dos entes federativos.

CLÁUSULAS NECESSÁRIAS

A Lei nº 14.133/2021 acrescentou algumas cláusulas necessárias em todo contrato ao rol da Lei nº 8.666/1993, das quais destacamos as que devem estabelecer:

- » *Os critérios e a periodicidade da medição (quando for o caso) e o prazo para liquidação e para pagamento.*

Embora seja há muito tempo comum que os contratos prevejam os prazos e a periodicidade de medição, os itens e indicadores a serem medidos, bem como os prazos de pagamento (contados da data da medição), essa exigência expressa evita que sejam formalizados contratos com omissões acerca dessas fases de verificação da execução e pagamento dos valores devidos ao contratado.

Prazos claramente estipulados ajudam a evitar, por exemplo, atrasos nos pagamentos ao contratado, na liberação de etapas seguintes de obras e serviços, na formalização de aditamentos, pois cada setor da Administração e cada agente público conhece previamente o prazo que deve observar na realização de suas atividades específicas para a regular tramitação dos atos do processo administrativo.

- » *Prazos para resposta (quando for o caso): ao pedido de repactuação de preços e ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro.*

Nos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços será preferencialmente de um mês, contado da apresentação da demonstração analítica da variação dos custos e dos documentos que a fundamentam.

- » *A matriz de risco, quando for o caso.*

A matriz de risco consiste em 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 (artigo 6º, inciso XXVII), e deve ser observada na solução de eventuais pleitos das partes. É obrigatória nas contratações de obras e serviços de grande vulto ou quando são adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada.

- » *As garantias oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento.*

Essa cláusula se refere à garantia adicional como condição para o pagamento antecipado, que pode ser exigida pela Administração. A possibilidade de antecipação de pagamento está prevista nos parágrafos 1º a 3º do artigo 145 da nova Lei.

- » *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.*

Em se tratando de obra, a garantia técnica tem prazo mínimo de cinco anos, admitida a previsão de prazo de garantia superior no edital e no contrato.

- » *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.*

São exemplos de reserva legal de cargos: a Lei Federal nº 8.213/1991, que exige que empresas com cem ou mais empregados preencha de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados da Previdência Social ou pessoas portadoras de deficiência; e o Decreto-Lei nº 5.452/1943, que exige que os estabelecimentos de qualquer natureza empreguem e matriculem nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a 5%, no mínimo, e 15%, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional.

» *O modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento.*

O modelo de gestão do contrato consiste na descrição de como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade e é parte integrante do termo de referência da licitação para contratação de bens e serviços. Já o regulamento tem caráter geral, ou seja, aplica-se a todas as modalidades de contratações, e deve estabelecer as regras relativas à atuação de fiscais e gestores de contratos no desempenho de suas funções.

Alocação de riscos

O contrato pode identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, indicando aqueles a serem assumidos pelo contratante ou pelo contratado ou aqueles a serem compartilhados, devendo ser observados: em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo; a alocação preferencialmente ao contratado dos riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras.

A alocação dos riscos contratuais deve ser quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.

O artigo 103, § 5º, da nova Lei estabelece que:

§ 5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124 desta Lei;

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

As hipóteses mencionadas no inciso I consistem na modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos objetivos da Administração e na modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto.

A nova Lei prevê ainda que, na alocação de riscos, poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas. Pode ser utilizada, por exemplo, a NBR ISO 31000:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas, que fornece diretrizes para gerenciar riscos enfrentados pelas organizações, cuja aplicação pode ser personalizada para qualquer organização e seu contexto⁷⁴.

Modelo de gestão do contrato

De acordo com o inciso XXIII do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021, o termo de referência é o documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter, entre outros parâmetros e elementos descritivos, o **modelo de**

74 Disponível em: <https://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=392334>. Acesso em 10/09/2021.

gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade (alínea “f” do mesmo dispositivo).

Nas contratações de **serviços**, o modelo de gestão contratual pode prever, por exemplo:

- » um instrumento de medição ou outro documento que contenha indicadores para aferição da quantidade e qualidade da prestação dos serviços;
- » a possibilidade de o gestor/fiscal acatar justificativa do contratado para a prestação do serviço com menor nível de conformidade (situações excepcionais, resultantes exclusivamente de fatores imprevisíveis e alheios ao controle do prestador);
- » os prazos para o contratado corrigir faltas, falhas e irregularidades constatadas pelo gestor ou fiscal;
- » os procedimentos de verificação da utilização dos Equipamentos de Proteção Individual pelos empregados do contratado;
- » os procedimentos de verificação do cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias pelo contratado;
- » o prazo para que o contratado regularize suas obrigações acessórias, quando não identificada má-fé ou incapacidade da empresa de corrigir;
- » em caso de indício de irregularidade no recolhimento das contribuições previdenciárias ou para o FGTS, o encaminhamento de ofício à Receita Federal ou Ministério do Trabalho, respectivamente.

Quanto às obrigações acessórias, a nova Lei exige que, antes de formalizar ou prorrogar o prazo de vigência do contrato, a Administração verifique a regularidade fiscal do contratado, consulte o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e

Suspensas (Ceis) e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep)⁷⁵, emita as certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas, juntando-as ao respectivo processo.

Nas contratações de **bens**, o modelo de gestão contratual pode prever, por exemplo:

- » conforme os procedimentos adotados nos setores de Almoarifado, Compras, Secretaria ou outro setor responsável pelo recebimento dos bens adquiridos, os trâmites que o contratado deverá seguir para realizar a entrega;
- » a duração e conteúdo do treinamento dos funcionários da Administração que irão operar o equipamento, utilizar o material ou manipular os alimentos/medicamentos;
- » a periodicidade e procedimentos de verificação da conformidade do equipamento, material, alimento ou medicamento;
- » os procedimentos de verificação da adequação dos materiais às especificações quanto ao tipo, qualidade, desempenho, inclusive, quando necessário, mediante testes de laboratório;
- » os ensaios e testes de qualidade que podem ser solicitados pelo fiscal (que correm por conta do contratado);
- » o prazo para que o contratado corrija as inconformidades detectadas pelo gestor/fiscal, ou substitua o bem fornecido;
- » o prazo para atendimento e para solução de falhas técnicas (assistência técnica, manutenção).

De acordo com o inciso XXV do art. 6º da Lei nº 14.133/2021, o projeto básico

75 URL: <https://ceiscadastro.cgu.gov.br/index.aspx?ReturnUrl=%2f>. Acesso em 16/09/2021.

consiste no conjunto de elementos que definem e dimensionam a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, devendo conter, entre outros elementos, subsídios para 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.

Nesses casos, o plano de gestão da obra e as normas de fiscalização podem prever, por exemplo:

- » a periodicidade das visitas à obra necessárias para o acompanhamento de todas as etapas da execução dos serviços de maior relevância;
- » os procedimentos de verificação da adequação dos materiais às especificações quanto ao tipo, qualidade, desempenho, inclusive, quando necessário, mediante testes laboratoriais;
- » o prazo para o fiscal realizar as medições ou analisar as realizadas pelo contratado, corrigir, se for o caso, os quantitativos dos materiais e serviços empregados e os respectivos valores, e atestar a correção e exatidão dos serviços executados e valores monetários a pagar;
- » a periodicidade de verificação do Livro de Ordem;
- » os ensaios geotécnicos e testes de qualidade que podem ser solicitados pelo fiscal (que correm por conta do contratado);
- » os procedimentos de verificação das condições de organização, segurança dos trabalhadores e de terceiros (conforme norma ABNT);
- » o prazo para o contratado refazer, por solicitação do fiscal, qualquer serviço que não esteja em conformidade com projeto, norma técnica ou norma oficial aplicável;
- » o prazo para o contratado substituir materiais e equipamentos considerados pelo fiscal defeituosos, inadequados ou inaplicáveis aos serviços e obras.

Regulamento da gestão e fiscalização de contratos

O regulamento relativo à atuação de fiscais e gestores de contratos, além da previsão de que poderão contar com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho de suas funções, pode estabelecer, por exemplo:

- » se a gestão contratual será exercida por servidor único, equipe, setores ou órgãos da Administração, definindo as atribuições de cada um;
- » os canais e modalidades de comunicação escrita entre gestor, fiscal e preposto do contratado, e entre o gestor e seus superiores (em formato eletrônico ou impresso pré-estabelecido);
- » a realização de reuniões entre gestor, fiscal e preposto para análise e discussão sobre o andamento da execução do objeto, esclarecimentos e providências necessárias;
- » os procedimentos de obtenção de feedback do público usuário sobre os serviços, bens e obras contratados, tais como pesquisas de satisfação e registro de sugestões, reclamações e elogios in loco, por telefone e pela Internet;
- » o procedimento de avaliação dos serviços, bens e obras pelos servidores públicos, através de reuniões, pesquisas de satisfação e comunicações internas;
- » os procedimentos de verificação da manutenção das condições de habilitação pelo contratado.

PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA DOS CONTRATOS

A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos. O PNCP está

disponível na Internet no endereço <https://pncp.gov.br/>⁷⁶, e o Decreto Federal nº 10.764 de 9 de agosto de 2021 dispõe sobre o Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, de que trata o § 1º do artigo 174 da Lei nº 14.133/2021.

O § 1º do artigo 94 da nova Lei prevê que os contratos celebrados em caso de urgência têm eficácia a partir de sua assinatura, devendo ser publicados nos mesmos prazos estabelecidos para a divulgação no PNCP, sob pena de nulidade. Ao adotar o termo *publicados*, o dispositivo não deixa claro se faz referência à divulgação no PNCP, que é a regra geral, ou se faz referência à publicação na imprensa oficial ou a outros meios de publicação.

Na contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade, a divulgação no PNCP 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.

No caso de obras, o § 3º do artigo 94 determina que a Administração divulgue em *sítio eletrônico oficial*, em até vinte e cinco dias úteis após a assinatura do contrato, os quantitativos e os preços unitários e totais que contratar e, em até quarenta e cinco dias úteis após a conclusão do contrato, os quantitativos executados e os preços praticados.

Por fim, a nova Lei de Licitações admite a manutenção em sigilo de contratos e de termos aditivos quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos da legislação que regula o acesso à informação, ou seja, nos termos da Lei Federal nº 12.527/2011 que, por sua vez, exige que os órgãos e entidades regulamentem os procedimentos e medidas a serem adotados para o tratamento de informação sigilosa.

GARANTIA CONTRATUAL E CLÁUSULA DE RETOMADA

A critério da autoridade competente, pode ser exigida garantia no contrato administrativo de até cinco por cento de seu valor inicial, autorizada a majoração

76 Acesso em 12/09/2021.

desse percentual para até dez por cento, desde que justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos.

Quando o objeto consistir em serviços e fornecimentos contínuos com vigência superior a um ano, assim como nas subseqüentes prorrogações, os citados percentuais devem ser aplicados sobre o valor anual do contrato.

A extinção do contrato determinada por ato unilateral da Administração pode acarretar **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.

Nas contratações de obras e serviços de engenharia de **grande vulto**, pode ser exigida a prestação de garantia na modalidade seguro-garantia com cláusula de retomada, em percentual equivalente a até trinta por cento do valor inicial do contrato. A **cláusula de retomada** obriga a seguradora a, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato.

Nessa hipótese, a seguradora deve firmar o contrato (e seus aditivos) como interveniente anuente e poderá: ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal; acompanhar a execução do contrato principal; ter acesso à auditoria técnica e contábil; requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento.

No caso de inadimplemento do contratado, a seguradora poderá pagar a integralidade da importância segurada indicada na apólice, eximindo-se de assumir a execução do contrato, ou executar e concluir o objeto do contrato, isentando-se da obrigação de pagar aquela importância. Neste último caso, a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente, e a emissão de empenho em nome da seguradora, ou do subcontratado, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal.

Os dispositivos que tratam da cláusula de retomada não fazem menção expressa à incidência ao subcontratado da seguradora das regras concernentes à subcontratação contidas nos parágrafos 1º a 3º do artigo 122 da nova Lei, porém, pode-se entender que elas se lhe impõem à luz dos princípios da impessoalidade, da razoabilidade e da eficiência.

O § 1º exige que o contratado apresente documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, que será avaliada pela Administração, e o § 2º autoriza que regulamento ou o edital imponham vedações, restrições ou condições para a subcontratação.

O § 3º, por sua vez, veda 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.

CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi contribuir tanto para o entendimento das novas regras e, assim, para a construção da teoria sobre a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, quanto para os primeiros esforços para viabilizar sua aplicação pela Administração Pública, visto que muitas das novidades dependem da correlação com outras normas existentes e da elaboração de normas próprias pelos entes contratantes.

Embora as informações apresentadas nas seções deste artigo não esgotem qualquer dos temas abordados, apresentam um panorama do que a nova Lei autoriza e ao mesmo tempo exige do gestor público para a correta e proveitosa aplicação de suas inovações, ao mesmo tempo em que evidenciam lacunas no texto legal, que serão preenchidas à medida que as contratações sejam realizadas, fiscalizadas e estudadas sob as novas regras.

REFERÊNCIAS

BONINI, Adair. Mídia/suporte e hipergênero: os gêneros textuais e suas relações. *Revista Brasileira de Linguística Aplicada*, Belo Horizonte, v. 11, n. 3, p. 679-704, 2011.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017. Publicada no Diário Oficial da União em 26/05/2017. Edição n. 100. Seção n. 1. Página 90.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Manual técnico de fiscalização obras públicas e serviços de engenharia. São Paulo, 2005. 65 p.

CAPÍTULO XVI

A DURAÇÃO DOS CONTRATOS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Leonardo Cepellos Monticelli

INTRODUÇÃO

As regras atinentes à duração dos contratos foram disciplinadas pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no *Capítulo V – Da Duração dos Contratos do Título III – Dos Contratos Administrativos*. Trata-se de dez artigos contemplando a temática, em evidente ampliação da disciplina anteriormente conferida pela Lei nº 8.666/1993, que dedicou ao assunto somente o seu artigo 57. Observam-se, assim, considerável ampliação da atenção e avanço nos níveis de detalhamento conferidos pelo legislador à vigência dos contratos públicos.

Os objetivos deste artigo são apresentar ao leitor uma visão sistematizada das novas regras relativas à duração contratual dispostas na nova Lei de Licitações, compará-las com a disciplina da Lei nº 8.666/1993 e, finalmente, oferecer breves e objetivas reflexões sobre a temática, buscando fornecer aos gestores públicos elementos que os auxiliem no planejamento das contratações e na definição da duração dos ajustes.

AS DISPOSIÇÕES DA LEI Nº 8.666/1993

A fim de melhor contextualizar as mudanças trazidas pela nova Lei, é fundamental abordar como se dava a disciplina do assunto no citado artigo 57 da Lei nº 8.666/1993.

De acordo com o *caput* do artigo, a duração dos contratos fica adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários. “A regra objetiva, sobretudo, compelir a Administração a retornar periodicamente ao mercado, por meio de certames públicos, com vistas a aferir a possibilidade de obtenção de condições mais vantajosas” (Advocacia-Geral da União, 2014, p. 351).

Todavia, a regra geral de vigência acima relatada comporta exceções listadas nos incisos do *caput* do próprio artigo 57 da Lei nº 8.666/1993, situações em que a Administração Pública pode firmar contratos com prazo de duração superior à vigência dos créditos orçamentários, notadamente aqueles ajustes cujo objeto se relacione:

a) aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no PPA, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório (inciso I);

b) à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a 60 meses (excepcionalmente prorrogável por mais 12 meses, se justificado e autorizado) (inciso II e § 4º);

c) ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 meses após o início da vigência do contrato (inciso IV);

d) às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 meses, caso haja interesse da administração (inciso V).

Trata-se, como se pode observar, de hipóteses que condizem com a contratação plurianual, sendo permitido ao gestor ultrapassar a vigência dos créditos orçamentários, mas apenas nesses casos.

Outra regra fundamental tratada no artigo 57 da Lei nº 8.666/1993 é aquela trazida em seu § 3º, a qual proíbe expressamente a celebração de contratos com prazo de vigência indeterminado por parte do gestor público.

Portanto, a regra geral de duração dos contratos é limitada à vigência dos créditos orçamentários, estes com vida de 12 meses, expirando em 31 de dezembro, conforme as normas do direito financeiro⁷⁷, salvo nas situações previstas nos incisos do artigo 57, em que se poderão celebrar contratações com prazo de duração estendido, mas nunca indeterminado.

Apresentadas as disposições da Lei nº 8.666/1993 acerca da temática da duração dos contratos, passemos às regras trazidas pela nova Lei de Licitações, estas em maior número e consideravelmente mais detalhadas.

A DURAÇÃO CONTRATUAL NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

O novo Diploma das Licitações tratou do assunto em seus artigos 105 a 114, iniciando as disposições com a regra geral de que os contratos terão a sua duração prevista em edital, podendo este prazo ser superior a um exercício financeiro, desde que haja previsão no PPA e que o contratante verifique a disponibilidade de créditos orçamentários tanto no momento da contratação como no início de cada exercício.

Ou seja, em primeiro lugar, a vigência dos contratos deverá estar descrita no edital do certame, prática já adotada pelos órgãos públicos, mas que passou a constar expressamente da nova Lei. Em segundo lugar, exige-se que as

77 FERNANDES (1994, p. 51).

contratações com prazo superior a um exercício financeiro estejam previstas no PPA e que seja observada a disponibilidade dos créditos orçamentários no ato da contratação e no início de cada exercício.

Conforme melhor detalhado a seguir, a Lei nº 14.133/2021 permite que determinados contratos com objetos específicos sejam celebrados com prazo de vigência superior a um exercício financeiro, como é o caso de serviços e fornecimentos contínuos, contratos de escopo predefinido, contratos de eficiência, dentre outros. Nessas situações, portanto, deve o gestor público verificar (i) a previsão no PPA e (ii) a disponibilidade de créditos orçamentários no início do ajuste e a cada exercício.

Haja vista a listagem taxativa de tais hipóteses na Lei, concluímos que permanece a regra geral de que a duração contratual limita-se à vigência dos respectivos créditos orçamentários, ou seja, 12 meses, mas com exceções previamente estabelecidas.

Além disso, a nova Lei passou a permitir a celebração de contratos por prazo indeterminado, diferentemente da Lei nº 8.666/1993, que vedava tal prática. A vigência indeterminada, descrita no artigo 109, está restrita aos contratos em que a Administração Pública seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio, ou seja, aqueles em que o objeto é fornecido por um único prestador, os quais, portanto, apresentam inviabilidade momentânea de competição, sendo razoável admitir a contratação sem prazo previamente fixado.

Entendemos, todavia, que o prazo indeterminado de vigência só poderá perdurar enquanto o monopólio na prestação do serviço público também persistir. Em outras palavras, havendo a quebra do regime de monopólio, restitui-se, *a priori*, uma situação de competitividade, sendo recomendável avaliar com cautela as possibilidades de nova contratação, mais vantajosa à Administração e com prazo determinado de duração.

Outra regra geral da nova Lei diz respeito à previsão de que os prazos contratuais nela previstos não excluem ou revogam os prazos contratuais previstos em lei especial, conforme o seu artigo 112. Isso porque a Lei nº 14.133/2021, como previsto

em seu artigo 1º, *caput*, estabelece normas gerais de licitações e contratações para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nesse sentido, seguindo o critério jurídico da especialidade, havendo normas especiais prevendo prazos de duração para determinadas contratações administrativas, os prazos previstos na nova Lei de Licitações não possuem o condão de os excluir ou revogar, permanecendo aqueles vigentes e de obrigatoria observância, como, a título de exemplo, é o caso da duração máxima dos contratos celebrados sob a égide da Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004)⁷⁸.

Esgotadas as regras básicas acerca da duração dos contratos públicos, passemos à análise dos objetos cuja contratação poderá ser realizada com prazo específico de vigência.

CASOS ESPECIAIS DE VIGÊNCIA CONTRATUAL

Primeiramente, é importante informar que determinadas modalidades contratuais contempladas com prazos de vigência estendidos possuem suas definições previstas em incisos do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021. Isso ocorre no caso dos serviços e fornecimentos contínuos (inciso XV), contratos de eficiência (inciso LIII), serviços não contínuos ou contratados por escopo (inciso XVII) e fornecimento e prestação de serviço associado (inciso XXXIV).

Referidas definições são de fundamental observância pela Administração, haja vista que, caso o objeto a ser contratado não esteja em conformidade com os conceitos trazidos pelo próprio legislador, não se poderia admitir estar diante de um dos casos excepcionalmente admitidos como passíveis de contratação plurianual.

78 Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

A primeira hipótese abordada pelo legislador é a contida no artigo 106, acerca dos serviços e fornecimentos contínuos⁷⁹. Tais contratações, assim como de aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática (artigo 106, § 2º), estão listadas como passíveis de terem sua vigência pelo prazo de até cinco anos.

Nessas situações, deverá o contratante **atestar** a maior vantagem econômica na realização da contratação plurianual, bem como a existência de créditos orçamentários suficientes. Aludidas verificações deverão ser executadas não apenas no início da contratação, mas no início de cada exercício financeiro.

Caso a Administração perceba a ausência de vantagem econômica na contratação ou a indisponibilidade de créditos orçamentários, poderá extinguir unilateralmente o contrato sem qualquer ônus. A extinção contratual ocorrerá na data de aniversário do ajuste, devendo a Administração comunicar o fato ao contratado em prazo não inferior a dois meses, contados da referida data.

Finalmente, o prazo máximo de vigência de cinco anos poderá ser prorrogado sucessivamente até o limite de dez anos, permissão esta exclusivamente aplicável aos casos dos serviços e fornecimentos contínuos.

Nessa hipótese, a lei exige expressa previsão no edital e a Administração deverá atestar que as condições e os preços permanecem vantajosos, sendo permitida eventual renegociação do ajuste ou a sua extinção sem ônus.

Note-se que o legislador tratou dos contratos de aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática apenas no § 2º do artigo 106 (“§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática”). Ao inserir a previsão da prorrogação dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos em artigo separado (artigo 107), acabou

79 Art. 6º (...)

XV - serviços e fornecimentos contínuos: serviços contratados e compras realizadas pela Administração Pública para a manutenção da atividade administrativa, decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas;

não estendendo, ao menos do ponto de vista literal, a mesma possibilidade aos contratos de aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática, restando a esses o prazo de vigência máximo de cinco anos, sem prorrogação.

A nova Lei também estabeleceu prazo de vigência diferenciado, em seu artigo 108, para determinadas contratações realizadas mediante dispensa de licitação. Em tais hipóteses, a Administração poderá celebrar ajustes com prazo de vigência de até dez anos. São elas⁸⁰:

Artigo 75, IV, “f” e “g”: Contratação que tenha por objeto:

- bens ou serviços produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional;

- 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;

Artigo 75, V: Contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos artigos 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 (inovação e pesquisa científica e tecnológica);

80 Cumpre-nos destacar que apenas com o advento da Nova Lei de Licitações é que as situações descritas nos incisos XII e XVI do artigo 75 passaram a ser passíveis de contratação por até dez anos. As hipóteses dos incisos IV, “f” e “g”, V e VI já eram previstas no artigo 57 da Lei nº 8.666/1993.

Artigo 75, VI: 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;

Artigo 75, XII: 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;

Artigo 75, XVI: 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.

Os contratos que geram receita e os contratos de eficiência ⁸¹ também foram inseridos no rol de acordos com prazo de vigência diferenciado, especificamente no artigo 110.

Estes poderão ter vigência máxima de até dez anos, nas hipóteses em que não houver investimento por parte do contratado, e 35 anos, nos casos em que houver. O investimento privado é definido pela própria norma como a elaboração de benfeitorias permanentes, exclusivamente realizadas a expensas do contratado, revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato.

À contratação por escopo predefinido⁸², por sua vez, contida no artigo 111, não foi previsto um prazo máximo de vigência, mas conferida a possibilidade de prorrogações automáticas por parte dos contratantes até que o objeto seja concluído, bastando que a Administração justifique as razões pelas quais a postergação do final da vigência se faz necessária.

Entretanto, a possibilidade de estender o prazo contratual não exclui a obrigatoriedade de a Administração avaliar se o atraso na entrega decorreu ou não de culpa do contratado. Confirmada a culpa, deverá este ser constituído em mora, sendo aplicáveis as respectivas sanções administrativas previstas nos artigos 156 e 162, podendo o ente público, ainda, se julgar conveniente, extinguir o contrato e adotar medidas para a continuidade da execução contratual.

81 Art. 6º (...)

LIII - contrato de eficiência: 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;

82 Art. 6º (...)

XVII - serviços não contínuos ou contratados por escopo: aqueles que impõem ao contratado o dever de realizar a prestação de um serviço específico em período predeterminado, podendo ser prorrogado, desde que justificadamente, pelo prazo necessário à conclusão do objeto;

Avançando nas hipóteses de vigência contratual estendida, o artigo 113 trata do regime de fornecimento e prestação de serviço associado⁸³. Nessa situação, o legislador estabeleceu como duração máxima a somatória do prazo de fornecimento inicial ou entrega da obra e o prazo do serviço de operação e manutenção, este último limitado a cinco anos, prorrogáveis até dez anos. Seria algo como a união entre o contrato de escopo do artigo 111 e o contrato de serviço contínuo previsto no artigo 106.

O último caso é o do artigo 114, o qual trata da contratação de operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação (TI)⁸⁴. Para tais situações, os ajustes poderão ser celebrados por até 15 anos.

Vale destacar que os sistemas estruturantes não se confundem com os sistemas estruturadores. A Administração Pública Federal distingue as duas espécies de sistemas, classificando os estruturadores como mecanismos de suporte/auxiliares às atividades desempenhadas pelos órgãos setoriais, sob a coordenação e supervisão de um órgão central. Parte dos processos executados nesses sistemas está centralizada em sistemas de informação (sistemas estruturantes) – ou seja, em plataformas tecnológicas (softwares)⁸⁵.

Os sistemas estruturadores, portanto, seriam mecanismos de organização por temas da Administração Pública (ex. administração de pessoal, contabilidade,

83 Art. 6º (...)

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

84 A Lei nº 14.133/2021 não trouxe uma definição para "sistemas estruturantes de tecnologia da informação". Vale, então, registrar que o Decreto nº 10.540/2020, que dispõe sobre o padrão mínimo de qualidade do Sistema Único e Integrado de Execução Orçamentária, Administração Financeira e Controle (SIAFIC), do Governo Federal, conceitua o termo, para os fins a que se destina, em seu artigo 2º, inciso XIX: Art. 2º Para fins deste Decreto Federal, entende-se por:

XIX - sistema estruturante - sistema com suporte de tecnologia da informação fundamental e imprescindível para o planejamento, a coordenação, a execução, a descentralização, a delegação de competência, o controle ou a auditoria das ações do Estado, além de outras atividades auxiliares, comum a dois ou mais órgãos da administração pública e que necessite de coordenação central;

85 Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/sistemas-estruturadores>. Acesso em: 21/09/2021

auditoria, execução orçamentária), enquanto os sistemas estruturantes, por sua vez, são a forma tecnológica que dá suporte ao funcionamento de tais sistemas estruturadores⁸⁶.

Essa distinção é fundamental para que o gestor público não incorra em erro ao firmar contratos de longo prazo com fornecedores de soluções tecnológicas não condizentes com a definição de sistema estruturante de TI.

Confira-se abaixo um quadro resumindo todas as espécies de contratos previstos na Lei nº 14.133/2021 que poderão ter prazos de vigência estendidos:

ESPÉCIE DE CONTRATO	VIGÊNCIA
Serviços e fornecimentos contínuos, aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática	Até 5 anos. Obs. Contratos de serviços e fornecimentos contínuos podem ser prorrogados até 10 anos
Casos específicos de dispensa de licitação (artigo 75, IV, “f” e “g”, V, VI, XII e XVI)	Até 10 anos
Receita ou eficiência	Sem investimento privado: até 10 anos Com investimento privado: até 35 anos
Escopo predefinido	Prorrogação automática até a entrega do objeto
Fornecimento e prestação de serviço associado	Soma do prazo de fornecimento do objeto/obra e do serviço de operação e manutenção (este último por até 5 anos, prorrogáveis até 10 anos)
Operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação	Até 15 anos
Serviço público oferecido em regime de monopólio	Indeterminado

Fonte: Elaborado pelo autor

86 Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-antigas/noticias-2015/voce-sabe-o-que-sao-sistemas-estruturantes>. Acesso em: 21/09/2021.

REFLEXÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizada a apresentação da antiga e da nova disciplina da vigência dos contratos administrativos, presentes nas Leis nº 8.666/1993 e 14.133/2021, cabe-nos trazer ao leitor breves e objetivas reflexões sobre a temática, buscando oferecer aos gestores públicos elementos para melhor planejarem e definirem a duração de suas contratações.

Em primeiro lugar, ambas as normas não determinam à Administração a celebração de ajustes com prazos de vigência já estabelecidos. O que as normas propõem são os prazos máximos de duração dos acordos, objetivando sempre permitir ao gestor a maximização dos benefícios da relação com seus contratados (benefícios econômicos, sociais, ambientais, etc.).

Ou seja, caso o administrador público entenda que determinada aquisição de produto ou serviço se destina a atender necessidade imediata e não contínua ou cujos preços encontram-se acima do usualmente praticado, a prudência recomenda contratações nas quantidades essenciais e com prazos de vigência reduzidos. Por outro lado, situações nas quais se verifique que, após detalhados estudos e planejamentos, os benefícios serão melhor aproveitados em contratações de médio ou longo prazo, poderá o gestor celebrar ajustes com vigência estendida, desde que não ultrapassados os limites máximos para cada tipo de objeto contratado.

Até porque as contratações de longo e médio prazo, nestas incluídas as que acabam sendo objeto de sucessivas prorrogações, ensejam a não realização de novos procedimentos licitatórios, inviabilizando a Administração de assegurar a manutenção das vantagens em determinados pactos e de obter os melhores produtos, soluções e serviços disponíveis no mercado.

Nesse ponto, o planejamento das contratações se revela um valioso instrumento ao administrador, pois caberá a ele dosar os melhores prazos de contratação com os particulares em cada demanda pública. Nesse planejamento, todas as variáveis devem ser alocadas, como a necessidade real da contratação, a forma como se dá a oferta dos itens ou serviços na localidade ou região, os preços efetivamente

praticados – e não somente cotados –, o porte dos potenciais prestadores e fornecedores, dentre outras.

Referido mapeamento é de grande importância para mitigar uma série de eventos indesejáveis no cotidiano das compras públicas, como contratações emergenciais sem procedimento licitatório, compras de bens e serviços em valores acima do praticado no mercado ou a celebração de contratos desvantajosos e com prazo demasiadamente estendido, minando eficiência administrativa e o orçamento público, além de, principalmente, comprometer o atendimento às demandas da sociedade.

Como foi possível constatar no capítulo anterior, a nova Lei de Licitações apresentou prazos maiores de duração dos contratos administrativos, ofertando aos gestores a possibilidade de comprometer a Administração com pactos mais longevos, a depender do objeto lançado à praça. A título de exemplo, podemos citar as operações continuadas de sistemas estruturantes de TI, cujo prazo de duração permitido pela nova Lei é de 15 anos.

No atual cenário de grandes e acelerados avanços tecnológicos, a possibilidade acima pode se revelar atraente a uma série de órgãos públicos que desejam digitalizar seus procedimentos, reduzir seus arquivos físicos, oferecer soluções eletrônicas aos cidadãos, automatizar tarefas burocráticas e afins.

Entretanto, caberá sempre ao gestor avaliar até que ponto esse tipo de contratação deve ser realizado em prazo tão elevado, perguntando-se, por exemplo, se o prestador é confiável, se possui experiência e porte, se a tecnologia é inovadora, qual seria a quantidade de competidores no mercado, e até qual nível de dependência tecnológica será assumido pelo órgão público perante o prestador. Tais questões são de suma importância para analisar as reais vantagens e desvantagens em celebrar contratações de longo prazo, preservando o interesse público sem comprometer exageradamente a dependência dos entes e seus respectivos orçamentos.

Encontrar o prazo ideal de contratação de operações continuadas em sistemas estruturantes de TI, em que as vantagens de diversas ordens superem as desvantagens, é a chave para resguardar a Administração e demonstrar a

busca pela excelência na gestão pública. Essa tarefa se torna viável somente com a elaboração de um planejamento detalhado, utilizando-se de todas as ferramentas disponíveis e consultando especialistas em cada segmento.

Isso também se aplica a praticamente todas as demais contratações dos órgãos públicos, na medida em que, salvo situações excepcionais e urgentes, há plenas condições de se executarem estudos prévios para conduzir as aquisições de serviços, bens ou obras. Compete aos gestores organizarem os setores de compras públicas como reais estruturas de Estado, viabilizando o planejamento e os estudos prévios às aquisições governamentais a fim de, ao final, serem eles próprios instruídos com todas as informações necessárias à tomada de decisões inerentes ao exercício de cargos com poder decisório sobre os dispêndios públicos.

O artigo 7º da nova Lei trata exatamente dos agentes públicos que exercem as atividades essenciais às contratações públicas, dentre elas o planejamento e a execução da fase interna da licitação. Tais servidores devem possuir atribuições relacionadas a licitações e contratos, formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo. Nota-se uma grande preocupação do legislador em exigir a evolução técnica daqueles que lidam com as compras públicas, justamente em razão da importância de estruturar os órgãos no exercício desta atividade pública permanente.

Isso porque tanto a estrutura administrativa estatal quanto as demandas da sociedade não são temporárias, enquanto o exercício dos mandatos e dos cargos públicos pelos governantes é, não sendo razoável que o interesse público seja atingido pelas alternâncias de poder decorrentes dos processos eleitorais e das indicações a cargos comissionados.

Nessa toada, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem emanado diversas decisões afastando argumentos dos gestores no sentido da ausência de tempo hábil para a tomada de suas decisões, como se verifica em trecho do seguinte julgado:

É possível que ocorra alguma circunstância específica, atrelada ao início do mandato, ensejando a contratação direta, mas essa

situação deve ser demonstrada para confirmar a hipótese de dispensa nesses termos.

Diferente disso, com as razões do Recorrente não há como sustentar a contratação direta, relacionada a serviço público de prestação obrigatória pelo Estado e submetido ao princípio da continuidade, não podendo, por isso, ser prejudicado pelas trocas democráticas nos mandatos políticos com as quais periodicamente convive a Administração Pública.

Cumpre ao Município, pessoa jurídica que não se confunde com o Chefe do Poder Executivo, a consecução das atividades necessárias para a disponibilidade dos serviços, não se vislumbrando no cenário narrado pelo Recorrente circunstância que invoque a excepcionalidade da dispensa de licitação utilizada. (grifos nossos)

(TC-023661/026/06, Tribunal Pleno, Relator Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, Publicado em 28/03/2019)

As valiosas contribuições do referido julgado caminham no sentido da desejada distinção entre as atividades de Estado e aquelas de Governo, pois as atividades estatais são contínuas e as demandas da sociedade não podem aguardar.

Logo, a organização e o planejamento administrativo de todas as contratações, ordinárias e extraordinárias, são atividades indispensáveis para mitigar eventuais impactos negativos, decorrentes de contratos firmados emergencialmente por curto espaço de tempo ou daqueles celebrados por longos períodos, cujo objeto se torna ineficiente e excessivamente caro. É obrigação do gestor a preparação e capacitação tanto dos agentes envolvidos nas compras como de si mesmo, a fim de, baseando-se em informações técnicas e buscando sempre o interesse público, encontrar o prazo de vigência ideal em cada situação concreta.

REFERÊNCIAS

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Duração dos contratos administrativos, segundo a Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Revista de Direito Administrativo nº 196, p. 49-55. Rio de Janeiro, 1994.

DOTTI, Marinês Restelatto; Lopes, Ronny Charles; Vilac, Teresa. Manual de licitações e contratações administrativas. Brasília: AGU, 2014.

Sistemas Estruturadores. Ministério da Economia. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/sistemas-estruturadores>. Acesso em: 21/09/2021.

Você sabe o que são sistemas estruturantes. SERPRO. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-antigas/noticias-2015/voce-sabe-o-que-sao-sistemas-estruturantes>. Acesso em: 21/09/2021.

TC-023661/026/06, Tribunal Pleno, Relator Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, Publicado em 28/3/2019.

CAPÍTULO XVII

ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS

Leonardo Cepellos Monticelli

INTRODUÇÃO

Os contratos celebrados pelos órgãos públicos devem ser acompanhados e fiscalizados por um ou mais representantes, especialmente designados para este fim. Trata-se de prerrogativa da Administração Pública expressamente listada no inciso III, do artigo 104, da Lei nº 14.133/2021.

Esta prerrogativa confere ao Estado um verdadeiro dever⁸⁷ de se certificar de que todo e qualquer objeto contratado e pago com recursos de origem pública seja devidamente entregue, conforme previamente acordado pelas partes envolvidas. Ou seja, havendo a necessidade de aquisição pública de um bem, serviço ou obra, deverá o gestor acompanhar e fiscalizar se a sua execução ocorreu em conformidade com o previsto nos diversos documentos base da contratação como, por exemplo, estudos técnicos preliminares, projetos básicos e executivos, termos de referência, editais, termos contratuais e outros.

Neste aspecto, nota-se uma dedicação maior por parte do legislador ao tratar

87 Confira-se trecho de decisão do Tribunal de Contas da União: “9. A propósito, vale registrar que a prerrogativa conferida à Administração de fiscalizar a implementação da avença deve ser interpretada também como uma obrigação. Por isso, fala-se em um poder-dever, porquanto, em deferência ao princípio do interesse público, não pode a Administração esperar o término do contrato para verificar se o objeto fora de fato concluído conforme o programado, uma vez que, no momento do seu recebimento, muitos vícios podem já se encontrar encobertos.” (Acórdão TCU nº 1632/2009, Plenário, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, Sessão de 22/07/2009).

do tema no âmbito da nova Lei de Licitações, quando em comparação com as disposições da Lei nº 8.666/1993.

O Diploma de Licitações de 1993 dedicou à questão seu artigo 67 e algumas outras poucas menções espalhadas pelo texto, como o fato de ser uma prerrogativa da Administração (artigo 58, III), a obrigatoriedade de o projeto básico tratar das normas de fiscalização (artigo 6º, IX, “e”) e a responsabilidade pelo recebimento provisório de obras e serviços (artigo 73, I, “a”).

A nova Lei, por seu turno, como se pretende detalhar neste estudo, ampliou consideravelmente as menções ao tema, cristalizando a real preocupação do legislador no que tange à correta execução dos contratos firmados pela Administração Pública, tanto em nível federal, como estadual, distrital e municipal.

Isso se dá, em boa medida, em razão da reduzida confiança da sociedade no oferecimento de políticas públicas eficientes, eficazes e justas, como contrapartida pela arrecadação de tributos. O financiamento estatal vem sendo frequentemente questionado, pois se percebe, de modo geral, uma baixa qualidade nos serviços prestados pelo Estado nas suas mais diversas áreas de atuação.

Nesse aspecto, o correto acompanhamento e fiscalização dos ajustes celebrados no âmbito público – na administração, educação, saúde, transporte, meio ambiente e outros – torna-se conduta fundamental para garantir a boa prestação dos serviços estatais, a satisfação e o bem-estar dos cidadãos, a eficiência administrativa, a segurança jurídica nas relações entre setor público e setor privado, além de tender a reduzir os custos de transação decorrentes das contratações públicas⁸⁸.

88 Acerca deste aspecto: “No que concerne propriamente à eficiência nas compras públicas, seu processo constitui uma relação direta com os custos de transação. Os custos envolvidos com o planejamento de compras, com a negociação junto aos fornecedores, o controle da entrega dos materiais e a gestão contratual constituem itens de uma transação e ocorrem no ambiente onde ela se desenvolve. Essas transações envolvem tanto variáveis comportamentais dos indivíduos - como a racionalidade limitada e o oportunismo; quanto aquelas inerentes à transação, tais como especificidade do ativo, frequência e incerteza” (NEUFELD, 2018, p. 229).

A FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL NAS DIVERSAS ETAPAS E DOCUMENTOS DA CONTRATAÇÃO

A temática da fiscalização dos contratos administrativos é considerada por diversos manuais e pela doutrina especializada como de indispensável observância nas diversas etapas da contratação, desde os estudos iniciais acerca das necessidades da Administração, até a entrega do objeto.

Com o advento da Lei nº 14.133/2021, essa conclusão ficou evidente e expressa no corpo da própria lei, tendo em mira a inclusão do assunto em diversos de seus dispositivos, sendo exigida a sua observância em uma série de momentos e documentos do processo de contratação administrativa.

Isso pode ser constatado na abordagem legislativa feita ao estudo técnico preliminar, ao projeto básico, ao termo de referência, ao edital, às cláusulas contratuais, à execução contratual e ao recebimento do objeto. Teve o legislador um cuidado especial ao exigir que a fiscalização contratual seja considerada desde o planejamento da licitação ou da contratação até a entrega do objeto.

Primeiramente, citamos o disposto no inciso X, §1º, do artigo 18, que trata dos estudos técnicos preliminares. A Lei determina que tais estudos contenham, dentre outros elementos, as providências para capacitação dos fiscais e gestores do ajuste. Ou seja, sendo esta a etapa primária da contratação, em que ocorrem a descrição da necessidade verificada e a elaboração de um estudo preliminar caracterizando o interesse público envolvido, é fundamental a previsão de como se dará a capacitação dos atores envolvidos no seu acompanhamento e fiscalização.

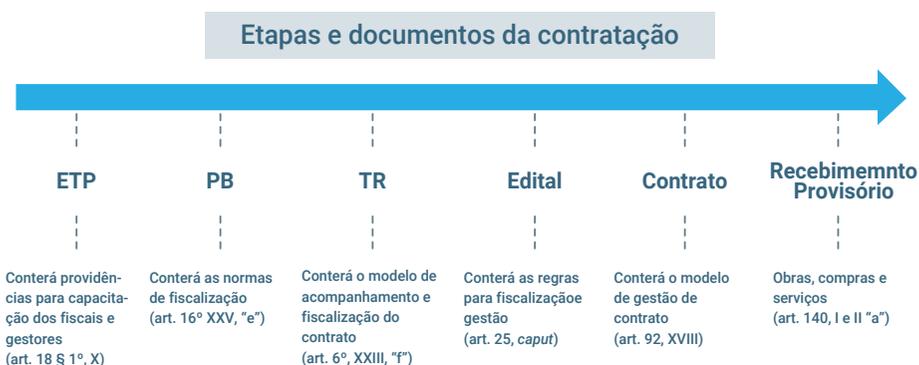
O projeto básico – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço – também deverá tratar do assunto, abrangendo as normas de fiscalização contratual, nos termos da alínea “e”, inciso XXV, do artigo 6º.

Avançando nas etapas da contratação, o termo de referência, documento necessário para a contratação de bens e serviços, deverá conter em seu bojo o

modelo de acompanhamento e fiscalização do contrato, conforme estabelecido na alínea “f”, inciso XXIII, do artigo 6º. O edital da licitação, por sua vez, também deverá prever as regras para fiscalização e gestão do contrato, nos termos do *caput* do artigo 25.

Já na fase de celebração do ajuste, o inciso XVIII, do artigo 92, define o modelo de gestão como cláusula necessária em todos os contratos. Nesta etapa, o modelo de gestão deverá conter não apenas a organização documental da execução do objeto, mas também a forma como a Administração realizará o seu efetivo acompanhamento e fiscalização, conforme os preceitos detalhados no artigo 117.

Por fim, a fiscalização contratual também atua no momento do recebimento provisório das obras, compras e serviços, conforme disposto nas alíneas “a” dos incisos I e II, do artigo 140, haja vista seus responsáveis terem acompanhado a execução do objeto pactuado.



Fonte: Elaborado pelo autor.

Como é possível notar, a gestão/fiscalização dos contratos públicos está prevista em uma série de dispositivos espalhados pela nova Lei de Licitações, demonstrando a importância conferida pelo legislador à matéria. Isso se justifica em razão da urgência em melhorar as entregas de bens, obras e serviços à Administração e tornar as aquisições públicas mais eficientes.

Ao estabelecer a obrigatoriedade de tratar do assunto em diversas fases e documentos do processo de contratação, desde os estudos preliminares até o recebimento do objeto, a Lei nº 14.133/2021 impõe ao gestor público a observância contínua do acompanhamento e fiscalização do objeto contratado, antes, durante e após a sua entrega.

OS ATORES DA FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL

Inicialmente, cabe-nos destacar ser comum encontrar em manuais e na doutrina especializada a distinção entre as figuras do gestor e do fiscal de contratos. Ao primeiro (gestor) caberiam as atribuições de acompanhar e fiscalizar aspectos legais e burocráticos da contratação, não afeitos diretamente à natureza do objeto, como a manutenção dos requisitos de habilitação e a aplicação de índices de reajuste, enquanto ao segundo (fiscal) seriam resguardadas as verificações atinentes à execução do objeto em si, tais quais os aspectos técnicos, quantitativos e qualitativos previstos contratualmente⁸⁹.

A Lei nº 14.133/2021 não apresentou de forma expressa quaisquer distinções acerca desses dois atores, tampouco estabeleceu a necessidade de segregar a atribuição das funções para dois servidores diferentes. Para fins do presente estudo e, tendo em vista que a nomenclatura adotada poderá variar de órgão para órgão, consideraremos os representantes da Administração responsáveis pelo acompanhamento, gestão e fiscalização contratual apenas como fiscais do contrato.

Realizados estes esclarecimentos, passemos às análises das características dos atores envolvidos na fiscalização contratual. Como será observado, alguns terão maior participação nas atividades fiscalizatórias propriamente ditas, como é o caso dos fiscais, e outros terão participação secundária, para apoio

89 Sobre o tema da fiscalização contratual, valiosas orientações estão contidas no Manual de Licitações e Contratos: Principais aspectos da fase preparatória e gestão contratual, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (pp. 73/117).

e subsídio de informações, como a assessoria jurídica, o controle interno e eventual terceiro contratado.

O *caput* do artigo 117 da nova Lei dispõe que a execução contratual será acompanhada e fiscalizada por, no mínimo, um fiscal. Sobre a quantidade ideal de fiscais alocados para o acompanhamento de determinado contrato, entendemos que esta deverá ser definida pela Administração conforme critérios como, por exemplo, o porte do contrato, a dificuldade técnica em exercer o acompanhamento, a qualificação do quadro funcional do ente, a capacitação necessária, dentre outros.

O artigo 117 indica, ainda, a obrigatoriedade de observância dos requisitos prescritos pelo artigo 7º, necessários ao exercício das atribuições inerentes à fiscalização contratual. Trata-se de inovação trazida pela Lei nº 14.133/2021 e faz com que as atividades desempenhadas pelo fiscal do ajuste se configurem como funções essenciais à execução da nova Lei, reafirmando a importância conferida pelo legislador a estes agentes públicos.

Confirmam-se abaixo os requisitos aplicáveis ao fiscal do contrato listados no artigo 7º:

- » a) deve ser, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública (inciso I);
- » b) deve ter atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuir formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público (inciso II);
- » c) não pode ser cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem ter com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil (inciso III).

Ademais, conforme o §1º do mesmo dispositivo, deve ser observado o princípio da segregação de funções, sendo 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.

Percebe-se, da leitura do primeiro item acima, o zelo do legislador em evitar o exercício das atividades de fiscalização contratual por agentes que não integram o quadro permanente do ente contratante. Por conseguinte, o uso do termo “preferencialmente” enseja a observância de uma linha de escolha, a qual deverá ser encabeçada por servidores/empregados do quadro permanente do ente, sendo imputada ao gestor a obrigatoriedade de justificar as razões para eventual alteração dessa ordem de preferência.

O segundo requisito trata da especialização e capacitação do fiscal do contrato para o exercício de suas atividades. Isso se dá em razão da enorme gama de ajustes firmados pelos entes públicos e, muitas vezes, da sua complexidade. Assim sendo, a fiscalização de um contrato de recapeamento asfáltico exigirá do respectivo fiscal conhecimentos técnicos acerca do assunto, devendo o órgão alocar para a função quem já os detém, sem se furtar ao dever de capacitar este e todos os demais envolvidos nas contratações públicas.

Esta capacitação é de suma importância para o sucesso das contratações realizadas pela Administração, porquanto permitem que potenciais erros ou falhas na execução do objeto sejam detectados com antecedência e a tempo de correção. Isso faz com que os custos de transação sejam reduzidos e garante uma maior eficiência na comunicação entre o contratante e o contratado, tendo em conta as frequentes assimetrias de informações e dados verificadas nestas relações contratuais.

O terceiro requisito busca evitar conflitos de interesses na relação entre o fiscal do contrato e os licitantes ou contratados, a fim de assegurar a independência desejada nas atividades de fiscalização. Essa mesma precaução do legislador é verificada em outros dispositivos da nova Lei envolvendo as relações do fiscal do contrato, tais quais o inciso IV do artigo 14 (vínculo com os licitantes/contratados), o parágrafo único do artigo 48 (vínculo com terceirizados) e o § 3º do artigo 122 (vínculo com subcontratados).

Por fim, há também o requisito que trata da segregação de funções, revelando-se fundamental a equalização da delegação de funções fiscalizatórias aos respectivos agentes públicos por parte da Administração. Isto significa ser recomendável não atribuir a uma só pessoa uma grande quantidade de contratos complexos a serem fiscalizados para não reduzir a qualidade das atividades realizadas e, conseqüentemente, aumentar o risco de ocorrência de erros ou fraudes na contratação.

Durante o exercício de suas funções, o fiscal poderá, também, contar com o apoio da assessoria jurídica e do controle interno do órgão, além de ser possível a contratação de um terceiro. A primeira hipótese se revela situação inovadora na nova Lei de Licitações, enquanto a segunda já era prevista na Lei nº 8.666/1993.

O § 3º do artigo 117 dispõe que o fiscal do contrato poderá solicitar auxílio da assessoria jurídica e do controle interno, objetivando ter suas dúvidas dirimidas e obter informações relevantes, de forma a prevenir possíveis riscos na contratação. Evidentemente, a assessoria jurídica se limitará a prestar consultoria sobre temas ligados aos diversos ramos do direito, enquanto o controle interno poderá verificar questões de natureza contábil, orçamentária, financeira, patrimonial, e até auxiliar na comunicação entre o fiscal do contrato com os demais setores do órgão contratante.

Contudo, o fiscal poderá se deparar com questões de natureza técnica que não são do pleno domínio do ente contratante, ocasião em que a Administração poderá contratar um terceiro para colaborar na prestação de informações à fiscalização, nos termos do § 4º do artigo 117. Neste caso, o terceiro contratado assume a responsabilidade civil objetiva pela veracidade e precisão das informações e deve assinar termo de compromisso e confidencialidade.

Vale destacar que a atividade a ser executada por este terceiro contratado não deve se confundir com a do fiscal do contrato. O terceiro deve se limitar a colher dados e apresentar informações técnicas relevantes para a formação do juízo do fiscal, haja vista que este é quem detém a atribuição indelegável de atestar se a execução do contrato encontra-se em conformidade ou não⁹⁰. Portanto,

90 MOREIRA, 2021.

a contratação de terceiros não exime a responsabilidade do fiscal do contrato, sendo apenas ele o agente competente para dizer, com base nas informações e recursos disponíveis, se o objeto foi executado conforme o previsto.

AS ATRIBUIÇÕES DO FISCAL DO CONTRATO

As atividades inerentes à fiscalização de um contrato envolvem diversas etapas, documentos e condutas por parte do seu agente. A complexidade envolvida nestas atividades recomenda que o fiscal acompanhe todas as fases da contratação com o intuito de conhecer detalhadamente o seu objeto, especialmente as fases do planejamento da contratação e da elaboração dos seus documentos básicos.

Não tendo participado das fases iniciais da contratação, é indispensável o estudo minucioso dos diversos documentos elaborados ao longo do processo de compra, desde os estudos técnicos preliminares, passando pelo projeto básico, termo de referência, edital, proposta apresentada pelo vencedor e, finalmente, o termo contratual e seus anexos. Esse estudo conferirá ao agente uma visão global da contratação e do objeto a ser executado, além de possibilitar o levantamento de normas de natureza técnica⁹¹ e a elaboração de um roteiro ou *checklist*.

Neste documento, o fiscal deverá indicar as etapas da execução, os prazos, as obrigações assumidas, as condições, os resultados e outros itens a serem objeto de verificação na atividade da fiscalização. A depender do objeto contratado (ex. serviços contínuos, obras de grande vulto), será necessária a realização de diversas verificações ao longo da execução.

Feita a inspeção, o fiscal deverá, conforme estabelece o § 1º do artigo 117, anotar, em registro próprio, as eventuais ocorrências por ele constatadas, determinando

91 As normas técnicas setoriais são uma importante fonte de consulta para identificar as orientações e as boas práticas na execução de diversas atividades e serviços, como, por exemplo, as normas expedidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), as resoluções e portarias dos órgãos públicos especializados ou agências reguladoras (DETRAN, ANVISA, ANEEL), as orientações expedidas pelos conselhos de classe (CREA, CRM, CRO), dentre outros.

o que for necessário para a regularização das faltas e dos defeitos observados. Referido registro é de grande valia, não apenas para a verificação da atuação do contratado, mas também para que a Administração avalie se o próprio fiscal está exercendo as atribuições que lhe foram conferidas.

Constatadas ocorrências ou falhas que exijam a tomada de decisões ou providências que ultrapassem a sua competência, deve o fiscal do contrato comunicar seus superiores hierárquicos em tempo hábil, conforme disposto no § 2º do artigo 117, a fim de garantir a tempestividade das condutas e mitigar os riscos de eventual inadimplemento por parte do contratado.

Sobre esse assunto, vale destacar que a responsabilização por eventuais falhas no acompanhamento e fiscalização dos ajustes não se limita a atingir a pessoa do fiscal do contrato, mas também o próprio gestor público, haja vista ser a este imputada a obrigatoriedade de verificar continuamente o adequado desempenho dos agentes alocados em cada função estatal. Nesse sentido, valiosas contribuições podem ser extraídas do seguinte julgado do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

*Assim, não pode ser considerado atendido o disposto no artigo 67 da Lei nº 8.666/93, depreendendo-se que **os representantes da Administração deixaram de atuar conforme o esperado, a fim de que houvesse a regularização das faltas ou defeitos observados na realização das obras.***

Ainda que não possam ser requeridos do Administrador Público conhecimentos especializados nas várias áreas de conhecimento humano, incluindo-se a de engenharia, o fato é que a sua atuação exige o contato com matérias diversas, a fim de bem desempenhar suas funções.

Assim, a especificidade do objeto não pode afastar a culpa “in vigilando” da recorrente, pois isso significaria não só desconsiderar a necessidade de o Chefe do Executivo lançar mão de mecanismos de controle interno dos atos administrativos e de salvaguarda do erário, mas, também, implicaria em conferir aos representantes da Prefeitura incontestável autonomia, situação, portanto, não aceitável no caso do engenheiro da Prefeitura e, muito menos, quanto à empresa contratada para acompanhar a execução do objeto. (grifos nossos)

(TC-010317.989.18-4, Tribunal Pleno, Relatora Conselheira Cristiana de Castro Moraes, Publicado em 19/07/2018)

Registre-se, por oportuno, que o desatendimento, por parte do contratado, das determinações regulares emitidas pelos responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização contratual ou pela autoridade superior constitui motivo para a extinção do ajuste, nos termos do inciso II, do artigo 137.

Finalmente, tendo participado de todas as etapas da contratação, caberá ao fiscal o recebimento provisório das compras, obras e serviços, nos termos das alíneas “a”, incisos I e II, do artigo 140. Sua atuação, nesta fase, também é indispensável, tendo em conta o conhecimento, absorvido nas atividades de fiscalização, acerca do objeto pactuado.

OS EFEITOS DA FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL E AS CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inexecução contratual, sendo ela parcial ou total, a existência de falhas na execução ou, ainda, o seu atraso injustificado, poderão ensejar uma série de consequências, tanto à Administração como ao particular.

Primeiramente, sob a ótica legal, a inexecução parcial ou total do contrato e o retardamento da execução ou da entrega do objeto sem motivo justificado representam infrações sujeitas à responsabilização administrativa do contratado, conforme prescrito nos incisos I, II, III e VII do artigo 155 da nova Lei. Tais infrações serão punidas com as sanções descritas no artigo 156, quais sejam: advertência, multa, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade.

Não obstante as sanções retro, o atraso injustificado da execução contratual poderá resultar, ainda, na aplicação de multa de mora pela Administração, nos termos do artigo 162.

Todavia, há também as consequências de ordem prática. Os contratos celebrados pelo Estado, cuja entrega do objeto não é realizada de forma satisfatória, ocasionam prejuízos financeiros aos cofres públicos, comprometem a execução das políticas públicas, impactam o bem-estar dos cidadãos e, ainda, podem resultar em conflitos judiciais a serem carregados pelas Administrações durante anos.

Trata-se, portanto, de efeitos nefastos à Administração e à sociedade, tornando o acompanhamento e a fiscalização da execução do objeto contratual uma atividade essencial para prevenir ou corrigir falhas observadas em tempo hábil. Nessa lógica, o acompanhamento da execução com diálogo com o contratado e transparência na troca de informações tende a produzir frutos muito melhores do que o acompanhamento realizado mediante simples emissões de notificações unilaterais e tardias.

Cabe ao fiscal do contrato zelar pela fiel execução do objeto contratado, porém sua postura inicial não deverá possuir caráter conflituoso, mas sim colaborativo e dialógico, evoluindo, se for o caso, para o campo das determinações e, por fim, sugerindo a aplicação de eventuais sanções.

A leitura dos diversos dispositivos da Lei nº 14.133/2021 permite concluir que o legislador incentiva a adoção de uma série de mecanismos para evitar as controvérsias verificadas nas relações com os particulares, em especial o artigo 151, que dispõe sobre os meios alternativos de resolução de conflitos, como é o caso da conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e arbitragem.

A correta e eficiente fiscalização contratual pode mitigar a ocorrência destes conflitos, antecipando discussões e diálogos tendentes a resolver eventuais impasses na execução do objeto contratado.

O contexto atualmente verificado nas relações entre o setor público e o privado não mais admite o excesso das controvérsias e dos litígios, pois as consequências se revelam extremamente gravosas àqueles que mais necessitam da prestação dos serviços públicos, assumindo a fiscalização dos contratos, portanto, um dos mais importantes papéis na busca por resultados satisfatórios no âmbito das contratações públicas.

REFERÊNCIAS

NEUENFELD, Débora Raquel, Kamile Theis Stadnick, Silvio Antônio Ferraz Cário, Cleiciele Albuquerque Augusto. Custos de Transação nas Compras Públicas. Revista Eletrônica de Estratégia & Negócios 2018, p. 226-252. Florianópolis, 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado. Licitações e Contratos: Principais aspectos da fase preparatória e gestão contratual. São Paulo: TCESP, 2019.

Aula de Amanhã: Episódio 30 – Fiscal do Contrato. Egon Bockmann Moreira. Curitiba: 2021. Podcast. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/4vNgnTSAneLZCMyJcHpAfl>. Acesso em: 21/09/2021.

Acórdão TCU nº 1632/2009, Plenário, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, Sessão de 22/07/2009.

TC-010317.989.18-4, Tribunal Pleno, Relatora Conselheira Cristiana de Castro Moraes, Publicado em 19/07/2018.

CAPÍTULO XVIII

A ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS E DOS PREÇOS E AS HIPÓTESES DE EXTINÇÃO DOS CONTRATOS NA LEI Nº 14.133/2021

Rodolfo Falcão Cunha Lima de Queiroz

A ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS E DOS PREÇOS

Este artigo inicia tratando do Capítulo VII (da alteração dos contratos e dos preços) do Título III (dos contratos administrativos) da nova Lei, um dos capítulos que aborda a mutabilidade contratual, a qual consiste em prerrogativa da Administração Pública decorrente da própria natureza do contrato administrativo.

Esse dever-poder da Administração para modificar o vínculo, mediante alteração ou extinção unilateral, alicerça a figura do contrato administrativo como instituto diferenciado dos contratos de direito privado.

Tal prerrogativa decorre não de uma condição de superioridade própria ou imanente da Administração em relação ao contratado, mas de sua condição de curadora dos interesses públicos primários – às vezes distintos do interesse da Administração, que é o interesse público secundário.

A supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade fundamentam a existência do contrato administrativo e do seu traço distintivo: a mutabilidade unilateral.

Se não fosse assim e a Administração ficasse totalmente vinculada pelo que avençou, eventuais alterações do interesse público, decorrentes de fatos supervenientes ao contrato, não teriam como ser atendidas.

Usualmente, as alterações são necessárias e imprescindíveis à realização do objeto, sem o que não haveria a conclusão do contrato e, conseqüentemente, a realização do interesse público primário, com a qual a execução contratual se confunde.

Não obstante, independentemente de sua natureza, os contratos administrativos devem respeitar exigências relativas à forma, ao procedimento, à competência e à finalidade, decorrentes da aplicação das normas de direito público.

O interesse público primário é não só o fundamento da mutabilidade unilateral, como também o seu real limite. Ressalvam-se, também, os interesses patrimoniais do contratante privado, sobre os quais se discorrerá quando tratarmos do equilíbrio econômico-financeiro contratual.

Analisaremos o tema por meio de novos olhares, ainda que estejamos diante de normas que, em grande parte, representem uma reprodução de dispositivos contidos na antiga Lei n.º 8.666/1993.

HIPÓTESES DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL

O artigo 124 inicia o capítulo discorrendo sobre as hipóteses de alteração contratual, as quais podem ser unilaterais – objeto do seu inciso I – ou bilaterais (consensuais) – objeto do inciso II.

A regra no direito contratual é a bilateralidade das alterações, que se dá quando houver acordo entre as partes. A unilateralidade decorre, conforme exposto, por força da prerrogativa da Administração, que atua com supremacia, excepcionando a norma fundamental da imutabilidade contratual, primazia que vem disciplinada no artigo 104, inciso I, da nova Lei, que versa sobre o regime jurídico dos contratos administrativos.

As hipóteses de alteração unilateral permaneceram as mesmas da antiga Lei: o contrato poderá ser alterado qualitativamente, quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos; e quantitativamente, quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição de seu objeto, nos limites permitidos pela Lei.

Quanto às hipóteses de alteração consensual, três permaneceram as mesmas: quando conveniente a substituição da garantia de execução; quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; e quando necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado e vedada a antecipação de pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço.

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO

A mais conhecida das hipóteses de alteração consensual, disciplinada na alínea “d” do inciso II do artigo 65 da Lei n.º 8.666/1993, contudo, foi objeto de mudanças. A Lei n.º 14.133/2021 reformulou o texto, que agora prevê que as partes poderão alterar o contrato de comum acordo 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.

A nova redação, mais simples, suprime a menção a “álea econômica extraordinária e extracontratual” presente na antiga Lei. Ainda, a Nova Lei de Licitações traz expressamente a alocação contratual de riscos para dentro da equação econômico-financeira do contrato, disciplinada em seu artigo 103.

Ressalta-se que a equação econômico-financeira do contrato é materializada quando a proposta da licitante é aceita pela Administração. O desequilíbrio deve ocorrer diante de um evento superveniente. Nos casos em que a proposta apresentada pelo contratado contenha preço inexequível para determinado serviço, portanto, não será possível o reequilíbrio dos preços.

O equilíbrio econômico-financeiro contratual, tema tão caro à Lei n.º 14.133/2021 – a título de curiosidade destaca-se que a palavra “equilíbrio” aparece dezesseis vezes na nova Lei, enquanto que aparecia apenas quatro vezes na antiga –, envolve compensações de uma parte a outra, na ocorrência de eventos que configurem um ato atribuído a um contratante, mas que impacte, de um modo econômico e financeiro, a outra parte.

Salienta-se que eventos benéficos para ambas as partes, ou apenas para uma delas, e não apenas eventos gravosos, podem gerar o direito ao reequilíbrio contratual, que terá como objetivo restabelecer a condição anterior à ocorrência dos aditivos contratuais, utilizando como referência a representação do contrato em estado de equilíbrio.

Seguem outros destaques da nova Lei a respeito do tema.

Assim como previsto no § 6º do artigo 65 da Lei n.º 8.666/1993, a Lei n.º 14.133/2021 explicita que a alteração unilateral dos encargos do contratado enseja o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato mediante a formalização de termo aditivo.

A nova Lei trouxe mudança sutil, mas significativa, esclarecendo que, no caso de alteração unilateral do contrato, a Administração deve restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial através do mesmo termo aditivo, enquanto que a redação anterior falava apenas da necessidade de que fosse restabelecido “por aditamento”, sem especificar o momento, fazendo com que desequilíbrios se arrastassem por longos períodos, a expensas do contratado.

Destaca-se que o novo dispositivo esclareceu também que a obrigação de reequilibrar concomitantemente o contrato se aplica igualmente nos casos de diminuição dos encargos do contratado, em favor da Administração.

O artigo 131, de caráter inovador, estabelece que mesmo após a extinção do contrato seja possível que a Administração reconheça que houve desequilíbrio econômico-financeiro durante a vigência contratual, desde que o contratado tenha feito pedido de restabelecimento do equilíbrio durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação. Nesse caso, será concedida indenização ao contratado por meio de termo indenizatório.

O artigo 134 reproduz regra prevista no § 5º do artigo 65 da Lei n.º 8.666/1993, ao afirmar que os preços serão alterados, para mais ou para menos, se ocorrer, após a data da apresentação da proposta, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais, e que, comprovadamente, haja repercussão sobre os preços inicialmente contratados.

Por sua vez, o § 2º do artigo 124 determina que a hipótese de alteração consensual para reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato será aplicada – dever-poder da Administração – quando a execução for obstada pelo atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental, por circunstâncias alheias ao contratado, quando de contratações de obras e serviços de engenharia. Trata-se, portanto, de alocação de risco determinada pela própria lei, com previsão de que cabe à Administração suportá-lo.

REPACTUAÇÃO

O artigo 135, novidade da Lei, trata da repactuação para contratos de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou

predominância de mão de obra, os quais estão definidos em seu artigo 6º, inciso XVI⁹².

Depreende-se do inciso LIX⁹³ do artigo 6º, bem como do artigo 135⁹⁴, que a repactuação é forma de manutenção de equilíbrio econômico-financeiro contratual, por meio da análise da variação dos custos, 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.

A repactuação deve observar o intervalo mínimo de um ano, contado da data da apresentação da proposta ou da data da última repactuação, e será precedida de solicitação do contratado, acompanhada de demonstração analítica da variação dos custos.

92 “Artigo 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

XVI - serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra: aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que:

- a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços;
- b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos;
- c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos;”

93 “Artigo 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

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

94 “Artigo 135. Os preços dos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra serão repactuados para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante demonstração analítica da variação dos custos contratuais, com data vinculada:

I - à data da apresentação da proposta, para custos decorrentes do mercado;

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

Ademais, 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. Além disso, poderá ser dividida em tantos quantos forem os acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho das categorias envolvidas na contratação.

Ainda, é vedada a vinculação da Administração a disposições contidas em acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de matéria não trabalhista, de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados do contratado; que estabeleçam direitos não previstos em lei, como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários; bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade; ou que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública.

LIMITES PARA A ALTERAÇÃO UNILATERAL

Assim como previsto no § 1º do artigo 65 da Lei n.º 8.666/1993, a Lei n.º 14.133/2021 determina que o contratado seja obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, sendo o percentual de 50% (cinquenta por cento) no caso específico de contratos para reforma de edifício ou de equipamento.

A fixação dos limites para a alteração unilateral inclui-se na discricionariedade do Legislador, e não do Administrador, pois deve ser clara, objetiva e preestabelecida em lei, vez que é a partir dos limites fixados que o possível contratado dimensiona os riscos que deve suportar.

A nova Lei trouxe ajuste pontual, mas significativo, esclarecendo que a incidência dos limites percentuais aplicáveis às alterações dar-se-á sobre ambas as hipóteses de alteração unilateral, encerrando debate sobre a aplicabilidade do limite de 25% (vinte e cinco por cento) às alterações qualitativas, que agora é incontroversa.

Ainda, a Nova Lei de Licitações e Contratos positivou a limitação a alterações que transfigurem o objeto da contratação, limitação reconhecida anteriormente pela jurisprudência às alterações qualitativas, estendida pela nova Lei a ambas as hipóteses de alteração unilateral – quantitativas e qualitativas. Desse modo não se pode, por exemplo, transformar a aquisição de bicicletas em compra de aviões, ou a prestação de serviços de marcenaria em serviços de serralheria.

Esses limites genéricos visam à inibição de fraude à licitação e ao respeito ao direito dos contratados, consubstanciado na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na intangibilidade do objeto e na imposição objetiva de um limite máximo aos acréscimos e supressões.

ESPECIFICIDADES PARA OBRAS E SERVIÇOS

A Nova Lei de Licitações e Contratos deu atenção especial à alteração de contratos de obras e serviços de engenharia, especialmente para mitigar sobrepreços e superfaturamentos.

O § 1º do artigo 124 determina que, quando as alterações contratuais decorrerem de falhas de projeto, caberão a responsabilização do responsável técnico e a adoção das providências para o ressarcimento dos danos causados à Administração.

O artigo 127, por sua vez, trata de casos que contemplam prestação de serviços que não estavam previstos nas planilhas e projetos que acompanharam o edital da licitação e tampouco no contrato.

Nesses casos, quando o aditamento se fizer necessário, os preços unitários não poderão ser mais fixados por acordo entre as partes, como era estabelecido pelo § 3º do artigo 65 da Lei n.º 8.666/1993, mas sim pela aplicação da relação geral entre os valores da proposta e o do orçamento-base da Administração sobre os preços referenciais ou de mercado vigentes na data do aditamento.

A medida busca preservar a relação original de equivalência entre vantagens e encargos do contratado e evitar que a margem de lucro do particular seja incrementada com a inclusão de novos serviços.

Novidade da lei, o artigo 128 consagra lógica semelhante a do artigo 127, ao adotar o “desconto” global contemplado na proposta do contratado em relação ao preço de referência do edital da licitação como um parâmetro limitador de qualquer alteração do valor do contrato, impedindo que as alterações unilaterais incrementem a lucratividade do particular.

O dispositivo visa a coibir a ocorrência de superfaturamento através do chamado “jogo de planilha”, que subsiste nas situações em que há uma grande assimetria de informações ente o Poder Público e o particular. O “jogo de planilha” é caracterizado pela elevação de quantitativos de itens com preços unitários superiores aos de mercado e redução de quantitativos de itens com preços inferiores, causando desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado.

CONTRATAÇÃO INTEGRADA OU SEMI-INTEGRADA

O artigo 133 estabelece disciplina específica para alterações à contratação integrada ou semi-integrada, regimes em que a contratada fica encarregada da elaboração da maioria dos projetos. Por isso, em regra, a alteração dos valores contratuais não é admitida.

Excepcionalmente, admite-se alteração para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; 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; por necessidade de alteração do projeto nas contratações semi-integradas, mediante prévia autorização da Administração, desde que demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado; e por ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração.

Na contratação semi-integrada as regras são um pouco mais flexíveis, pois o projeto básico não é elaborado pela contratada.

Destaca-se que o artigo 22 estipula que a matriz de riscos é obrigatória nas contratações integradas e semi-integradas e deve necessariamente alocar ao contratado os riscos decorrentes de fatos supervenientes associados à escolha da solução do projeto básico sob sua responsabilidade.

APOSTILA

A obrigação de celebração de termo aditivo não se aplica aos registros que não caracterizem alteração do contrato, os quais poderão ser realizados por simples apostila, como nos casos de variação do valor contratual para fazer face ao reajuste ou repactuação de preços previstos no próprio contrato; atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento previstas no contrato; alteração na razão ou denominação social do contratado; e empenho de dotações orçamentárias.

O artigo 136, cuja inteligência encontra-se exposta no parágrafo anterior, reproduz regra semelhante a do § 8º do artigo 65 da Lei n.º 8.666/1993, ampliando o rol de situações que prescindem da celebração de termo aditivo.

OUTROS ASPECTOS DAS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS

O artigo 129 reproduz regra prevista no § 4º do artigo 65 da Lei n.º 8.666/1993, homenageando o princípio da reparação integral, ao resguardar a indenização pelo dano emergente suportado pelo particular em decorrência da abrupta supressão unilateral pela Administração de bens ou serviços originariamente contratados após incorrer nos custos necessários para o seu fornecimento ou execução.

Por sua vez, o artigo 132, que visou regulamentar situação bastante usual em que o contratado é compelido a realizar serviços não previstos originariamente no contrato sem qualquer garantia, a não ser a promessa de que o termo aditivo necessário ao pagamento dessa prestação encontra-se em vias de ser formalizado, esclarece que a formalização de termo aditivo é condição para a execução, pelo contratado, das prestações determinadas pela Administração no curso da execução do contrato, podendo ser antecipados os efeitos em caso de justificada necessidade, pelo prazo máximo de um mês.

AS HIPÓTESES DE EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

Continua-se, no Capítulo VIII (das hipóteses de extinção dos contratos) da nova Lei, abordando a mutabilidade contratual, prerrogativa da Administração Pública decorrente da própria natureza do contrato administrativo.

Conforme exposto na parte referente ao Capítulo VII, a prerrogativa, ou melhor, o dever-poder da Administração para modificar o vínculo, mediante alteração ou extinção unilateral, alicerça a figura do contrato administrativo como instituto diferenciado dos contratos de direito privado.

A supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade fundamentam a existência do contrato administrativo e do seu traço distintivo: a mutabilidade unilateral, a qual será tratada adiante na figura da extinção unilateral.

Cumprir destacar que o termo adotado pela Lei n.º 14.133/2021 passa a ser “extinção” ao invés de “rescisão”, como era tratado na legislação anterior. Ainda assim, no artigo 90, § 7º, da nova Lei, foi adotada a expressão “rescisão”.

Os contratos administrativos normalmente se extinguem com o advento do seu termo, no caso de contratos de fornecimento de bens e prestação de serviços contínuos, ou com o recebimento de seu objeto e adimplemento integral das obrigações contratadas, no caso de contratos de escopo ou de resultado.

O encerramento prematuro do contrato administrativo é circunstância excepcional, que geralmente decorre de alguma anomalia constatada após a sua celebração que impõe a sua extinção, e deve ser tido como uma espécie de *ultima ratio*, que pressupõe o esgotamento de alternativas para a manutenção da avença.

MOTIVOS PARA EXTINÇÃO DO CONTRATO

O artigo 137 elenca uma série de situações que constituem motivos para extinção do contrato, que deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Essas situações podem ser classificadas de acordo com o sujeito que deu causa à extinção, apartando-se as hipóteses de rescisão por fato imputável ao particular, circunstâncias alheias às partes contratantes e fato imputável à Administração contratante.

Cumprе salientar que, em relação à Lei n.º 8.666/1993, diversas hipóteses foram suprimidas, sem implicar mudanças significativas na matéria, e novas hipóteses foram criadas.

Seguem outros destaques da nova Lei a respeito do tema.

Inovação, o § 4º do artigo 137 estabelece que os emitentes das garantias previstas no artigo 96 deverão ser notificados pelo contratante quanto ao início de processo administrativo para apuração de descumprimento de cláusulas contratuais.

Por sua vez, o procedimento administrativo para verificação da ocorrência dos motivos para a extinção do contrato, assim como os parâmetros a serem observados na tomada de decisão, podem ser objeto de regulamento da Administração.

Tal regulamento, porém, deve se limitar a dar concretude aos preceitos da Lei n.º 14.133/2021, vez que, por força do princípio da legalidade, o regulamento não pode criar obrigações, nem instituir sanções que ultrapassem as balizas da legislação.

FATO IMPUTÁVEL AO PARTICULAR

Podem ser qualificadas como hipóteses de rescisão por fato imputável ao particular os casos de descumprimento ou cumprimento irregular das obrigações contratuais; desatendimento às determinações da Administração; alteração das características societárias/organizacionais do contratado em prejuízo da conclusão do contrato; falência, insolvência civil, dissolução de sua sociedade ou falecimento do contratado; e descumprimento de obrigações de reserva de cargos e outras obrigações para com a pessoa com deficiência, reabilitado ou menor aprendiz.

As hipóteses de rescisão por fato imputável ao particular, logicamente, dizem respeito à ocorrência de determinadas situações supervenientes à celebração do contrato relacionadas às características subjetivas do contratado ou à execução defeituosa do contrato, as quais o legislador considerou aptas a justificar a extinção contratual.

Conforme mencionado, diversas hipóteses foram suprimidas, sem implicar mudanças significativas na matéria. A rigor, foram eliminadas por já estarem abarcadas em outras rubricas, como nos casos de extinção por lentidão no cumprimento, atrasos injustificados e paralisações sem justa causa e prévia comunicação que eram previstas na Lei n.º 8.666/1993.

A nova Lei não contemplou a hipótese de rescisão por “subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato”, prevista no inciso VI do artigo 78 da Lei n.º 8.666/1993, vez que pode ser enquadrada na hipótese de rescisão por descumprimento contratual prevista no inciso I do artigo 137. Os casos de fusão, cisão, incorporação, quando prejudiciais à execução contratual, atraem o inciso III, ao passo que a falência, o inciso IV desse mesmo dispositivo legal.

Por outro lado, novas hipóteses foram criadas, como nos casos de atraso na obtenção de licença ambiental, impossibilidade de obtê-la, ou alteração

substancial do anteprojeto que dela resultar, ainda que obtida no prazo previsto; de atraso na liberação de áreas sujeitas a desapropriação, desocupação ou servidão administrativa, bem como a impossibilidade de liberação dessas áreas; e o não cumprimento de obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz.

Quanto a essa última hipótese, destaca-se que o artigo 63, inciso IV, da nova Lei, passou a exigir do licitante declaração de que cumpre com as exigências de reserva de cargos durante a fase de habilitação, bem como, no artigo 116, manter seu cumprimento ao longo de toda a execução contratual.

FATO IMPUTÁVEL À ADMINISTRAÇÃO

Com ligeiras alterações em relação à Lei n.º 8.666/1993, o § 2º do artigo 137 acrescenta as hipóteses em que o contratado terá direito à extinção do contrato, eventualidades em que o contratado não tem culpa e, por isso, pode exigi-la. Trata-se, portanto, de direito subjetivo do contratado. Os casos enumerados nesse parágrafo podem ser qualificados como hipóteses de rescisão por fato imputável à Administração contratante.

A Lei n.º 14.133/2021 não trouxe hipótese nova em que o contratado terá o direito de pleitear a extinção do contrato.

Manteve-se idêntica a hipótese de extinção por supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras que acarrete modificação do valor inicial além do limite percentual máximo permitido.

As demais sofreram ajustes, principalmente com relação aos prazos: no caso da suspensão da execução do contrato, por ordem escrita da Administração, a extinção passou a ser possível quando a suspensão exceder o prazo de três meses corridos ou quando repetidas suspensões totalizarem o prazo de noventa dias úteis, menos que os 120 dias previstos pela Lei n.º 8.666/1993; e, no caso de

atrasos nos pagamentos ou parcela de pagamentos devidos pela Administração, o contratado passa a poder pleitear a extinção do contrato quando este for superior a dois meses, contados da emissão da nota fiscal, também reduzindo em trinta dias o prazo previsto na Lei n.º 8.666/1993.

Quanto a essa última hipótese, é considerada uma cláusula exorbitante, fundamentada pela supremacia do interesse público e sua indisponibilidade, denominada restrição da exceção do contrato não cumprido, também chamada de inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido ou da *exceptio non adimpleti contractus*.

O contratado é obrigado a aturar os atrasos nos pagamentos devidos pela Administração. Entretanto, há limite: o atraso superior a dois meses enseja direito à extinção do contrato pelo contratado.

No caso de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra, bem como quando decorrerem de ato ou fato que o contratado tenha praticado, do qual tenha participado ou para o qual tenha contribuído, não se aplicam as hipóteses de suspensão por mais de três meses, repetidas suspensões até o total de noventa dias úteis e atraso no pagamento por mais de dois meses.

Nessas hipóteses, ao invés da extinção, o contratado poderá optar pela suspensão de suas obrigações até a normalização da situação, admitido o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

FORMAS DE EXTINÇÃO

Diferentemente da Lei n.º 8.666/1993, que listava as hipóteses em que caberia a extinção unilateral do contrato, a Lei n.º 14.133/2021 estabelece que a Administração possa extinguir unilateralmente o contrato sempre que o descumprimento não for decorrente de sua própria conduta.

A extinção consensual passa a incluir, além da extinção por acordo entre as partes, os casos de extinção como resultado da aplicação de mecanismos

alternativos de resolução de conflitos, como a conciliação, a mediação e os comitês de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração.

O artigo 138 prevê que o contrato poderá ser extinto por ato unilateral da Administração, por acordo entre as partes ou, ainda, mediante decisão do Poder Judiciário ou de Tribunal Arbitral, em havendo convenção de arbitragem.

A extinção unilateral pela Administração Pública produz efeitos imediatos em razão do atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos e, quando fundada em hipótese de extinção imputável ao contratado, autoriza a Administração contratante a adotar as medidas previstas no artigo 139.

Da inteligência do § 1º do artigo 138, depreende-se que tanto o caso de extinção unilateral quanto o de extinção consensual devem ser precedidos de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente, reduzida a termo no respectivo processo.

O artigo 138, § 2º, trata das hipóteses em que o contratado não teve culpa da extinção. Por isso, terá direito ao ressarcimento dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, e à devolução da garantia, pagamentos devidos e pagamento da desmobilização.

CONSEQUÊNCIAS DA EXTINÇÃO

O artigo 139 aborda os casos em que a extinção é determinada unilateralmente pela Administração, hipóteses em que não há culpa por parte dela.

Nesses casos, poderá ser determinada a assunção imediata do objeto; a ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados necessários à continuidade do contrato; a execução da garantia contratual; e a retenção dos créditos decorrentes do contrato, até o limite dos prejuízos causados à Administração e das multas aplicadas.

A nova Lei acrescentou a possibilidade de execução da garantia contratual para pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, e para exigência da assunção da execução e conclusão do objeto do contrato pela seguradora, quando cabíveis, além do ressarcimento por prejuízos decorrentes da não execução e o pagamento de multas devidas à Administração.

O inciso III, alínea “d”, do artigo 139 trata das hipóteses de seguro-garantia, quando o segurador garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado (artigo 6º, LIV c/c artigo 97).

Por sua vez, os incisos III e IV representam hipóteses de autoexecutoriedade das multas. A administração poderá efetuar os descontos do valor das multas diretamente da garantia contratual e dos valores devidos, sem necessidade de ação judicial para esse fim. O valor excedente, que ultrapassar o valor da garantia e dos pagamentos devidos, por sua vez, será cobrado judicialmente, conforme artigo 156, § 8º.

A execução direta, em toda a Lei n.º 14.133/2021, é mencionada apenas no § 1º do artigo 139. A Lei nem sequer conceituou o regime de execução direta, o qual, pela lógica do dispositivo elencado, pressupõe falha no regime de execução indireta que tenha ocasionado a rescisão do contrato e a necessidade de que a Administração Pública assuma a execução do contrato ela mesma, facultando-lhe a escolha por nova execução indireta.

Os parágrafos 1º e 2º reproduzem regras previstas nos parágrafos 1º e 3º do artigo 80 da Lei n.º 8.666/1993. A ocupação do local e instalações ainda exige, portanto, autorização do Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal competente, conforme o caso.

CAPÍTULO XIX

INOVAÇÕES DA LEI Nº 14.133/2021 NA FASE DE EXECUÇÃO CONTRATUAL

Maira Coutinho Ferreira Giroto

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata das inovações trazidas aos contratos administrativos pela Lei nº 14.133/2021 concernentes à execução contratual, entre as quais se destacam a necessidade de maior detalhamento dos procedimentos de fiscalização contratual, a interface com a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, condições de pagamento que propiciam economia e melhores resultados contratuais e os meios alternativos de resolução de controvérsias.

Desse modo, a primeira seção é dedicada aos recebimentos provisório e definitivo do objeto contratado, a segunda seção é dedicada às novas regras sobre condições de pagamento, inclusive sobre a ordem cronológica, e a terceira seção apresenta um panorama legal e doutrinário sobre a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

A elaboração deste artigo teve como ponto de partida a transcrição, organizada em tópicos, dos dispositivos da nova Lei que abordam essas temáticas. Assim, exceto quando feita referência expressa a outra lei ou fonte bibliográfica, todas as regras apresentadas são da Lei nº 14.133/2021.

RECEBIMENTO DO OBJETO

Os prazos e os métodos para a realização dos recebimentos provisório e definitivo do objeto contratado devem ser definidos em regulamento ou no contrato.

No caso das compras, o artigo 40, § 1º, inciso II, da nova Lei determina que o termo de referência contenha indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso.

Para Meirelles (1999), o recebimento provisório se efetua em caráter experimental, dentro de um período determinado, para verificação da perfeição do objeto do contrato, mediante realização de provas ou testes necessários à comprovação de sua qualidade, resistência, operatividade e conformidade com o projeto e especificações.

O § 4º do artigo 140 da nova Lei, reproduzindo a regra do artigo 75 da Lei nº 8.666/1993, dispõe que, salvo disposição em contrário constante do edital ou de ato normativo, os ensaios, os testes e as demais provas para aferição da boa execução do objeto exigidos por normas técnicas oficiais devem correr por conta do contratado.

A partir da Instrução Normativa nº 5/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão⁹⁵ e da Instrução Normativa nº 102/2020 do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA⁹⁶, é possível formular os seguintes exemplos de regras a serem previstas em regulamento sobre métodos e prazos de recebimento **provisório**:

95 Que 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.

96 Que dispõe sobre os procedimentos de planejamento, parametrização de preços de referência, contratação, gestão, acompanhamento e fiscalização de contratos, convênios e outros ajustes congêneres, relativos a obras e serviços de engenharia componentes da infraestrutura básica de projetos de assentamento da reforma agrária, implantados pelo INCRA.

**NATUREZA
DO OBJETO**

EXEMPLOS DE REGRAS

**Serviços e
Compras**

- O modelo de gestão do contrato e/ou os critérios de medição e pagamento devem definir o método de avaliação da conformidade dos serviços ou produtos entregues com relação às especificações técnicas e com a proposta do contratado, com vistas ao recebimento provisório;
- O modelo de gestão do contrato e/ou os critérios de medição e pagamento devem definir, sempre que pertinente, uma lista de verificação para os aceites provisório e definitivo, a serem usadas durante a fiscalização do contrato;
- Durante a execução do objeto, fase do recebimento provisório, o fiscal designado deverá monitorar constantemente o nível de qualidade dos serviços ou produtos para evitar a sua degeneração, devendo intervir para requerer à contratada a correção das faltas, falhas e irregularidades constatadas (*regra aplicável especialmente aos serviços de natureza contínua ou aos fornecimentos contínuos*);
- Para efeito de recebimento provisório, ao final de cada período estipulado no edital ou contrato, o fiscal deverá apurar o resultado das avaliações da execução do objeto e, se for o caso, a análise do desempenho e qualidade da prestação dos serviços realizados ou produtos fornecidos em consonância com os indicadores previstos no ato convocatório, que poderá resultar no redimensionamento de valores a serem pagos ao contratado, registrando em relatório a ser encaminhado ao responsável pela liberação dos pagamentos (*regra aplicável especialmente aos serviços de natureza contínua ou aos fornecimentos contínuos*);
- O responsável pelo acompanhamento e fiscalização do contrato deve elaborar relatório circunstanciado, em consonância com as suas atribuições, contendo o registro, a análise e a conclusão acerca das ocorrências na execução do contrato e demais documentos que julgue necessários, devendo encaminhá-los ao responsável pelo recebimento definitivo.
- Para efeito de recebimento provisório, ao final de cada período estipulado no edital ou contrato, o fiscal deverá verificar a efetiva realização dos dispêndios concernentes aos salários e às obrigações trabalhistas, previdenciárias e com o FGTS, dentre outros, emitindo relatório que será encaminhado ao responsável pelas medidas cabíveis (*regra aplicável especialmente aos serviços de natureza contínua*).

NATUREZA DO OBJETO**EXEMPLOS DE REGRAS****Obras e serviços de engenharia**

- O contratado deve comunicar ao contratante, por escrito, a conclusão da obra ou serviço e solicitar o seu recebimento provisório;
- O contratante terá o prazo de quinze dias⁹⁷ a contar do protocolo de comunicação escrita do contratado que informa sobre a conclusão da obra e solicita seu recebimento provisório para, por meio de sua fiscalização, realizar vistoria e, caso as condições de contrato tenham sido cumpridas, lavrar o termo de recebimento provisório;
- O responsável pelo acompanhamento e fiscalização do contrato deve verificar a conclusão das obras e/ou serviços em conformidade com os parâmetros estabelecidos no projeto de engenharia e formalizar o termo de recebimento provisório, que autoriza a utilização do empreendimento e abre o prazo previsto no contrato para observação e experimentação do empreendimento;
- O prazo de observação começará a fluir após o recebimento provisório, sendo conveniente, nesse período, submetê-la ao uso e testes que comprovem a sua adequação e funcionamento;
- A fiscalização deve dar ciência à autoridade competente da emissão do Termo de Recebimento Provisório.

Fonte: adaptado de dispositivos das Instruções Normativas nº 5/2017 (MPDG) e nº 102/2020 (INCRA).

Tomando-se como referência o artigo 140, inciso I, alínea “b”, e inciso II, alínea “b”, da Lei nº 14.133/2021, o artigo 50, inciso II, da Instrução Normativa nº 5/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e o artigo 3º, inciso LVIII, da Instrução Normativa nº 102/2020 do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, o recebimento definitivo pode ser definido nos seguintes termos: *ato que concretiza o ateste da execução do objeto, praticado após a verificação da sua conclusão em conformidade com os parâmetros estabelecidos no contrato e formalizado por termo detalhado.*

97 Reproduzimos o prazo da Instrução Normativa nº 102/2020, em caráter exemplificativo.

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.

Ainda se tratando de **obra**, o recebimento definitivo pela Administração não exime o contratado (pelo prazo mínimo de 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. Ademais, em caso de vício, defeito ou incorreção identificados, o contratado ficará responsável pela reparação, pela correção, pela reconstrução ou pela substituição necessárias.

Enquanto o artigo 76 da Lei nº 8.666/1993 dispõe que a Administração **rejeitará**, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato, o § 1º do artigo 140 da nova Lei dispõe que a Administração, nas mesmas hipóteses, **poderá** rejeitar o objeto, no todo ou em parte.

Esse incremento do grau de discricionariedade não deve, entretanto, ser entendido como relativização do princípio da vinculação ao edital previsto no artigo 5º do novo diploma legal, mas, sim, interpretado à luz do disposto em seu artigo 147.

Nos termos do artigo 147, se constatada irregularidade na execução contratual, a Administração deve primeiramente buscar seu saneamento, ou seja, tomar medidas para que as condições contratuais sejam efetivamente cumpridas.

Não sendo possível o saneamento, a Administração deve adotar uma das seguintes medidas:

- » decidir pela suspensão da execução contratual;
- » optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação das sanções cabíveis;
- » decidir pela declaração de nulidade do contrato.

O artigo 96, § 2º, o artigo 115, § 5º, e o artigo 137, § 2º, da nova Lei contêm regras afetas à suspensão da execução contratual, enquanto o artigo 71, § 1º, o artigo 76, § 6º, o artigo 94, § 1º, e o artigo 149 trazem regras afetas à nulidade dos contratos.

A decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a nulidade deve ser adotada somente na hipótese em que se revelar medida de interesse público, mediante avaliação de aspectos como: os impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas; despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados; custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato.

Esses critérios se harmonizam com a previsão dos artigos 20 a 22 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro⁹⁸ de que, na esfera administrativa, as decisões devem considerar aspectos como as consequências práticas, os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, além das exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados, e indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais.

Nesse sentido, com vistas à continuidade da atividade administrativa, a autoridade pode, por exemplo, decidir que a nulidade só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até seis meses, prorrogável uma única vez.

CONDIÇÕES DE PAGAMENTO

A nova Lei faculta à Administração prever expressamente no edital ou no contrato o pagamento em conta vinculada ou pagamento pela efetiva comprovação

98 Decreto-Lei nº 4.657/1942, com as alterações promovidas pelas Leis nº 12.376/2010 e nº 13.655/2018.

do fato gerador e traz a seguinte hipótese específica de adoção dessas modalidades de pagamento (**grifamos**):

Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. [...]

*§ 3º Nas **contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra**, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas: [...]*

III - efetuar o depósito de valores em conta vinculada;

V - estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.

§ 4º Os valores depositados na conta vinculada a que se refere o inciso III do § 3º deste artigo são absolutamente impenhoráveis.

Tais regras são análogas às contidas no artigo 18 da Instrução Normativa nº 5/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e no artigo 8º do Decreto Federal nº 9.507/2018, ambos aplicáveis às contratações de serviços pela Administração Pública federal.

O Anexo I da citada Instrução Normativa define conta vinculada como aquela “aberta pela Administração em nome da empresa contratada, destinada exclusivamente ao pagamento de férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias aos trabalhadores da contratada, não se constituindo em um fundo de reserva”, e pagamento pelo fato gerador como a “situação de fato ou conjunto de fatos, prevista na lei ou contrato, necessária e suficiente a sua materialização, que gera obrigação de pagamento do contratante à contratada”.

Não obstante, a Lei nº 14.133/2021 não reproduziu essas definições, de modo que os agentes públicos responsáveis pela elaboração de editais e minutas contratuais devem ter cautela, inclusive recorrendo ao auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, ao adotar conceitos oriundos de regulamentos específicos em cada caso concreto.

Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, pode ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato. A remuneração variável deve ser motivada e adstrita ao limite orçamentário fixado para a contratação.

Por exemplo, consistindo o objeto em prestação de serviços de limpeza e asseio predial, o contrato pode prever que o valor dos pagamentos será obtido mediante a aplicação dos preços unitários contratados às correspondentes quantidades de serviços efetivamente realizados, aplicando-se eventual desconto em função da pontuação obtida em relatório de avaliação⁹⁹. Os quadros a seguir sintetizam, de forma bastante simplificada, como se poderia aplicar a remuneração variável nesse caso.

99 Exemplo adaptado de SÃO PAULO. Secretaria da Fazenda. Prestação de Serviços de Limpeza, Asseio e Conservação Predial, volume 3, versão Janeiro/2017, p. 76.

Quadro 1. Itens de avaliação da limpeza

ITENS	ÓTIMO	BOM	REGULAR	RUIM
Móveis em geral				X
Paredes			X	
Pisos		X		
Janelas (face interna)	X			
Janelas (face externa)				X

Fonte: adaptado de SÃO PAULO, 2017, p. 139.

Quadro 2. Relatório de avaliação

	QUANTIDADE (A)	EQUIVALÊNCIA (E)	PONTOS OBTIDOS (A X E)
Quantidade de ótimo =	1	x 100 =	100
Quantidade de bom =	1	x 80 =	80
Quantidade de regular =	1	x 50 =	50
Quantidade de ruim =	2	x 30 =	60
TOTAL			290
Nota (TOTAL ÷ número de itens)			58

Fonte: adaptado de SÃO PAULO, 2017, p. 143.

Resultado final

Liberação total da fatura	NOTA MAIOR OU IGUAL A 90 PONTOS
Liberação de 90% da fatura	NOTA entre 70 e 89,9 PONTOS
Liberação de 80% da fatura	NOTA entre 60 e 69,9 PONTOS
Liberação de 65% da fatura	NOTA entre 50 e 59,9 PONTOS
Liberação de 50% da fatura	NOTA MENOR OU IGUAL A 49,9 PONTOS

Fonte: adaptado de SÃO PAULO, 2017, p. 143

Já o § 1º do artigo 144 da nova Lei prevê a possibilidade de o pagamento ser ajustado em base percentual sobre o valor economizado em determinada despesa, quando o objeto do contrato visar à **implantação de processo de racionalização**, hipótese em que as despesas correrão à conta dos mesmos créditos orçamentários, na forma de regulamentação específica.

É o caso do contrato de eficiência, definido pelo inciso LIII do artigo 6º da nova Lei, que tem por objeto a prestação de serviços e 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, remunerando o contratado com base em percentual da economia gerada.

A **antecipação de pagamento** somente é permitida quando propiciar sensível economia de recursos ou representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço, mediante prévia justificativa no processo licitatório e previsão expressa no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta.

Inexistindo essa prévia justificativa e previsão em edital, a nova Lei veda que acordo entre as partes, formalizado em termo aditivo, antecipe o pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço, conforme previsão expressa em seu artigo 124, inciso II, alínea “c”.

A nova Lei inclusive considera as alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados como hipótese de superfaturamento, ou seja, de dano provocado ao patrimônio da Administração (artigo 6º, inciso LVII, alínea “d”).

Por outro lado, se o edital de licitação ou o instrumento formal de contratação direta autorizar expressamente a antecipação de pagamento, a Administração poderá exigir a prestação de garantia adicional como condição para o pagamento antecipado e deverá exigir a devolução dos valores pagos quando o objeto não for executado no prazo estipulado.

Ordem cronológica de pagamentos

No dever de pagamento pela Administração, deve ser observada a ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos, **subdividida** nas seguintes categorias de contratos: fornecimento de bens; locações; prestação de serviços; realização de obras.

A ordem cronológica pode ser alterada, mediante prévia justificativa da autoridade competente e posterior comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao tribunal de contas competente, exclusivamente nas seguintes situações:

- » grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública;
- » 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;
- » pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes¹⁰⁰, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;

100 Os sistemas estruturantes são aqueles que oferecem apoio informatizado a atividades como a execução financeira e orçamentária, a administração de pessoal, contabilidade, auditoria e serviços gerais (adaptado de Serpro – URL: <https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-antigas/noticias-2015/voce-sabe-o-que-sao-sistemas-estruturantes>, acesso em 19/09/2021).

- » pagamento de direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada;
- » 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.

MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

O *caput* do artigo 151 da nova Lei **faculta** à Administração utilizar os meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias em suas contratações, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Na sequência, o parágrafo único **exige** que tais meios sejam aplicados às controvérsias relacionadas a **direitos patrimoniais disponíveis**.

Do ponto de vista legal, **a mediação** consiste na atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 13.140/2015).

Já na **conciliação**, o conciliador atua preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, podendo sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem (art. 165, § 2º, do Código de Processo Civil).

A respeito desses temas, o Conselho Nacional de Justiça propõe as seguintes definições:

Conciliação é uma conversa/negociação que conta com a participação de uma pessoa imparcial para favorecer o diálogo e, se necessário, apresentar ideias para a solução do conflito. (...)

Mediação é uma conversa/negociação intermediada por alguém imparcial que favorece e organiza a comunicação entre os envolvidos no conflito¹⁰¹.

Do ponto de vista legal, os **Comitês de Resolução de Disputas** têm a finalidade de prevenir e solucionar de forma célere, técnica e com base na estrita observância das cláusulas contratuais os litígios que surgirem durante a execução do contrato, de modo a reduzir os custos correlatos e a proteger o escopo contratual e o seu cronograma de execução (art. 2º do Projeto de Lei nº 9.883/2018 da Câmara dos Deputados).

Segundo Pozzebon e Faxina (2021), o comitê de resolução de disputas (em inglês, dispute board), constituído em geral no início da relação contratual, “é composto por um ou mais profissionais (na maioria dos casos, três) escolhidos pelas partes contratantes, que acompanham de forma periódica o andamento do contrato, formando, desse modo, uma espécie de junta.” Explicam os autores que, “se ao longo da execução surge uma demanda que padece de expressa previsão contratual, podem as partes recorrer ao dispute board, que recomendará e/ou determinará a parte responsável por suportar os custos e serviços relacionados a essa nova contingência” (POZZEBON; FAXINA, 2021).

Por sua vez, do ponto de vista legal, a Lei nº 9.307/1996 autoriza que a administração pública direta e indireta se utilize da **arbitragem** para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (artigo 1º, § 1º).

Nos termos da mesma Lei, as partes podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral, a primeira definida como “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem eventuais litígios”, e o segundo como “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial” (artigos 3º, 4º e 9º).

101 Conselho Nacional de Justiça - URL: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/>, acesso em 19/09/2021.

De acordo com o § 3º do artigo 2º da Lei nº 9.307/1996 e o artigo 152 da Lei nº 14.133/2021, no âmbito das contratações públicas, a arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Para exemplificar um contexto de aplicação de meios alternativos de resolução de conflitos extraído da própria Lei nº 14.133/2021, vislumbra-se a hipótese do artigo 143, quando há controvérsia sobre a execução do objeto, quanto à dimensão, qualidade e quantidade. Caso as partes não cheguem a um consenso, é possível recorrer à arbitragem ou ao comitê de resolução de disputas, por exemplo. A esse respeito, são válidos os ensinamentos de Wald (2005):

21. Nos contratos cuja totalidade dos efeitos não se exaure de imediato, podem surgir, entre as partes, divergências ou litígios referentes à interpretação das cláusulas ou à execução das prestações. Tais divergências podem encontrar soluções já previstas pelo contrato ou serem negociadas posteriormente, ou, caso contrário, ensejar litígios entre os contratantes, que se resolverão por arbitragem ou pela via judiciária. [...] 23. A distinção entre as simples divergências e os litígios decorre da densidade do desacordo existente entre os contratantes, das disposições contratuais que podem definir o regime que lhes são aplicáveis e da própria postura das partes. 24. É possível que o contrato incompleto dê competência a um terceiro para fixar determinados elementos, valores ou condições que não puderam ser definidos adequadamente no momento de sua celebração. 25. A delegação de competência e um mandatário comum de ambas as partes, para determinados fins, pode decorrer do próprio contrato. (WALD, 2005 apud STJ - REsp nº 1569422 / RJ (2015/0177694-9), Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Publicação: Revista Eletrônica da Jurisprudência, 20/05/2016)

O artigo 153 da nova Lei autoriza que os contratos sejam aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias, mas silencia sobre o aditamento se dar unilateralmente pela Administração ou por acordo entre as partes.

Em ambos os casos, entretanto, nos termos do artigo 154, o processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas deve observar critérios isonômicos, técnicos e transparentes. No mesmo sentido, a conciliação e a mediação deverão ser informadas pelos princípios da independência e da imparcialidade (art. 166 do Código de Processo Civil).

Por fim, o artigo 32, *caput* e inciso II, da Lei nº 13.140/2015 faculta à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, com competência para avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público, e atuação conforme o respectivo regulamento.

Na ausência de câmara criada na forma do citado artigo 32, o artigo 33 autoriza os entes federativos a dirimir seus conflitos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I da Lei nº 13.140/2015.

CONCLUSÃO

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos exige formalizações e práticas por parte da Administração Pública de maneira mais explícita e mais detalhada em relação às exigências de mesma natureza da Lei nº 8.666/1993, tais como a regulamentação dos procedimentos de recebimento do objeto e de adoção de meios alternativos de resolução de controvérsias.

Por outro lado, viabiliza ao gestor público obter mais eficiência e economicidade em suas contratações, seja pela possibilidade de pagamento antecipado ou pagamento com base no desempenho do contratado, seja pela possibilidade

de compensar descumprimentos contratuais através das soluções que menos representem prejuízos aos cofres públicos e à população em geral.

Espera-se que este artigo tenha contribuído para os estudos acerca dessas formalizações e práticas, bem como para o trabalhoso caminho a ser trilhado pela Administração Pública para viabilizar a aplicação das novas regras nos diferentes contextos aos quais elas se destinam, com resultados satisfatórios para todos os envolvidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Instrução Normativa nº 102, de 7 de dezembro de 2020. Publicada no Diário Oficial da União em 11/12/2020. Edição n. 237. Seção n. 1. Página 4.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017. Publicada no Diário Oficial da União em 26/05/2017. Edição n. 100. Seção n. 1. Página 90.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 1999. 448 p.

POZZEBON, Leonardo Marquezze; FAXINA, Mariana de La Cruz. A chegada do dispute board na administração pública brasileira. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/338582/a-chegada-do-dispute-board-na-administracao-publica-brasileira>>. Acesso em 19 set 2021.

SÃO PAULO. Secretaria da Fazenda. Prestação de Serviços de Limpeza, Asseio e Conservação Predial, volume 3, versão Janeiro/2017. 145 p.

WALD, Arnoldo. A Arbitragem Contratual e os Dispute Boards. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 2. n. 6, p. 9-24, jul./set. 2005.

CAPÍTULO XX

O CONTROLE DA REGULARIDADE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NA NOVA LEI

Maira Coutinho Ferreira Giroto
Maria das Graças Bigal Barboza da Silva

INTRODUÇÃO

O Título IV da Lei nº 14.133/2021 é dedicado à matéria das irregularidades nos processos licitatórios e contratos administrativos, dividindo-se no Capítulo I, que delimita e disciplina as infrações e sanções administrativas, no Capítulo II, que dispõe sobre as impugnações, os pedidos de esclarecimentos e os recursos administrativos, e no Capítulo III, que aborda o importante tema do controle das contratações públicas.

O presente artigo apresenta aspectos relevantes desse trecho da nova Lei de Licitações, não como intuito de abordar na totalidade as novidades trazidas pelo teor dos dispositivos legais nele abrangidos, mas, sim, como uma tentativa de contribuir para os estudos e os debates que eles suscitam e que permearão os atos e as decisões administrativas com o início da adoção da nova Lei pela Administração Pública em geral.

RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE LICITANTES E CONTRATADOS

O artigo 155 da Lei nº 14.133/2021 relaciona as infrações pelas quais o licitante ou o contratado deve ser responsabilizado administrativamente e o artigo 156 elenca as sanções aplicáveis a priori a cada infração. A Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 87, elenca sanções da mesma natureza, porém, sem definir as infrações administrativas, referindo-se de modo genérico a quaisquer situações que configurem inexecução total ou parcial do contrato.

A nova Lei determina que, na aplicação das sanções, sejam considerados os seguintes critérios: a natureza e a gravidade da infração cometida; as peculiaridades do caso concreto; as circunstâncias agravantes ou atenuantes; os danos que dela provierem para a Administração Pública; e a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

Quanto aos três primeiros critérios, a previsão guarda consonância com o artigo 22, § 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, que incluiu disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Quanto ao programa de integridade, sua previsão tem paralelo na Lei nº 12.846/2013, que estabelece que a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade seja levada em consideração na aplicação de sanções administrativas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis por atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira.

Paralelamente aos critérios a serem observados na aplicação de sanções administrativas, a nova Lei de Licitações prevê expressamente que a aplicação de quaisquer sanções dessa natureza não exclui, em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública.

A respeito da incidência de cada espécie de sanção, em específico, a **advertência** é aplicável ao contratado que der causa à inexecução parcial do contrato, quando

não se justificar a imposição de penalidade mais grave, enquanto a **multa** é aplicável a todas as infrações administrativas, inclusive cumulativamente à aplicação de qualquer das demais penalidades.

O **impedimento de licitar e contratar** é aplicável às seguintes infrações (quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave): dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano; dar causa à inexecução total; deixar de entregar a documentação exigida para o certame; não manter a proposta; não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação; ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado.

Essa sanção impede o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do **ente federativo** que a tiver aplicado, pelo prazo máximo de três anos. Nesse ponto, a nova norma guarda consonância com o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo acerca do alcance dessa penalidade, consolidado na seguinte súmula:

SÚMULA TCESP Nº 51 - A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (artigo 87, IV da Lei nº 8.666/93) tem seus efeitos jurídicos estendidos a todos os órgãos da Administração Pública, ao passo que, nos casos de impedimento e suspensão de licitar e contratar (artigo 87, III da Lei nº 8.666/93 e artigo 7º da Lei nº 10.520/02), a medida repressiva se restringe à esfera de governo do órgão sancionador.

A **declaração de inidoneidade**, por sua vez, é aplicável às seguintes infrações: apresentar declaração/documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude; praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação; praticar ato lesivo previsto no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013.

Ademais, essa sanção é aplicável a todas as demais infrações, quando justifiquem a imposição de penalidade mais grave que o impedimento de licitar e contratar, exceto à inexecução parcial do contrato que não tenha causado grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo. Impede, ainda, o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de **todos os entes federativos**, pelo prazo mínimo de três anos e máximo de seis anos.

A nova Lei determina que, para fins de aplicação das sanções, o Poder Executivo **regulamente** a forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos.

Quanto ao aspecto procedimental, na aplicação de multa, deve ser facultada a defesa do interessado no prazo de quinze dias úteis, contado da data de sua intimação.

Já a aplicação do impedimento de licitar e contratar e da declaração de inidoneidade depende de instauração de **processo de responsabilização**, a ser conduzido por comissão composta de dois ou mais servidores estáveis. Em órgão ou entidade da Administração Pública cujo quadro funcional não seja formado de servidores estatutários, a comissão será composta de dois ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, preferencialmente com, no mínimo, três anos de tempo de serviço no órgão ou entidade.

A comissão deve avaliar fatos e circunstâncias conhecidos e intimar o licitante ou contratado para, no prazo de quinze dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir.

Na hipótese de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão, a Lei faculta ao licitante ou contratado apresentar alegações finais no prazo de quinze dias úteis, contado da data da intimação.

A Lei determina que, no prazo máximo quinze dias úteis, contado da data de aplicação da sanção, o órgão ou entidade informe e mantenha atualizados os dados relativos às sanções por ele aplicadas, para fins de publicidade no Cadastro

Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), instituídos no âmbito do Poder Executivo federal.

No caso das infrações de *apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato e de praticar ato lesivo à Administração Pública, nacional ou estrangeira elencado no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)*, a reabilitação do licitante ou contratado perante a autoridade que aplicou a penalidade depende da implantação ou aperfeiçoamento de **programa de integridade** pelo responsável.

O Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei nº 12.846/2013, traz a seguinte definição de programa de integridade:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

A Lei nº 14.133/2021 trouxe expressamente para as contratações públicas, também, a possibilidade de que seja **desconsiderada a personalidade jurídica** sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos nela previstos ou para provocar confusão patrimonial.

Nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, à pessoa jurídica sucessora ou 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.

A desconconsideração da personalidade jurídica já foi adotada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em decisão pela impossibilidade de habilitação, em procedimento licitatório, de licitante subsidiária integral de empresa declarada inidônea. Entendeu o Relator que configuraria estímulo à impunidade admitir-se que a alteração da razão social de determinada sociedade comercial, sancionada por adotar conduta lesiva ao interesse público, pudesse invalidar a correspondente penalidade¹⁰².

Em outra ocasião, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo externou o entendimento de que “é possível a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, para impedir a participação, em licitação, de empresa com mesmos sócios e objeto de outra empresa declarada inidônea, sob pena de frustrar a eficácia da sanção administrativa”¹⁰³.

AS TRÊS LINHAS DE DEFESA E O EXAME PRÉVIO DE EDITAIS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar um edital de licitação por irregularidade na aplicação da Lei nº 14.133/2021, junto ao Tribunal de Contas competente, ou para solicitar esclarecimentos sobre os seus termos, junto ao órgão licitante. A resposta à impugnação ou ao pedido de esclarecimento deve ser divulgada em sítio eletrônico oficial no prazo de até 3 (três) dias úteis, limitado

102 TCE-SP - TC-002735.989.13-9, Relator: Edgard Camargo Rodrigues, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 124 (3), de 07/01/2014

103 TCE-SP - TC-017578.989.19-6, Relator: Alexandre Manir Figueiredo Sarquis, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 130 (179), de 26/09/2020.

ao *último dia útil anterior* à data da abertura do certame, conforme o artigo 164 e parágrafo único.

O interessado, muito embora possa peticionar nas duas esferas, usualmente aguarda o retorno da solicitação de esclarecimentos e, não satisfeito, entra no respectivo Tribunal de Contas com o pedido de impugnação, *no último dia útil anterior à data da abertura do certame*.

Preliminarmente ao tema, cabe esclarecer que a nova Lei trouxe regras robustas ao controle prévio das licitações. Trata de temas centrais de olho nos resultados para a Administração, na harmonia interna com o mercado, na governança e na integridade.

Coloca a implantação da governança na forma *top down*, ou seja, patrocinada pela alta administração do órgão ou da entidade pública, envolvendo processos e estruturas, gestão de riscos, controle interno e *compliance*, junto com um programa de integridade, formando o bloco interno da governança. Esse conjunto é que dará a direção aos processos de contratação.

A referida governança das contratações públicas traz a obrigação do mapa de riscos, a percepção dos pontos vulneráveis, os mecanismos de controle interno e dos códigos de conduta e o programa de integridade.

Outro aspecto, não menos importante, é alinhá-las ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias, o que se sugere planejar.

As linhas de defesa definidas no artigo 169 consideram, como primeiro filtro desse movimento, os integrantes que atuam nos processos de contratação. Conforme o artigo 7º, *caput* e § 1º, essa atuação deve observar o princípio de segregação de funções, e à autoridade máxima do órgão ou entidade cabe promover gestão por competências. O § 2º do artigo 7º, por sua vez, estabelece que essas duas condições também se aplicam aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração.

Como segundo filtro, destaca-se o assessoramento jurídico e o controle interno. Este último não é uma faculdade dos entes federativos, que devem editar atos

normativos próprios, em função das regras constitucionais, vis a vis suas realidades. Sob esse tema, inúmeras publicações e capacitações foram direcionadas no sentido da implantação dessa estrutura de controle, a exemplo de publicação do TCESP, em janeiro de 2020 (tce.sp.gov.br/publicacoes/controlle-interno).

Controlar significa fiscalizar as atividades das pessoas, físicas e jurídicas, evitando que a objetivada entidade não se desvie das normas preestabelecidas ou das boas práticas recomendadas. E o adjetivo “interno” quer dizer que, na Administração Pública, o controle será exercido por servidores da própria entidade auditada, conforme as normas, regulamentos e procedimentos por ela própria determinada, em consonância, óbvio, com os preceitos gerais da Constituição e das leis que regem o setor público (SÃO PAULO, 2019, p. 9).

No entanto não há que se confundir o controle interno de um órgão com um **sistema de controle interno**, a ser mantido de forma integrada pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, conforme preceitua o artigo 74 da Constituição Federal.

Segundo Carvalho Filho (2015), cada Poder deve possuir, em sua estrutura, órgãos (inspetorias, departamentos etc.) especialmente destinados à verificação dos recursos do erário, com a atribuição de fiscalizar as contas internamente.

A Lei traz, em seu artigo 19, inciso IV, obrigações da Administração que implicam os órgãos de assessoramento jurídico, aos quais o artigo 53 incumbe a missão de realizar o controle prévio da legalidade das contratações públicas, redigindo 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.

A terceira linha de defesa do artigo 169 se refere aos papéis do órgão central de controle interno da Administração e do Tribunal de Contas, organismo externo à

administração do órgão ou entidade contratante, que devem ter suas atribuições definidas nos regulamentos internos, regimentos e nas Constituições Federal e Estaduais.

Na Constituição Federal, os Tribunais de Contas têm suas atribuições definidas a partir do artigo 70, concluídas pelo artigo 75:

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

Partindo desta reflexão sobre as linhas gerais que deverão nortear as licitações sob a égide da Lei nº 14.133/2021, passamos a tratar do tema sobre a impugnação do edital perante os Tribunais de Contas, conforme o disposto no § 1º do artigo 171:

Art. 171, § 1º Ao suspender **cautelamente** o processo licitatório, **o Tribunal de Contas deverá** pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, contado da data do recebimento das informações a que se refere o § 2º deste artigo, prorrogável por igual período uma única vez, **e definirá objetivamente:**

I - as causas da ordem de suspensão;

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

Com relação ao inciso II, é possível vislumbrar um equívoco por parte do legislador, tendo em vista o que dispõe o § 3º, também do artigo 171:

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

Não há elementos, tempo hábil e fundamentos para que os Tribunais de Contas possam concluir pela solução, a cargo da administração do órgão, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência.

A gestão do órgão compete aos respectivos dirigentes, que têm a obrigação de estruturar e capacitar suas equipes de contratações públicas, os quais, ademais, quando se tratar de contratação de objetos essenciais ou contratação emergencial, em sendo verificada falta de planejamento ou inobservância dos prazos previstos para impugnações e recursos, devem tomar as decisões que a Lei impõe, observando-se o disposto no § 2º do artigo 171:

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

I - informar as medidas adotadas para cumprimento da decisão;

II - prestar todas as informações cabíveis;

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

Por todo o exposto, vislumbra-se a necessidade de que, além de regulamentados, os incisos I e II do § 1º do artigo 171 sejam estudados e debatidos em todas as instâncias de aplicação e fiscalização das contratações públicas, de forma a ser construído o melhor entendimento sobre as regras por eles impostas, de modo a viabilizar sua aplicação dentro da prerrogativa de discricionariedade do administrador público e das atribuições constitucionais dos órgãos de controle externo, e quiçá suscitar a possibilidade de adequação do texto legal.

CONCLUSÃO

A Lei nº 14.133/2021 incorporou em seu texto e, por consequência, consolidou no âmbito das contratações públicas importantes conceitos e institutos criados no ordenamento jurídico brasileiro nas últimas décadas com o objetivo de conferir eficiência e combater a corrupção nas relações entre os setores público e privado.

Os resultados almejados pela nova Lei dependem da viabilidade de implementação, por exemplo, do programa de integridade, da desconsideração da personalidade jurídica e das três linhas de defesa, conceitos e institutos tratados especificamente no Título IV da Lei, endereçado à prevenção e mitigação de irregularidades e às diversas modalidades de controle.

Por outro lado, algumas das novas regras inauguradas exigem ainda estudos e ponderações por parte da Administração Pública e dos órgãos de controle, de modo que sua aplicação se faça dentro das balizas que norteiam a atividade pública, consagradas pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2015. 1311 p.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Controle Interno. São Paulo: TCESP, 2019. 61 p.

CAPÍTULO XXI

UM NOVO PARADIGMA DE TRANSPARÊNCIA: O PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Elias Santos Ferreira

INTRODUÇÃO

A nova Lei de Licitações traz inúmeras inovações em seus 194 artigos, algumas bastante aclamadas, outras muito criticadas, e diversas outras que dependem de regulamentação.

Este artigo vai tratar de uma de suas inovações mais polêmicas, e certamente a mais disruptiva, ao menos no campo tecnológico, que é o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, previsto em seus artigos 174 a 176 – Capítulo I do Título V – Disposições Gerais.

A divulgação centralizada e obrigatória de todos os atos exigidos pela nova Lei de Licitações representa um marco de transparência, proporcionando o acesso, tanto a cidadãos como fornecedores, a todos os dados de compras e contratações, de todos os órgãos e entidades da União, Estados e Municípios.

O armazenamento contínuo destas informações consolidará, em breve, uma riquíssima base de dados, que possibilitará seu aproveitamento em estudos estatísticos, com potencial para tecnologias que utilizem big data e inteligência artificial¹⁰⁴.

Segundo cálculos do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), seria possível um aumento de 4% no PIB do país apenas com o aumento da eficiência nas compras públicas. E o PNCP, ao centralizar as informações sobre licitações e compras públicas num só lugar, contribuirá para a consecução deste objetivo, na medida em que permitirá ao governo atrair melhores fornecedores, tanto no Brasil como no exterior, de acordo com a aludida instituição¹⁰⁵.

Comentaremos a seguir a regulamentação da divulgação dos editais de licitação e dos contratos dele decorrentes na legislação anterior, os principais contornos do novo Portal, segundo os dispositivos da nova Lei de Licitações, as críticas e questionamentos a respeito de sua complexa concretização e sua constitucionalidade, e por fim a sua atual fase de implementação, com suas primeiras funcionalidades.

LEGISLAÇÃO ANTERIOR – LEI 8.666/1993

Preliminarmente, é importante ressaltar que a Lei 8.666/1993 teve sua revogação prorrogada por dois anos, período em que conviverá com a nova Lei de Licitações, vedada a aplicação combinada entre as leis, nos termos dos artigos 191 e 193, inciso II, desta última Lei.

Nesta esteira, oportuno destacar o Comunicado SDG nº 31/2021, que recomenda que, independente da possibilidade conferida de utilização simultânea das Leis nº 8.666/1993 e nº 14.133/2021, vedadas a combinação de preceitos de uma e de outra,

104 Pontuado pelo representante do BID, Morgan Doyle, no webinar de lançamento do PNCP em 09/08/2021.

105 <https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2021/portal-nova-lei-licitacoes>

os Poderes e órgãos das esferas do Estado e dos Municípios avaliem a conveniência e oportunidade sobre a imediata adoção das regras da Lei 14.133/2021, em razão do grande número de dispositivos dependentes de regulamentação que poderão definir interpretações de variada ordem.

O aviso é oportuno, pois já tivemos caso concreto neste Tribunal de edital mesclando as duas leis, como no processo TC-012253/989/21.

Posto isto, voltamos às regras de divulgação de editais de licitação e contratos na legislação precedente.

A divulgação dos editais de concorrência, tomada de preços e leilão dos Estados e Municípios, na vigência da Lei 8.666/1993, era realizada mediante a publicação dos avisos contendo os resumos dos editais no Diário Oficial do Estado, em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houvesse, em jornal de circulação no Município ou na região onde seria realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição (art. 21 e incisos da Lei 8.666/1993).

O aviso publicado deveria conter a indicação do local onde os interessados pudessem obter o texto integral do edital, uma vez que era publicado somente um “resumo” (art. 21, § 1º, da Lei 8.666/1993).

As licitações ou conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas cujo valor estimado fosse superior a R\$ 150 (cento e cinquenta) milhões, deveriam ser precedidas de uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital (art. 39 da Lei 8.666/1993).

As licitações na modalidade “convite” sequer requeriam publicação – bastava a afixação da cópia do instrumento convocatório “em local apropriado” (art. 22, § 3º da Lei 8.666/1993).

As dispensas de licitação e as inexigibilidades deveriam ter seus atos de ratificação pela autoridade superior publicados na Imprensa oficial, como condição de eficácia (art. 26 da Lei 8.666/1993).

Quanto aos contratos, a publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que era condição indispensável para sua eficácia (art. 61, § único da Lei 8.666/1993).

Há outras legislações que poderíamos abordar, como a Lei nº 10.520/2002, Lei do Pregão, a Lei nº 12.462/2011, que trata do Regime Diferenciado de Contratações – RDC, e a Lei nº 13.303/2016, Lei das Estatais, cada uma com suas normas específicas sobre a divulgação das licitações e contratos, mas julgamos ser mais produtivo nos ater à Lei de Normas Gerais.

Como se verá a seguir, a nova legislação avançou muito nesta questão da divulgação dos editais de licitação e dos respectivos contratos, tanto pelo alcance e disponibilidade das informações como pelo teor da publicação: um exemplo é a obrigação anterior de publicar apenas um resumo do edital, enquanto agora o edital completo, inclusive seus anexos, deve ser divulgado no PNCP.

COMO É AGORA – O PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – PNCP

O Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP – é um sítio eletrônico oficial, destinado à divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela nova Lei de Licitações, bem como à realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos três Poderes, de todas as esferas de governo, nos termos do artigo 174, incisos I e II da nova Lei de Licitações.

Não obstante, irá conviver com os já existentes sítios eletrônicos oficiais e portais públicos ou privados (ou que venham a ser implementados), destinados à divulgação dos aludidos atos e à realização das respectivas contratações, desde que mantida a integração destes com o PNCP, através de APIs (*Application*

Programming Interface), de modo a preservar a autenticidade e integridade das informações. Importante salientar que a solução foi e está sendo desenvolvida de modo a não permitir a inserção de dados manuais no sistema.

Será gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, presidido por representantes indicados pela União, Estados e Distrito Federal e Municípios, nos termos do artigo 174, § 1º e incisos¹⁰⁶. de modo a lhe dar um caráter nacional e democrático.

Segundo o artigo 174, § 2º, incisos I a VI, o Portal conterá as seguintes informações acerca das contratações:

- » Planos de contratação anuais (art. 12, inciso VII)¹⁰⁷;
- » Catálogos eletrônicos de padronização (art. 6º, LI)¹⁰⁸;
- » Editais de credenciamento e de pré-qualificação;
- » Avisos de contratação direta;
- » Editais de licitação e respectivos anexos;

106 § 1º O PNCP será gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, a ser presidido por representante indicado pelo Presidente da República e composto de:
I - 3 (três) representantes da União indicados pelo Presidente da República;
II - 2 (dois) representantes dos Estados e do Distrito Federal indicados pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração;
III - 2 (dois) representantes dos Municípios indicados pela Confederação Nacional de Municípios.

107 Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte: (...)
VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

108 Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: (...)
LI - catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras: sistema informatizado, de gerenciamento centralizado e com indicação de preços, destinado a permitir a padronização de itens a serem adquiridos pela Administração Pública e que estarão disponíveis para a licitação;

- » Atas de registro de preços;
- » Contratos e termos aditivos; e
- » Notas fiscais eletrônicas, quando for o caso.

Deverá também oferecer diversas funcionalidades, sendo que a Lei expressamente prevê as seguintes:

- » Sistema de registro cadastral unificado;
- » Painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas;
- » Sistema de planejamento e gerenciamento de contratações¹⁰⁹;
- » Sistema eletrônico para a realização de sessões públicas;
- » Acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep);
- » Sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato.

Foi atribuído um papel audacioso a este último sistema, que deverá possibilitar o envio, registro, armazenamento e divulgação de mensagens de texto ou imagens pelo interessado previamente identificado, o acesso ao sistema informatizado de acompanhamento de obras¹¹⁰, a comunicação entre a população e representantes da Administração e do contratado designados para prestar as informações e

109 Incluído o cadastro de atesto de cumprimento de obrigações previsto no § 4º do art. 88 da Lei.

110 A que se refere o inciso III do *caput* do art. 19 da Lei.

esclarecimentos pertinentes¹¹¹, e a divulgação de relatório final com informações sobre a consecução dos objetivos que tenham justificado a contratação e eventuais condutas a serem adotadas para o aprimoramento das atividades da Administração.

O PNCP terá ainda o formato de dados abertos e observará as exigências previstas na LAI – Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), dentre as quais destacamos o direito fundamental de acesso à informação, observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção, a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações, e o fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência e do controle social na Administração Pública.

Como parte da transição para a sistemática da nova Lei, os Municípios continuarão a divulgar, de modo complementar, suas contratações mediante publicação de extrato de edital de licitação, em jornal diário de grande circulação local, até 31/12/2023.

Ainda nesta esteira, os Municípios com até 20 (vinte) mil habitantes terão prazo estendido para adaptação à nova sistemática até 31/03/2027 para: treinar e designar agentes públicos, inclusive para o posto de agente de contratação, para o desempenho das funções essenciais à execução da Lei, além de promover a gestão por competências, nos termos dos seus artigos 7º e 8º; realizar licitações preferencialmente sob a forma eletrônica¹¹²; e cumprir as regras relativas à divulgação no PNCP, sendo permitido, neste ínterim, publicar em diário oficial as informações que a nova Lei exige, obrigando-se a disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições.

Sem embargo destes contornos preceituados nos artigos 174 a 176, o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP – também figura em outros dispositivos da nova Lei de Licitações, conforme exposto a seguir:

111 Na forma de regulamento – art. 174, § 3º, inciso V, alíneas “c” e “d”.

112 Admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo (art. 17, § 2º, da nova Lei de licitações).

Cálculo do valor estimado da contratação – art. 23, § 1º, inciso I

Na aquisição de bens e contratação de serviços em geral, a consulta ao painel de preços ou banco de preços em saúde disponíveis no Portal é um dos parâmetros, a serem adotados de forma combinada ou não, para definição do valor estimado da contratação.

Publicidade do edital de licitação – art. 54, caput e § 3º

A publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no PNCP.

Extrato do cartão de pagamento relativo à dispensa de licitação por valor – art. 75, § 4º

As contratações por dispensa de licitação por valor – até R\$ 100 (cem) mil, no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores, e até R\$ 50 (cinquenta) mil, no caso de outros serviços e compras, serão preferencialmente pagas por meio de cartão de pagamento, cujo extrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público no PNCP.

Cadastro unificado de licitantes – art. 87, caput

Os órgãos e entidades da Administração Pública deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no PNCP, para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento.

Condição de eficácia do contrato e seus aditamentos – art. 94, caput

A divulgação no PNCP é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos.

CRÍTICAS E QUESTIONAMENTOS

De início, muitas críticas foram feitas em razão da elevada complexidade de implementação de um sistema que abarcasse todos os órgãos e entidades dos três Poderes, de todas as esferas de governo – União, Estados e Distrito Federal, e Municípios. Somente o cadastro prévio feito com informações da base de dados da Receita Federal levantou quase 95 mil órgãos e/ou entidades a serem cadastrados¹¹³. Se imaginarmos que cada um destes cadastrados divulgará todos os atos de contratações exigidos pela Lei, nos próximos anos, mesmo não sendo da área de tecnologia da informação, logo percebemos que o desafio não é trivial.

Quanto aos aspectos jurídicos, é oportuno registrar as considerações do Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto, em sua participação nas discussões sobre a nova Lei de Licitações, em 24/05/2021¹¹⁴, promovida pela Escola Paulista de Contas Públicas deste Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no sentido de que há “possíveis inconstitucionalidades, por conta da invasão das competências federativas”.

De fato, já foram ajuizadas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs perante o Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, nenhuma delas combate o Portal Nacional de Contratações Públicas: a ADI 6915¹¹⁵, peticionada pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE, critica o artigo 10 da nova Lei de Licitações, enquanto a ADI 6890¹¹⁶, peticionada pelo Partido político SOLIDARIEDADE (SD), mira o artigo 75, inciso VIII da mesma Lei.

113 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=W25Kltdhhw8&t=8498s> - Acesso em: 26/09/2021.

114 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Pewuozu0zf4&t=2723s> - Acesso em: 26/09/2021.

115 NÚMERO ÚNICO: 0056209-65.2021.1.00.0000

116 NÚMERO ÚNICO: 0055958-47.2021.1.00.0000

Para encerrar esta parte, oportuno comentar a derrubada do veto do §º 2 do artigo 175 e § 1º do artigo 54:

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

Inicialmente vetado pela Presidência da República, os dispositivos supracitados tiveram seu veto rejeitado pelo Congresso Nacional, nos termos do artigo 57, parágrafo 3º, inciso IV, combinado com o artigo 66 e parágrafos da Constituição Federal.

IMPLEMENTAÇÃO

Lançado oficialmente em 09/08/2021¹¹⁷, 5 (cinco) meses e 7 (sete) dias após a vigência da nova Lei, o PNCP abarcará, neste primeiro momento, apenas a divulgação dos atos principais exigidos pela nova Lei, quais sejam: a publicação dos editais, avisos de contratação direta (dispensas de licitação e inexigibilidades), atas de registro de preços e contratos.

Desse modo, a nova Lei já pode ser operacionalizada, uma vez que, nos termos do seu artigo 54, a publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no PNCP; bem assim, a divulgação do contrato no PNCP é condição indispensável de eficácia do contrato, conforme artigo 94 da mesma Lei.

117 Webinar de lançamento realizado em 09/08/2021

Num esforço para dar um caráter nacional e democrático ao Comitê Gestor, a União, ao escolher seus três representantes, designou um membro de cada um dos Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Somente as licitações realizadas dentro da nova Lei deverão ser informadas ao Portal, sendo que os Municípios com até 20 (vinte) mil habitantes terão seis anos de “carência”.

Podem se integrar ao PNCP os órgãos e entidades públicos, os portais públicos, como o Comprasnet e a Bolsa Eletrônica de Compras – BEC/SP, e os portais privados.

A integração com o PNCP se dá através de APIs (*Application Programming Interface*), de modo a garantir a autenticidade e integridade das informações. A solução não permite a inserção de dados manuais no sistema.

Municípios que utilizem estes portais já integrados com o PNCP não precisam se preocupar com o envio das informações, uma vez que os respectivos portais já se encarregam de repassar os dados através dos APIs.

Contudo, se porventura o Município não aderiu ao módulo de contratos, ou este módulo não é oferecido pelo portal público ou privado a que está associado, é necessário verificar junto à sua área ou departamento de tecnologia da informação a solução de API adequada para a transmissão dos dados ao PNCP, de acordo com manual de integração do sistema disponibilizado pelos responsáveis.

O desenvolvimento do Portal vem sendo capitaneado pela Secretaria de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, com a parceria do Serpro, empresa de TI do Governo Federal, do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e da Escola Nacional de Administração Pública (Enap).

CONCLUSÃO

Sem dúvida, o Portal Nacional de Contratações Públicas foi uma das inovações mais polêmicas da nova Lei de Licitações e, apesar de ser uma novidade alvissareira, gerou muitas dúvidas sobre sua constitucionalidade e ceticismo sobre sua implementação.

Todavia, a sua gradual implementação está sendo bem conduzida pela SEGES/ME, SERPRO, BID e ENAP, e os questionamentos jurídicos serão paulatinamente pacificados, no seu devido tempo, à medida que os operadores do direito, incluindo os Tribunais de Contas, sedimentarem seus entendimentos a respeito do assunto.

É oportuno salientar que, do estudo do Portal Nacional de Contratações Públicas, cotejando-o com todos os demais dispositivos da nova Lei de Licitações, é possível perceber que há uma clara oportunidade para os Municípios, especialmente os menores, de melhorarem a gestão de suas compras e contratações públicas, se utilizarem adequadamente o plano de contratações anual (artigo 12, inciso VII), os consórcios públicos (artigo 181, § único) e o PNCP.

Por fim, considerando a importância que este Tribunal dá ao tema da Agenda 2030 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, ressaltamos que o Portal Nacional de Contratações Públicas está associado ao objetivo 16 dos ODS – “Paz, Justiça e Instituições Eficazes”, especialmente as metas 16.10 “Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais” e 16.6 “Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis”.

CAPÍTULO XXII

PROJETO E ORÇAMENTO NAS CONTRATAÇÕES DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA SEGUNDO A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Silvia M. A. Guedes Gallardo

INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.133/2021 trouxe o planejamento como um de seus princípios básicos e apresentou importantes definições a ele diretamente relacionadas, como as etapas de projeto e orçamento.

Do ponto de vista técnico da engenharia e da arquitetura, já se esperava que os projetos licitados e seus orçamentos fossem o produto de uma evolução no planejamento das obras e serviços correlatos, mas isto não foi observado na prática, sendo frequente a licitação de projetos e orçamentos incompletos e/ou imprecisos.

Tais falhas são fruto da falta de planejamento e de profissionais habilitados nos quadros técnicos da Administração, capazes tanto de desenvolver bons termos de referência para a contratação dos projetos e orçamentos quanto de avaliar o produto recebido destas contratações.

Com isto, muitas das falhas de projeto acabam sendo conhecidas somente na fase da execução das obras e serviços licitados, resultando em aditivos de prazo e de valor que poderiam ter sido evitados. O resultado final obtido, não raro, é mais caro e é alcançado muito tempo depois do que o inicialmente planejado.

Este artigo busca analisar e correlacionar as etapas de projetos juntamente com o orçamento de obras e serviços de engenharia na nova Lei de Licitações, demonstrando a importância do planejamento no alcance da eficiência e da eficácia das contratações. Inclui também análise de como os preços propostos serão avaliados pela Administração, a partir de seu orçamento de referência.

PROJETOS E TERMOS DE REFERÊNCIA PARA OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

A nova Lei apresenta todas as etapas de desenvolvimento dos projetos, desde a identificação de possíveis soluções para a demanda da Administração, no estudo técnico preliminar, até a necessidade de detalhamento da forma de execução, no projeto executivo.

Cada etapa apresenta um acréscimo no nível de detalhamento de informações em relação à etapa anterior, incluindo, conseqüentemente, uma evolução no nível de precisão do orçamento.

Estudo técnico preliminar e as primeiras estimativas do orçamento

A Lei nº 8.666/1993, ao definir projeto básico em seu artigo 6º, já previa a necessidade de elaboração prévia dos estudos técnicos preliminares – ETP, entretanto sem indicar o conteúdo esperado do documento.

Para regulamentação do referido dispositivo, o Ministério da Economia publicou a Instrução Normativa IN nº 40/2020¹¹⁸, em 26/05/2020, contemplando a forma de elaboração dos ETPs para serviços e obras de engenharia.

Na Lei nº 14.133/2021, o ETP foi definido no inciso XX do artigo 6º, como etapa inicial de planejamento. Seu conteúdo foi detalhado no § 1º do artigo 18, sem apresentar grandes diferenças em relação ao que já constava da IN 40/2020, demonstrando ser ele o documento que possibilita a definição da melhor solução técnica, financeira, social e ambiental.

Trata-se, portanto, de um documento que ilustra a necessidade da contratação, o levantamento das alternativas possíveis e a estimativa de seu custo e resultados pretendidos, tanto para projetos quanto para obras e serviços.

Quando a contratação de uma obra se dá a partir de projeto básico já elaborado - *situação que só não ocorre para o regime de contratação integrada* -, a solução de projeto já está definida, mas, ainda assim, há possibilidade e necessidade da continuação dos estudos técnicos, com vistas à elaboração do edital.

Nestes casos, podem ser determinados, por exemplo, aspectos como possibilidade de participação de empresas reunidas em consórcios e a necessidade ou não de atualização de cronogramas frente à época esperada para início das obras (a ocorrência de chuvas é um fator muito utilizado como justificativa para atrasos de cronogramas).

Quanto ao orçamento, é no ETP em que se elaboram as primeiras estimativas de preço, revelando-se informação necessária para a análise da viabilidade econômica da contratação pretendida.

118 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. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-40-de-22-de-maio-de-2020-258465807>

Para o ETP, a Lei exige estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e documentos que lhe dão suporte – art. 18, § 1º, inciso VI.

Espera-se, nesta fase de projeto, um orçamento com menor precisão, em que pode ser utilizada metodologia paramétrica e/ou expedita para determinação dos preços.

O TCU¹¹⁹ define as metodologias expedita e paramétrica da seguinte forma:

- » **Metodologia expedita:** é uma estimativa aproximada, preparada sem dados detalhados de engenharia, baseada em custos de investimento por unidade de capacidade. Assim, é feita em etapas muito iniciais do desenvolvimento dos projetos e, por isso, é menos precisa do que outros métodos de estimativa. Baseia-se na utilização de macroindicadores de custos médios por unidade característica do empreendimento.

- » **Metodologia paramétrica:** trata-se de um outro tipo de estimativa de custos, desenvolvido quando os projetos do empreendimento já se encontram em estágio mais avançado, mas ainda não contêm todos os elementos exigidos de um projeto básico. Assim, o método produz uma estimativa mais apurada do que a obtida mediante a metodologia expedita. A partir de levantamentos preliminares obtidos com base nos anteprojetos da obra e mediante a utilização de bancos de dados, separa-se a obra nas suas principais unidades/etapas/parcelas em termos de custo. Cada unidade/etapa/parcela da obra será avaliada a partir de bancos de dados alimentados com parâmetros de obras semelhantes ou com outras referências de preços.

Portanto, na metodologia expedita, pode-se definir custo de edificação por metro quadrado de área construída, custo de implantação de rodovia por quilometro implantado ou custo de estações de tratamento de água por unidade de vazão, por exemplo.

119 Orientações para Elaboração de Planilhas Orçamentárias de obras públicas – TCU – Brasília/2014.

Na metodologia paramétrica, é possível determinar custos de terraplenagem com base em volume de movimentação de terra multiplicado por distância média de transporte até o aterro ou bota-fora, custo de alvenaria por metro quadrado, considerando alvenaria, chapisco e reboco de forma aglutinada, custo de paisagismo por unidade de área, etc., sempre se considerando as estimativas de tais custos a partir de bancos de dados de obras semelhantes.

Como se trata de metodologias que determinam os orçamentos de forma aproximada, são esperadas variações para mais ou para menos em torno de 30%¹²⁰ do valor obtido, o que deve ser considerado na análise da viabilidade econômica das alternativas.

Termos de referência

Na Lei nº 8.666/1993, utiliza-se o projeto básico para licitação de obras e serviços nas modalidades de concorrência, tomada de preços e convite, ao passo que o termo de referência é utilizado para licitação de bens e serviços comuns no Pregão – Lei nº 10.520/2002. Nota-se, portanto, que tais documentos se correlacionam à modalidade licitatória adotada.

Na nova Lei, para a contratação de serviços, a Administração pode optar por elaborar o termo de referência ou o projeto básico, como documentos norteadores da contratação.

O termo de referência teve seu conteúdo definido no inciso XXIII do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021, incluindo o detalhamento do objeto mediante a definição da forma de execução, os resultados almejados, a estimativa de custos, os critérios de medição e pagamento e o modelo de gestão e fiscalização, entre outros.

Em se tratando de documento base para a licitação de serviços de engenharia, o termo de referência deve apresentar orçamento com mesmo nível de detalhamento do projeto básico, portanto que possibilite conhecimento da composição de cada um de seus preços unitários.

120 IBRAOP - ORIENTAÇÃO TÉCNICA OT - IBR 004/2012 PRECISÃO DO ORÇAMENTO DE OBRAS PÚBLICAS.
Disponível em: https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/04/OT_IBR0042012.pdf

Não raro, observa-se a utilização de pesquisas de mercado para o estabelecimento dos preços de alguns serviços de engenharia. A nova Lei proíbe tal procedimento, diferenciando os parâmetros considerados para ‘bens e contratação de serviços em geral’ dos considerados para ‘contratação de obras e serviços de engenharia’, nos parágrafos 1º e 2º do artigo 23.

No rol ordenado de possíveis fontes do orçamento para obras e serviços de engenharia apresentado no § 2º do artigo 23, foi excluída a previsão da possibilidade de utilização de pesquisa de mercado com fornecedores, que consta do inciso IV do § 1º do mesmo artigo¹²¹ para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, ou seja, que não são de engenharia.

A possibilidade de utilização alternativa de pesquisas de mercado como fonte de orçamento para obras e serviços de engenharia constou no Decreto nº 7.983/2013¹²², que estabelece regras para contratação e execução de obras e serviços com recursos da União, mas foi desconsiderada na nova Lei.

Com isso, nota-se uma maior preocupação do legislador com o detalhamento do orçamento e a utilização de fontes de preço oficiais pela Administração, de modo a conhecer com maior profundidade a forma e metodologia de execução dos serviços ao invés de simplesmente recorrer ao mercado para que este informe o preço do que se pretende contratar.

Preços de serviços obtidos diretamente no mercado podem se mostrar superestimados, na medida em que as empresas consultadas têm interesse em ofertar descontos futuramente, durante o procedimento de disputa licitatória.

121 Art. 23.0 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.

...

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;

122 Decreto nº 7.983, de 08/04/2013. 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.

Tomando como exemplo uma contratação de serviços de coleta e transporte de resíduos sólidos urbanos, não seria aceitável um orçamento que apresentasse uma simples pesquisa de preços com fornecedores, fato que se observa de forma frequente nas licitações promovidas pelos municípios paulistas. O ideal, como já observado em algumas contratações, é o desenvolvimento de um orçamento detalhado, contendo dimensionamento de veículos, equipamentos e mão de obra, acompanhados de preços unitários buscados em fontes oficiais, situação em que preços cotados no mercado ficariam restritos apenas para alguns destes insumos, como gastos com combustíveis ou seguros.

Anteprojeto e o orçamento sintético

Para obras, a elaboração do projeto segue dos estudos técnicos preliminares para o anteprojeto.

O anteprojeto traz informações mais específicas sobre o objeto, incluindo levantamento topográfico e cadastral, características do subsolo obtidas com as sondagens, estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico, prazo de entrega, etc.

Seu conteúdo mínimo foi apresentado no inciso XXIV do artigo 6º e também pode se referenciar na orientação técnica OT IBR 6/2016, do Ibraop – Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas, embora este apresente listagem de documentos com maior nível de detalhe do que o observado na nova Lei.

Conforme se depreende do disposto no § 5º do artigo 23, o anteprojeto, sempre que possível, deve contar com orçamento sintético, reservando-se a utilização de metodologias paramétrica ou expedita somente para frações do objeto não suficientemente detalhadas.

A planilha orçamentária ou orçamento sintético representa a relação de todos os serviços, calculados a partir dos projetos, cronograma, demais especificações técnicas e critérios de medição.

Deve apresentar as seguintes informações:

- » número do item ou subitem de serviço. Neste caso, é interessante o ordenamento dos serviços conforme sua ordem cronológica de execução;
- » código do serviço na fonte ou tabela referencial de custos ou código da composição de preços utilizada, que deve ser detalhada nos demais documentos técnicos que acompanham o edital, quando elaborada pela contratante;
- » descrição do serviço;
- » unidade de medida;
- » quantidade do serviço;
- » preço unitário do serviço;
- » preço total do serviço.

Sobre tais valores deve ser aplicada a taxa de BDI - Benefícios e Despesas Indiretas, de referência.

O BDI representa todas as despesas indiretas, impostos e lucro do construtor que devem ser acrescidos ao custo direto, para se obter o preço final dos serviços. Inclui taxa de rateio da administração central, seguros, riscos e imprevistos, despesas financeiras, lucro e alguns impostos.

Valores de referência por tipo de obra podem ser consultados no Acórdão TCU 2.622/2013 – Plenário, cabendo ressaltar que se trata de um estudo e que alterações podem ocorrer para cada caso.

O resultado esperado para o anteprojeto é um orçamento com maior nível de detalhamento possível, mas ainda sem o nível encontrado num projeto básico, já que não será possível a apresentação de orçamento sintético para todos os

serviços previstos, recorrendo-se, como já afirmado, a metodologias paramétricas e expeditas para alguns deles.

Projeto básico e o orçamento detalhado

O § 2º do artigo 46 define que a Administração é dispensada da elaboração de projetos básicos no caso da contratação integrada, podendo haver a licitação do objeto com base apenas em anteprojeto. Isto porque na contratação integrada o contratado é o 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, conforme disposto no inciso XXXII do artigo 6º.

Conforme visto, à exceção da contratação de obras no regime de contratação integrada, o projeto básico é necessário em todos os demais regimes, incluindo o da semi-integrada.

Na nova Lei, a definição de projeto básico permanece um pouco genérica, como era na Lei nº 8.666/1993, mas não poderia deixar de sê-lo, considerando que existe uma gama consideravelmente extensa de documentos na sua composição, a depender da tipologia do objeto.

O inciso XXV do artigo 6º da Lei lista algumas informações básicas a serem apresentadas, principalmente em relação a características do local escolhido, como levantamentos topográficos e cadastrais, sondagens e ensaios geotécnicos.

Os documentos que detalham o projeto básico devem assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, possibilitar a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução.

Vale ressaltar que a Lei demanda soluções suficientemente detalhadas de forma a evitar a necessidade de reformulações na elaboração do projeto executivo e realização das obras.

Na Lei nº 8.666/1993, exigência semelhante¹²³ falava em “minimizar” a necessidade de reformulações, o que demonstra maior preocupação na nova Lei em se evitar aditivos de valor ou de prazo.

É possível manter como referência a orientação técnica OT IBR 01/2006 do Ibraop, que já vinha sendo utilizada como balizador do conteúdo mínimo dos projetos básicos na análise das contratações.

O nível de detalhamento do orçamento exigido para o projeto básico foi o disposto na alínea “f” do inciso XXV do artigo 6º, excluindo-se os regimes de contratação integrada e semi-integrada: 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 VII¹²⁴ do *caput* do art. 46 desta Lei.

Para a contratação semi-integrada, apesar da previsão de utilização de projeto básico na licitação, não foi exigida a apresentação de orçamento detalhado, mas o § 5º do artigo 23 definiu, ao menos, a utilização de orçamento sintético.

Isto pode ter ocorrido porque na contratação semi-integrada existe maior flexibilidade para alteração do projeto básico, conforme soluções que podem ser propostas pelo contratado, nos termos do § 5º do artigo 46: “desde que demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em

123 IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

...

b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem; (g.n.)

124 I - empreitada por preço unitário;
II - empreitada por preço global;
III - empreitada integral;
IV - contratação por tarefa;
VII - fornecimento e prestação de serviço associado.

termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, assumindo o contratado a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico”, tudo de acordo com a definição das obrigações de resultado e de meio identificadas na matriz de risco.

Trata-se da admissão de tecnologias inovadoras e mais eficientes, desconhecidas pela Administração e, portanto, que não comportam mesmo nível de detalhamento de demais parcelas do objeto.

O orçamento detalhado ou analítico é definido como aquele que apresenta o conjunto das Composições de Custos Unitários para cada um dos serviços da planilha sintética, além da taxa de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) e sua composição e dos Encargos Sociais (ES).

A composição do custo unitário é o detalhamento de cada um dos custos unitários indicados num orçamento sintético.

Cada composição deve demonstrar a discriminação de cada um dos insumos (mão de obra, material, equipamentos, veículos, etc.), unidades de medida, produtividade e consumo para a realização do serviço, seu custo unitário e parcial.

A título de exemplo, temos o custo unitário do serviço de assentamento de tubo de ferro fundido para rede de água com código 97141 no SINAPI¹²⁵, efinido em R\$7,12/m, conforme segue:

125 Foram consultadas as tabelas com desoneração, disponíveis em: https://www.caixa.gov.br/site/Paginas/downloads.aspx#categoria_664

SINAPI - SISTEMA NACIONAL DE PESQUISA DE CUSTOS E ÍNDICES DA CONSTRUÇÃO CIVIL 1

PCI.817.01 - CUSTO DE COMPOSIÇÕES - SINTÉTICO

DATA DE EMISSÃO: 21/09/2021 17:44:01

ENCARGOS SOCIAIS DESONERADOS: 85,50%(INSS) 47,82%(GRAT)

DATA REFERENCIAL TÉCNICA: 20/09/2021

CODIGO	DESCRIÇÃO	UNIDADE	QUANTIDADE	CUSTO TOTAL
VINCULO.....: TAXA REFERENCIAL				
ASTO	ASSENTAMENTO DE TUBOS E PECAS			
0045	FORNEC E/OU ADIENT DE TUBO DE FERRO FUNDIDO JUNTA ELASTICA			
9714	ASSENTAMENTO DE TUBO DE FERRO FUNDIDO PARA REDE DE AGUA, DN 80 MM, JUNTA ELASTICA, INSTALADO EM LOCAL COM NIVEL ALTO DE INTERFERENCIAS (NÃO INCLUI FORNECIMENTO), AF_11/2017	m	1,12	7,12

Quadro A: custo unitário do serviço de código 9714, no SINAPI.

Sua composição de custo unitário detalha este valor da seguinte forma:

SINAPI - SISTEMA NACIONAL DE PESQUISA DE CUSTOS E ÍNDICES DA CONSTRUÇÃO CIVIL 1

2 de 2103

PCI.817.01 - CUSTO DE COMPOSIÇÕES ANALÍTICO

DATA DE EMISSÃO:21/09/2021 19:26:13

ENCARGOS SOCIAIS DESONERADOS: 85,50%(INSS) 47,82%(GRAT)

DATA REFERENCIAL TÉCNICA: 20/09/2021

ARAQUIÁRIA: NACIONAL

CODIGO	DESCRIÇÃO	UNIDADE	QUANTIDADE	CUSTO UNIT.	CUSTO TOTAL
VINCULO: TAXA REFERENCIAL					
CLASSE: ASTO - ASSENTAMENTO DE TUBOS E PECAS					
TUBO: 9714 - FORNEC E/OU ADIENT DE TUBO DE FERRO FUNDIDO JUNTA ELASTICA, INSTALADO EM LOCAL COM NIVEL ALTO DE INTERFERENCIAS (NÃO INCLUI F					
COMPLEMENTARES AF_11/2017					
C	1019 INTRODUZIDOR/AVANÇADA - TUBO BOMBA COM CARREGADEIRA, TRACÇÃO 4XA, POTENCIA L10, 9 CXP	m	0,009900	108,84	1,07
F 80, CACHOLA CARREG. CAP. MÍN. 1 ML, CACHOLA RETO CAP. 0,24 ML, FEDE RPE NACIONAL MEX. 6,674 ML, PROFUNDIDADE ESCOVAÇÃO MEX. 6,37 M - INP EXERC. 6 F 06/2014					
C	1019 INTRODUZIDOR/AVANÇADA - TUBO BOMBA COM CARREGADEIRA, TRACÇÃO 4XA, POTENCIA L10, 9 CXP	m	0,047900	66,74	3,22
F 80, CACHOLA CARREG. CAP. MÍN. 1 ML, CACHOLA RETO CAP. 0,24 ML, FEDE RPE NACIONAL MEX. 6,674 ML, PROFUNDIDADE ESCOVAÇÃO MEX. 6,37 M - INP EXERC. 6 F 06/2014					
I	1019 PASTA LUBRIFICANTE PARA TUBOS E CONEXÕES COM JUNTA ELASTICA, EMBALAGEM DE 500g	kg	0,004600	29,99	1,32
PASTA DE TUBO DE PVC, ACO, POLIETILENO E OUTROS					
C	9216 ASSENTADOR DE TUBOS COM ENCARGO COMPLEMENTARES	m	0,010000	21,43	0,21
C	9216 SERVENTE COM ENCARGO COMPLEMENTARES	m	0,093000	18,63	1,73
EQUIPAMENTOS 0 1,31 28,443860 \$					
MATERIAL 0 1,43 22,424188 \$					
MÃO DE OBRA 0 6,20 58,937177 \$					
TOTAL COMPOSTO 0 7,12 126,000000 \$ - QUANTO DE 99999999 DE					
9714	ASSENTAMENTO DE TUBO DE FERRO FUNDIDO PARA REDE DE AGUA, DN 80 MM, JUNTA ELASTICA, INSTALADO EM LOCAL COM NIVEL ALTO DE INTERFERENCIAS (NÃO INCLUI FORNECIMENTO), AF_11/2017	m	1,12	7,12	7,12

Quadro B: composição do custo unitário do serviço de código 9714, no SINAPI.

Veja que o serviço, que não contempla o fornecimento dos tubos, foi representado em sua composição, mediante o consumo esperado para os insumos de retroescavadeira (custos horários produtivos e improdutivos), pasta lubrificante, assentador de tubos e serventes; cada um com seus custos unitários que, somados, perfizeram o valor de R\$7,12/m de custo unitário do serviço.

Importante lembrar que, quando se fala em custo, não se tem ainda o cômputo do BDI. Após aplicado o BDI, o termo apropriado é 'preço'.

Conforme determina o artigo 18, inciso IV, a composição dos preços utilizada para formação do orçamento deve constar do processo licitatório.

Em resumo, observa-se que a Lei define um orçamento baseado em metodologia expedita ou paramétrica nos estudos preliminares; orçamento sintético para o anteprojeto, com uso de metodologia expedita ou paramétrica apenas para frações não suficientemente detalhadas; e orçamento detalhado para o projeto básico, o que inclui o conhecimento das composições de custo unitário utilizadas, detalhamento da composição do BDI e a taxa de encargos sociais.

Considerando então esta etapa de projeto básico como a de maior detalhamento do orçamento, é interessante analisar as possíveis fontes de preços indicadas no § 2º do artigo 23.

Prevê o dispositivo que, 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:

- » a) 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;
- » b) 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;
- » c) 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;
- » d) pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

Como comentado no tópico referente ao termo de referência, a pesquisa com fornecedores não foi considerada como fonte de preços para obras e serviços de engenharia pela nova Lei.

Espera-se que sua utilização se limite a casos excepcionais, como para definição de valor de equipamentos a serem implantados nas obras, para os quais não se disponha de preços em nenhuma das fontes elencadas no § 2º do artigo 23.

Importante também ressaltar que o § 3º do artigo 23 reconhece outros sistemas próprios dos entes federativos, que podem ser utilizados nas contratações que não envolvam recursos da União, a exemplo da tabela de preços unitários (TPU) elaborada pelo DER - Departamento de Estradas de Rodagem de São Paulo, frequentemente utilizada como fonte para elaboração de orçamentos de obras e serviços na área de transportes, pelos municípios paulistas.

Projeto executivo

Por fim, a última etapa de projeto contida na nova Lei é o projeto executivo.

Tal projeto foi definido no inciso XXVI do artigo 6º e é necessário para a execução de obras e serviços.

O § 3º do artigo 18 dispensa a “elaboração de projetos” para obras e serviços comuns de engenharia, “se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados”.

Em que pese o citado dispositivo não especificar expressamente que os projetos dispensáveis seriam os projetos executivos, este entendimento é possível com base no que foi determinado no § 1º do artigo 46, em que constou a necessidade da elaboração de projetos executivos para obras e serviços de engenharia, citando como exceção a previsão do § 3º do artigo 18.

Importante ressaltar que a exceção se aplica somente a obras e serviços considerados comuns. Os serviços comuns são aqueles considerados padronizáveis

quanto a desempenho e qualidade esperados, possuem um mercado próprio e se encontram disponíveis com características padronizadas.

A definição de ‘obras comuns’ ficou de fora da nova Lei, trazendo certa insegurança quanto à análise da necessidade ou não da elaboração dos projetos executivos.

O professor Rafael Jardim¹²⁶ propõe uma classificação que considere obra comum de engenharia “como aquela corriqueira, cujos métodos construtivos, equipamentos e materiais utilizados para a sua feitura sejam frequentemente empregados em determinada região e apta de ser bem executada pela maior parte do universo de potenciais licitantes disponíveis e que, por sua homogeneidade ou baixa complexidade, não possa ser classificada como obra especial”. Obra especial, por sua vez, seria “aquela que cuja parcela de experiência exigida nos atestados de capacidade técnica refira-se a obras, sistemas ou subsistemas construtivos heterogêneos, complexos, cujos métodos construtivos, equipamentos e/ou materiais tenham sido realizados com maior raridade e/ou que imponham desafios executivos incomuns para sua conclusão, suficientes a perfazer um menor número de empresas aptas a demonstrar experiência na sua feitura ou a demandar-lhes a medição específica de habilidade/intelectualidade para a seleção da futura contratada.”

A questão é que o projeto executivo apresenta um nível de detalhamento que permite conhecimento mais aprofundado do que se espera na execução contratual, possibilitando melhor acompanhamento e fiscalização das obras. A Administração deverá sopesar se o tempo e recursos dispendidos com a elaboração do projeto executivo compensam esse maior detalhamento obtido pelo documento.

Por fim, importante lembrar que os cronogramas físico-financeiros e as planilhas orçamentárias devem consignar item específico para remuneração dos projetos executivos que serão desenvolvidos pelas contratadas e prazo suficiente para sua elaboração.

126 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/>. Consulta em 09/08/2021.

Responsabilidades dos projetistas

A Lei cita expressamente a apuração de responsabilidade de responsáveis técnicos por falhas de projeto que resultem em alterações de contratos de obras e serviços, com vistas ao ressarcimento dos danos causados à Administração - § 1º do artigo 124.

Seu artigo 337-O prevê pena de reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa, em caso de “omissão grave de dado ou de informação por projetista” caracterizada por “omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse”.

Não é raro haver aditivos de prazo e de valor justificados por falhas no projeto básico, mas, em contrapartida, é incomum ver os profissionais responsáveis por tais falhas serem responsabilizados.

É bem vinda a preocupação da nova Lei com o desenvolvimento técnico de projetos e orçamentos numa escala evolutiva a cada etapa, por profissionais devidamente habilitados.

ANÁLISE DAS PROPOSTAS DE PREÇOS DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

Ainda com relação ao orçamento, a Lei trouxe importantes definições relativas a sobrepreço e superfaturamento, nos incisos LVI e LVII do artigo 6º.

O sobrepreço restará configurado sempre que o preço orçado ou contratado for expressivamente superior aos preços referenciais de mercado.

Esta análise pode ser realizada para cada um dos preços, se a licitação ou contratação for pelo regime de preços unitários, ou pelo valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por tarefa, empreitada por preço global ou empreitada integral, semi-integrada ou integrada.

Interessante notar que, ao estabelecer a definição de sobrepreço, a Lei já prevê critérios de aceitabilidade de preços unitários e global.

O que a Lei não define é o que seria considerado um preço “expressivamente superior” aos preços de mercado. A interpretação do termo utilizado pode gerar polêmicas, considerando-se que haveria margem de tolerância para o aceite de preços acima dos referenciais de mercado.

Este entendimento não parece ser possível, a partir da consideração do disposto no artigo 23, que afirma que “o valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado”, e de que, na referência prioritária de fonte para os preços, contida no inciso I do § 2º do mesmo artigo, a Lei afirma que os preços serão “menores ou iguais” aos apresentados no SINAPI e no SICRO.

Quanto ao superfaturamento, a Lei apresenta alguns exemplos de situações que o configuram, demonstrando que não há origem apenas nos preços contratados: medição acima do que foi efetivamente executado; comprometimento da qualidade, vida útil ou segurança da obra e dos serviços em virtude de falhas de execução; alterações no orçamento em favor do contratado; alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração ou reajuste irregular de preço.

Nota-se que um orçamento mal elaborado e com preços acima dos preços referenciais de mercado gera sobrepreço e, com a contratação e execução e pagamento dos serviços, configura-se o superfaturamento.

Pode-se dizer que o sobrepreço é o dano potencial e o superfaturamento é o dano consumado, provocado ou não pela contratação de preços acima dos preços de mercado.

A questão de critérios de aceitabilidade de preços volta a aparecer no §3º do artigo 59, que estabelece que, para avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários tidos como relevantes, observado o critério de aceitabilidade de preços unitário e global a ser fixado no edital, conforme as especificidades do mercado correspondente.

Os incisos III e IV do artigo 59 preveem desclassificação das propostas que apresentarem preços inexequíveis ou acima do valor orçado para a contratação ou que não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração.

Como visto, os preços unitários serão analisados na forma determinada no § 3º do artigo 59. Os preços globais possuem limite superior no valor orçado e inferior em 75% deste valor, conforme § 4º, que dispõe: no caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração.

Ainda que a Lei preveja a possibilidade de diligência para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada – § 2º do artigo 59 –, é preocupante a ausência de critério de aferição de exequibilidade que também considere as demais propostas fornecidas na licitação, como considera o artigo 48 da Lei nº 8.666/1993 e o § 3º do artigo 56 da Lei nº 13.303/2016.

As propostas das demais participantes deixaram de ser um parâmetro de aferição de exequibilidade na nova Lei. Tais propostas poderiam evidenciar orçamentos superestimados, servindo como parâmetro para análise da exequibilidade e evitando a desclassificação de propostas de preços que, ainda que com descontos significativos, possibilitassem a execução dos serviços e obras.

Com isso, a responsabilidade da Administração em obter orçamentos que ilustrem o praticado no mercado é ainda maior.

Vale lembrar que o entendimento é que os critérios de aferição da exequibilidade das propostas são de presunção relativa, devendo ser franqueada ao proponente a demonstração de que sua proposta é viável para a execução dos serviços na forma definida no edital. Espera-se que seja dado o mesmo tratamento para a questão na nova Lei.

Após o julgamento, a Lei nº 14.133/2021 determina que o licitante vencedor reelabore sua proposta e a apresente à Administração, contendo indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como o detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES) – § 5º do artigo 56.

Este detalhamento é essencial para o atendimento ao previsto no artigo 134, que dispõe sobre a necessidade de alteração dos preços contratados, se houver criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais, com comprovada repercussão sobre os preços contratados, após a contratação. É a partir do detalhamento dos preços contratados – custos diretos e indiretos – que será possível estabelecer o real impacto de tais alterações.

Nota-se que a Lei estabeleceu diversos mecanismos que possibilitam não apenas o controle dos preços orçados, como também dos preços contratados, de forma a garantir a economicidade da contratação, em conjunto com as demais atividades de acompanhamento da execução contratual e entrega das obras e serviços.

CONCLUSÃO

Este artigo procurou correlacionar as etapas de projeto e orçamento, conforme definições na nova Lei de Licitações, demonstrando a importância do planejamento no sucesso das contratações de obras e serviços de engenharia.

O nível de detalhamento de cada etapa aumenta progressivamente, desde os estudos técnicos preliminares até o projeto executivo, possibilitando também o conhecimento mais assertivo do preço correlacionado.

O estabelecimento de orçamentos com quantitativos precisos somente é possível com projetos técnicos de qualidade e adequados ao local das obras e serviços. A partir destes quantitativos e com preços de referência definidos conforme determina a Lei, será possível evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis, evitando-se também o superfaturamento e o atraso ou o abandono das obras.

CAPÍTULO XXIII

EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL E TÉCNICO-OPERACIONAL PARA OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Silvia M. A. Guedes Gallardo

INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios da Administração na elaboração de editais é o estabelecimento de exigências de qualificação técnica que selecionem empresas e profissionais capazes, sem que isto comprometa a competitividade do certame e a economicidade da contratação.

Este artigo analisa novidades relativas à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional para obras e serviços de engenharia na nova Lei de Licitações, abordando tanto os pontos positivos quanto as lacunas do texto legal.

Os assuntos explorados contemplam a documentação necessária para a comprovação da qualificação e as parcelas eleitas como de maior relevância, além das possibilidades de exigência de atestados por prazo mínimo para comprovação de execução de serviços contínuos e da apresentação de atestados de potencial subcontratado.

A matéria é disciplinada no Capítulo VI, do Título II da Lei nº 14.133/2021, mais especificamente no artigo 67 e tem relação com diversos outros dispositivos.

DEFINIÇÕES

Inicialmente, vale diferenciar a qualificação técnico-profissional da técnico-operacional, pois, apesar de a matéria ter sido tratada nos mesmos dispositivos na Lei, avaliam diferentes aspectos.

A qualificação técnico-operacional traduz a capacidade da empresa (pessoa jurídica) em unir e coordenar mão de obra, equipamentos, máquinas e materiais para execução de determinado objeto, num determinado intervalo de tempo.

Diferente, portanto, da qualificação técnico-profissional, que demonstra a expertise do profissional na condução, acompanhamento ou mesmo na execução de determinados serviços, demonstrada por seu acervo técnico.

A título de exemplo, para uma contratação relativa à implantação de rede coletora de esgotos, a capacidade técnico-operacional pode ser aferida mediante atestados que demonstrem que a empresa escavou determinado volume de solo ou implantou determinada metragem linear de tubulação, enquanto a capacidade técnico-profissional poderá ser aferida por certidões de acervo técnico que demonstrem a supervisão, condução, gerenciamento, etc., das atividades de escavação e implantação de tubulação.

Importante citar que não há qualquer obrigação de que os serviços eleitos como de maior relevância para aferição da capacidade técnico-operacional sejam os mesmos eleitos para a capacidade técnico-profissional, entretanto, para ambos, é necessária a inclusão de justificativas técnicas no processo da contratação.

DOCUMENTOS UTILIZADOS PARA DEMONSTRAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Na Lei nº 14.133/2021, a capacidade técnico-profissional foi definida no inciso I do artigo 67 e é aferida mediante comprovação de que o profissional devidamente registrado no conselho profissional é detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes às do objeto.

O termo “atestado de responsabilidade técnica” já constava do artigo 30, § 1º, inciso I da Lei nº 8.666/1993 como documento capaz de demonstrar a expertise do profissional. Interpretações equivocadas a respeito de tal termo implicaram diversos apontamentos de irregularidade nas contratações analisadas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCESP, ao longo dos últimos anos.

A não ser que se trate de serviço intelectual, desenvolvido pelo profissional como pessoa física, os atestados são emitidos pelo contratante em nome das empresas. Portanto, na análise da habilitação, a jurisprudência do TCESP se consolidou no sentido de que o documento que demonstra essa qualificação do profissional mediante a responsabilidade técnica é a CAT – certidão de acervo técnico.

Segundo o CREA-SP, a CAT é o documento que certifica as atividades registradas pelo profissional em seu acervo técnico, comprovando sua experiência. Este registro de atividades se dá pelas anotações de responsabilidade técnica (ARTs), no caso dos engenheiros, ou registro de responsabilidade técnica (RRTs), no caso de arquitetos.

Uma crítica feita em relação à utilização destes documentos para avaliação da capacidade técnica é que nem sempre há o detalhamento dos serviços no nível necessário para demonstrar a execução de determinada parcela eleita como de maior relevância nas exigências de qualificação.

Como contra-argumento, pode-se dizer que, para suprir eventual lacuna, a Administração poderá se valer da diligência prevista no artigo 64 da Lei, consultando outros documentos que sejam capazes de complementar as CATs.

Portanto, com relação ao documento utilizado para a comprovação da qualificação técnico-profissional, pode ser mantido o entendimento que já vinha sendo praticado com base na antiga Lei de Licitações, relacionado ao uso da CAT e das anotações de responsabilidade técnica – ARTs.

As exigências de comprovação de capacidade técnico-operacional, diferentemente do que ocorreu com os vetos ao artigo 30 da Lei nº 8.666/1993, constam de forma expressa do texto da nova Lei.

Trata-se do inciso II do artigo 67, que indica comprovação mediante “certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade técnico-operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do artigo 88 desta Lei”.

Os documentos citados no § 3º do artigo 88 tratam da avaliação do contratado pelo contratante, mediante emissão de documento que demonstre seu desempenho na execução contratual, baseado em indicadores objetivamente definidos e aferidos e em eventuais penalidades aplicadas que constarão do sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

Trata-se de documento alternativo aos atestados emitidos pelos conselhos profissionais e que inova ao buscar reconhecer a qualidade do desempenho das empresas contratadas, de forma ágil e transparente e ainda acrescentando informações que não costumam constar dos atestados, como os indicadores de desempenho e as penalidades.

Em resumo, para a capacidade técnico-operacional, a documentação apta a demonstrar a habilitação das empresas será formada pelos atestados e pelos documentos citados, futuramente disponibilizados no PNCP.

AS PARCELAS ELEITAS PARA COMPROVAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Apesar de alguns dispositivos terem apenas consolidado entendimentos já praticada pelas Cortes de Contas, outros surgem com importantes inovações, como se observa nos parágrafos do artigo 67.

Vale lembrar que a Lei tratou a qualificação técnico-profissional e técnico-operacional num mesmo dispositivo, ao se referir aos dois conceitos no *caput* do artigo 67. Com isso, é possível que surjam dificuldades na interpretação dos parágrafos do referido artigo.

O § 1º determina que as exigências de ‘atestados’ deverão se restringir a parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação.

Acertadamente, houve o estabelecimento de que tanto a avaliação da capacidade técnico-operacional quanto a profissional devem se basear em parcelas definidas no edital. Portanto, não pode haver exigências genéricas ou ainda que se reportem à totalidade do objeto compreendido – situação que já era condenada pela Súmula 30¹²⁷ do TCESP.

A questão da relevância (leia-se relevância técnica) ou valor significativo já havia sido contemplada pela Lei nº 13.303/2016¹²⁸ e constava de forma expressa, apenas para a capacitação técnico-profissional¹²⁹, da Lei nº 8.666/1993.

127 **SÚMULA Nº 30** - Em procedimento licitatório, para aferição da capacitação técnica poderão ser exigidos atestados de execução de obras e/ou serviços de forma genérica, vedado o estabelecimento de apresentação de prova de experiência anterior em atividade específica, como realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas, de hospitais, e outros itens.

128 Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

...

II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

129 Art. 30, § 1o A comprovação de aptidão referida no inciso II do “*caput*” deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público

A jurisprudência do TCESP conta com diversos julgados¹³⁰ em que o entendimento também foi aplicado à qualificação técnico-operacional, assunto pacificado pelo Tribunal de Contas da União em sua Súmula nº 263/2011¹³¹.

A importante diferença é que tal jurisprudência considerava, de forma geral, a necessidade de relevância tanto técnica quanto financeira para a exigência de determinada parcela de serviço ou obra, ou seja, as parcelas deveriam ser de serviço de execução técnica diferenciada, com valor significativo dentro da contratação, de forma *concomitante*.

De uma simples leitura do novo texto, depreende-se que há permissão para que se exija serviço de técnica relevante, mas com valor irrisório na contratação, permitindo-se, igualmente, a exigência de serviço de valor significativo, mas que não requeira execução mais especializada, dentro da área técnica da contratação.

No primeiro caso, o serviço poderia ser subcontratado de empresas especializadas – *note-se que o § 9º prevê a possibilidade de comprovação de qualificação técnica por subcontratado* – e, no segundo caso, não havendo relevância técnica na execução dos serviços, qual seria o propósito de exigir sua comprovação de execução prévia em detrimento de outro serviço de maior operacionalidade ou expertise requerida?

Tais questões precisarão ser analisadas com base nos casos reais que se apresentarem, pois dependerão de justificativas técnicas e financeiras juntadas

ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:
I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

130 TC-11680.989.20 e outro, TC-18382.989.19 e outros.

131 SÚMULA Nº 263/2011: Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

no processo de contratação, exigidas como parte do planejamento e dos projetos dos serviços e obras de engenharia.

O segundo ponto que merece análise no § 1º é o do patamar mínimo de 4% sobre o valor estimado da contratação, definido para as parcelas eleitas para habilitação.

O valor parece ser aceitável para planilhas de obras, normalmente composta de dezenas ou centenas de preços unitários, mas, para serviços de engenharia, as planilhas de preços tendem a ser expressivamente menores, com poucos itens de preços, e tal percentual pode não refletir relevância financeira de alguns destes serviços.

A título de exemplo, considere-se uma contratação de serviços de engenharia para coleta e destinação de resíduos sólidos urbanos, varrição mecanizada e poda de árvores, em que esta última atividade seja a de menor valor no orçamento e sem complexidades técnicas para sua execução.

Neste caso, ainda que o serviço conte com relevância financeira na contratação nos termos da Lei – *supondo aqui que seu preço seja equivalente a 5% do preço total da contratação* – o serviço, sem dúvida, teria dimensão significativamente inferior aos demais, estando claramente fora dos serviços mais relevantes definidos em uma curva ABC¹³² da contratação.

Com isso, sua eleição como parcela de maior relevância para comprovação da qualificação técnica, apesar de atender ao parâmetro financeiro da Lei, não se mostraria adequada.

Apesar de se tratar de um exemplo que pode ser considerado extremo ou

132 Curva ABC: tabela obtida a partir da planilha orçamentária da obra, na qual os itens do orçamento são agrupados e, posteriormente, ordenados por sua importância relativa de preço total, em ordem decrescente, determinando-se o peso percentual do valor de cada um em relação ao valor total do orçamento, calculando-se em seguida os valores percentuais acumulados desses pesos. Fonte: *Orientações para Elaboração de Planilhas Orçamentárias de Obras Públicas – TCU – 2014*. A partir de sua análise, é possível estabelecer quais os itens de preço mais relevantes no orçamento aplicando-se o Princípio de Pareto ou a regra 80/20.

inesperado no caso prático, inúmeros são os julgados em que exigências do tipo – eleição de parcelas sem relevância técnica ou financeira – foram condenadas pelas Cortes de Contas na análise de editais com base na Lei nº 8.666/1993.

A possibilidade de ocorrência destas situações reforça o entendimento de que a definição das parcelas de maior relevância ou valor significativo na contratação deve se pautar nos princípios constitucionais, que buscam exigência apenas do indispensável à garantia do cumprimento das obrigações – inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

A Administração deve comprovar a relevância das exigências e sua adequação com o objeto, conforme também requerido no inciso IX do artigo 18 da Lei; e de forma a atender, em especial, aos princípios do planejamento, da motivação, da razoabilidade e da competitividade, elencados no artigo 5º.

O § 2º do artigo 67 determina que, para os atestados citados no § 1º, é permitida a exigência de quantidades mínimas de até 50% das parcelas eleitas para a comprovação da qualificação.

Para a aferição da capacidade técnico-operacional, este percentual já era referência nas análises do TCU, enquanto no TCESP era admitida como razoável a imposição de quantidades de até 60%¹³³ da execução pretendida.

Mas, lembrando que o artigo 67 trata da qualificação técnico-operacional e técnico-profissional, temos outra questão que talvez não esteja tão clara na Lei. Explica-se a seguir.

Considerando literalmente o disposto no artigo 30, § 1º, inciso I da Lei nº 8.666/1993, entende-se irregular o estabelecimento de exigências de prova de execução prévia de quantitativos para comprovação da capacidade técnico-profissional.

133 SÚMULA Nº 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

Este foi o entendimento que, no TCESP, levou à edição da Súmula 23¹³⁴, de onde foi possível concluir que a definição de quantitativos para aferição da capacidade técnico-profissional deveria ser excepcional e aceitável somente quando tivesse relação direta com as técnicas e conhecimentos necessários para a execução dos serviços, implicando capacidade intelectual diferenciada pelo responsável técnico conforme a dimensão quantitativa do objeto.

Agora, com a nova Lei, cabe a interpretação de ser possível a exigência de quantitativos para aferição da capacidade técnico-profissional, já que o § 2º se reporta também ao *caput* do artigo 67, em que são elencadas a qualificação técnico-profissional e a técnico-operacional.

A afastar tal entendimento, tem-se que o atestado indicado no inciso II é o atestado de responsabilidade técnica, documento que normalmente não traz indicação de quantitativos ou maior detalhamento dos serviços.

Mas a questão não se mostra clara: a intenção do legislador foi a de inovar no assunto e permitir a exigência de quantitativos para comprovação da qualificação técnico-profissional ou deve-se recorrer ao entendimento técnico até então predominante de que a exigência de quantitativos, neste caso, seria irregular e que, ao se referir a “atestados”, o legislador considera os documentos emitidos somente em nome das empresas, referindo-se, portanto, somente à qualificação técnico-operacional?

Nesse ponto, o que parece é que se perdeu uma importante oportunidade de separar os dois tipos de qualificação em artigos diferentes, ainda que algumas exigências fossem comuns entre elas, como a necessidade de definição e relevância das parcelas objeto de aferição.

O tratamento uniforme dado a dois conceitos que medem capacidades diferentes, mediante documentos distintos, pode trazer algumas dificuldades

134 SÚMULA Nº 23 - Em procedimento licitatório, a comprovação da capacidade técnico-profissional, para obras e serviços de engenharia, se aperfeiçoará mediante a apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital fixar as parcelas de maior relevância, vedada a imposição de quantitativos mínimos ou prazos máximos.

para a Administração na elaboração dos editais, ainda que o texto legal tenha evoluído em relação ao que constava da Lei anterior.

ATESTADOS POR PERÍODOS, PARA SERVIÇOS CONTÍNUOS

Outra novidade foi a introdução no texto legal da previsão de exigência de certidão ou atestado que comprove execução de serviços similares ao objeto, por determinado período de tempo, para serviços contínuos, consignada no § 5º do artigo 67.

A exigência de comprovação de experiência anterior por prazo mínimo pertinente e compatível com a atividade licitada já era comumente aceita¹³⁵ pelo TCESP, baseada no fato de não haver afronta ao disposto no inciso II, artigo 30 da Lei nº 8.666/1993 ou mesmo à Súmula 24.

Portanto, permanece o entendimento de que, para aferição da capacidade na prestação de serviços continuados, é possível a exigência de atestado que demonstre a capacidade da licitante, aferida ao longo de determinado período.

O que talvez não se justifique é o estabelecimento de teto de três anos como prazo mínimo a ser exigido, porque, a princípio, possibilitaria a exigência de prazos nos atestados até mesmo superiores aos do contrato pretendido.

Apesar disso, na prática, não são esperadas exigências de comprovação de execução de serviços por determinado prazo que supere o prazo de vigência previsto para a contratação, ainda que haja a possibilidade de prorrogações sucessivas, como constou do artigo 107.

COMPROVAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO POR EMPRESA

135 A este respeito, citam-se as decisões contidas nos processos TC-18539.989.20, 12726.989.19 e TC-846.989.15.

SUBCONTRATADA

O § 9º do artigo 67 da Lei prevê importante inovação, com a possibilidade da comprovação de qualificação técnica por meio de atestados relativos a potencial subcontratado, limitado a 25% (vinte e cinco por cento) do objeto a ser licitado.

Depreende-se que tal possibilidade será restrita a contratos em que é permitida a subcontratação dos serviços, com previsão expressa em edital e contrato, contendo ainda seus limites.

O § 9º permite que mais de um licitante apresente atestado relativo a um mesmo potencial subcontratado. Tal condição aumenta a competitividade e permite que sejam eleitas parcelas de serviços para comprovação da qualificação técnica que, apesar de possivelmente subcontratadas dentro do objeto, são consideradas relevantes pela Administração.

Esta possibilidade demonstra a importância de boas parcerias das empresas com suas subcontratadas, já que seu histórico de desempenho passa também a ser avaliado na habilitação.

Mas, um ponto que ficou fora da Lei foi a forma de apresentação dessa intenção de subcontratação dos serviços, mediante a indicação dos documentos aceitáveis, seu conteúdo ou momento de sua apresentação. Também não foram indicados outros documentos que poderiam ser exigidos da potencial subcontratada, como os que evidenciem sua habilitação jurídica, regularidade fiscal e trabalhista, por exemplo.

OUTRAS OBSERVAÇÕES

O § 8º do artigo 67 admite a exigência de relação dos compromissos assumidos pelo licitante, que importem em diminuição da disponibilidade do pessoal técnico que se responsabilizará tecnicamente pelos serviços e que será alocado na sua execução.

Trata-se de uma preocupação com a manutenção da capacidade da contratada em honrar compromissos assumidos em contrato no que se refere a suas equipes técnicas, possibilitando também uma avaliação a respeito da condução técnica por um mesmo profissional de um número muito grande de contratos, o que impediria a devida condução dos serviços.

Apesar dessa interessante análise, a Lei não é clara em como tais informações serão consideradas na habilitação técnica.

Se a intenção da Lei foi garantir que a empresa disporá de responsáveis técnicos qualificados para a execução de seu contrato, precisaria ainda considerar outras informações, como a relação de profissionais com vínculo com a empresa e até mesmo a qualificação técnica dos mesmos.

Tais informações poderiam, eventualmente, ser analisadas em caso de apuração da responsabilidade da contratada no abandono ou lentidão na execução das obras, mas, mesmo nestes casos, o ideal seria trabalhar com informações atualizadas para o momento da avaliação, e não somente com as da fase de habilitação.

Por conta das indefinições citadas e pelo fato de não haver previsão de inabilitação devido à análise de tais compromissos, é possível que o dispositivo se torne inócuo.

Outra questão que não foi abordada na Lei foi a possibilidade do somatório de atestados.

Espera-se que a questão receba o mesmo tratamento dado à luz da Lei nº 8.666/1993, em que o somatório de atestados é tratado como regra e sua restrição pode ocorrer, em casos excepcionais, diante da complexidade do objeto ou da proporção entre quantidades e prazos de execução, capaz de afetar o resultado final obtido.

CONCLUSÃO

Com relação às exigências de qualificação técnica, observa-se que a Lei nº 14.133/2021 incorporou diversos entendimentos produzidos pelos Tribunais de Contas a partir da análise dos dispositivos da Lei nº 8.666/1993.

Em que pese o novo texto legal ser mais completo sobre a matéria, consolidou conceitos diferentes em um mesmo dispositivo: qualificação técnico-operacional e técnico-profissional. Com isso, a interpretação de seus incisos e parágrafos pode trazer dificuldades tanto aos técnicos que elaboram os editais como aos profissionais que atuam no controle das contratações.

Este artigo analisou alguns destes pontos controversos, mas sem a pretensão de esgotar o tema ou estabelecer entendimentos definitivos, já que é a partir dos casos técnicos reais que será possível uma análise mais aprofundada, como é de praxe para obras e serviços de engenharia.



MENSAGENS
DOS
APOIADORES

INSTITUTO BRASILEIRO DE EDUCAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA – IBEGESP

O Instituto Brasileiro de Educação em Gestão Pública – IBEGESP é uma associação civil educacional e científica fundada em 2012 com a missão de contribuir com a Gestão Pública brasileira desenvolvendo os seus profissionais, garantindo a eficiência dos seus serviços, ampliando o acesso à informação e maximizando o poder local.

Durante esses 10 anos de atuação, o IBEGESP tem ofertado educação de qualidade e soluções inovadoras para mais de 450 órgãos públicos, além de certificar mais de 100 mil alunos. Nossas 4 áreas principais de atuação são:

- » Laboratório de Soluções & Inovações
- » Centro de Educação & Formação
- » Núcleo de Impacto Social
- » Coordenadoria de Produção de Conteúdo e Conhecimento

Dentre as áreas de atuação acima, a temática de Licitações e Contratos Administrativos sempre esteve muito presente em nossos projetos. E o motivo de a levarmos tão a sério é porque temos a convicção de que as contratações públicas são o principal meio para concretizar políticas públicas em prol da sociedade.

É por isso que este livro é tão essencial. Diante deste novo marco legal que é a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14.133/2021 – é imprescindível que haja um debate constante entre os principais atores, de forma que os agentes públicos possam interpretá-la e aplicá-la da forma mais eficiente, visando o alcance da finalidade pública e resultados de contratações mais vantajosos à Administração Pública!

EM SINTONIA PELOS PEQUENOS NEGÓCIOS

Presentes, sem exceção, em todos os municípios brasileiros, as micro e pequenas empresas têm relevância econômica incontestável. Segundo estudo elaborado pelo Sebrae em parceria com a Fundação Getúlio Vargas, 32,6% de toda a riqueza produzida no País vêm dos pequenos negócios, assim como 54% dos empregos. Mas diante de números tão expressivos, ainda falta uma maior participação desses empreendimentos nas compras públicas, situação que está entre as prioridades do trabalho do Sebrae-SP.

Os fornecedores locais, em especial, desconhecem os caminhos a percorrer para ter acesso à venda de bens e prestação de serviços para a administração pública municipal, apesar de haver uma legislação que estimula o envolvimento deles em contratações dessa natureza.

Os artigos 42 a 49 da Lei Federal nº 123/2006, inseridos no Capítulo V “Do Acesso aos Mercados”, são a base da atuação do Sebrae-SP para a melhoria do ambiente dos negócios relacionados a compras públicas. Nesse sentido, a nova lei de licitações (Lei 14.133/21), que é o foco de maior destaque nesta obra, não apenas manteve os benefícios contidos na Lei Federal nº 123/2006, mas também inseriu outras condições que favorecem a contratação dos pequenos negócios.

Assim, entendemos que a nova Lei Federal 14.133/21 trouxe avanços significativos na viabilização das contratações públicas de micro e pequenos empreendimentos e o Sebrae-SP está empenhado na atuação com os municípios e consórcios intermunicipais para que estejam preparados para potencializar as compras públicas focadas nos produtores locais e, com isso propiciar o desenvolvimento regional e a diminuição das desigualdades sociais.

O Sebrae-SP está em sintonia e parceria com o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo para colaborar com iniciativas como esta excelente publicação, assim como outros projetos que fortaleçam e tornem mais dinâmica a implementação das mudanças positivas que a nova lei proporcionou aos pequenos negócios.

Wilson Poit
Diretor Superintendente do Sebrae-SP

TCE/UVESP – PARCERIA PELOS MUNICIPIOS

Há mais de vinte anos, a União dos Vereadores do Estado de São Paulo – UVESP – tem recebido do Tribunal de Contas do Estado atenção e apoio sobre as orientações que devem nortear a administração pública.

A diretoria da entidade tem procurado cumprir o seu papel, oferecendo embasamento legal aos vereadores e prefeitos.

São cursos que realizamos, assim como eventos informativos com o objetivo de dar ao agente público subsídios para que ele cumpra com fidelidade o seu papel. Para isso contamos com o inestimável apoio do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Queremos um Legislativo cada vez mais forte, base de sustentação da política brasileira, se considerarmos que é a partir do município, que as coisas acontecem. É no município, terreno onde se assenta o Edifício da Cidadania, que se inicia a construção das riquezas da Nação Brasileira.

O cidadão quer qualidade de vida, o desenvolvimento econômico consolidado no desenvolvimento social. Para isso precisamos preparar o vereador para que ele seja um protagonista em cursos, seminários e , principalmente no Ciclo de Debates organizado pelo Tribunal de Contas do Estado.

Para dar essa oportunidade, técnicos da Corte se debruçaram na análise da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), que substitui a Lei nº 8.666/1993.

Nesse livro, a análise é aprofundada para atualizar as ações dos administradores municipais no trato com a coisa pública. Chamamos a atenção dos leitores no que diz respeito a diálogo competitivo (artigo 32), planejamento (artigo 5º c/c artigo 18) e equilíbrio econômico-financeiro do contrato (especialmente no que diz respeito a diálogo competitivo (artigo 32), planejamento (artigo 5º c/c artigo 18) e equilíbrio econômico-financeiro do contrato (artigo 22 c/c artigo 103).

Façam dessa leitura, elaborada com atenção e precisão, um consultor permanente para cumprir com seu papel de fiscalizar, apoiar e trabalhar lado a lado com prefeitos e secretários, sempre com vistas à melhor qualidade de vida do seu povo.

Sebastião Misiara

Presidente da União dos Vereadores do Estado de São Paulo

