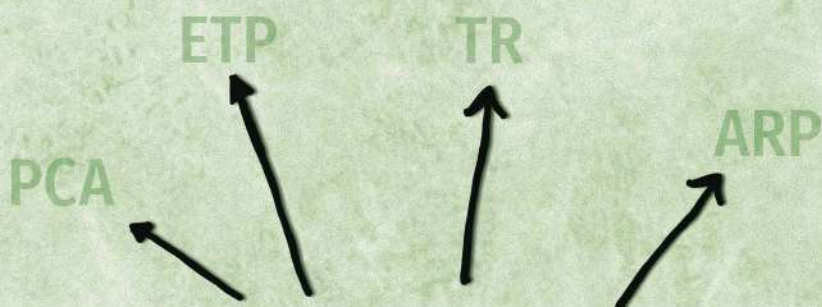
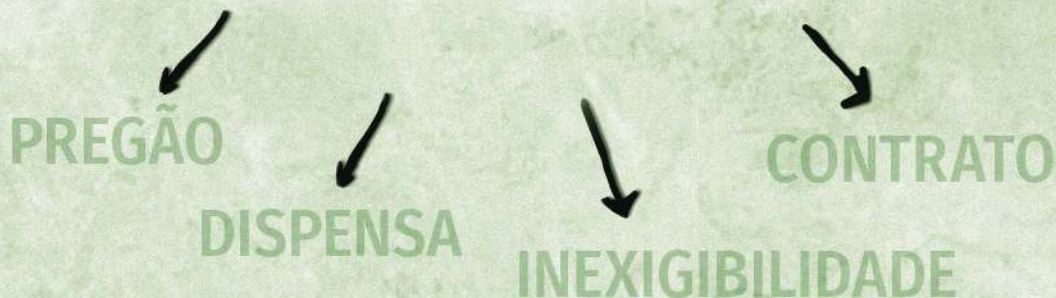




DESCOMPLICANDO

a Nova Lei de Licitações e Contratos
LEI Nº. 14.133/2021



Central de Contratações
DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

EDIÇÕES
INESP





DESCOMPLICANDO

a Nova Lei de Licitações e Contratos
LEI Nº. 14.133/2021

Central de Contratações
DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

ORGANIZADORES:
JOÃO VICENTE LEITÃO
HENRIQUE NICOLAU NETO

DESCOMPLICANDO

a Nova Lei de Licitações e Contratos
LEI Nº. 14.133/2021

Central de Contratações
DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

INESP

FORTALEZA – CEARÁ
2024

Copyright by Inesp © 2024

**INSTITUTO DE ESTUDOS E PESQUISAS SOBRE
O DESENVOLVIMENTO DO ESTADO
DO CEARÁ - INESP**

João Milton Cunha de Miranda

Coordenador Editorial

Rachel Garcia Bastos de Araújo

Valquiria Moreira Carlos

Assistentes Editoriais

Luzia Leda Batista Rolim

Assessora de Comunicação

Gustavo Rodrigues de Vasconcelos

Revisor Ortográfico

José Gotardo Filho e Saulo Macedo

Capistas, Diagramadores e Projetistas Gráficos

Luiz Ernandes dos Santos do Carmo

Coordenador de Impressão

Gráfica do Inesp

Impressão e Acabamento

**CENTRAL DE CONTRATAÇÕES
DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA
DO ESTADO DO CEARÁ**

Henrique Nicolau Neto

Revisão Técnica

**Edição Institucional da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará
VENDA E PROMOÇÃO PESSOAL PROIBIDAS**

Catalogado por Daniele Sousa do Nascimento CRB-3/1023

D448 Descomplicando a nova lei de licitações e contratos Lei nº 14.133/2021
[livro eletrônico] / organizadores, João Vicente Leitão, Henrique
Nicolau Neto. – Fortaleza: INESP, 2024.
394 p. : il. color. ; 77.039 KB ; PDF

ISBN: 978-65-6094-114-4

1. Licitação – Brasil. 2. Direito administrativo. I. Leitão, João
Vicente. II. Nicolau Neto, Henrique. III. Ceará. Assembleia Legislativa.
Central de Contratações. IV. Ceará. Assembleia Legislativa. Instituto de
Estudos e Pesquisas sobre o Desenvolvimento do Estado.

CDD 341.3

Permitida a divulgação dos textos contidos neste livro,
desde que citados autores e fontes.

Inesp

Rua Barbosa de Freitas, 2674, Anexo II, 5º andar,
Assembleia Legislativa do Estado do Ceará,

bairro: Dionísio Torres, Fortaleza - CE, CEP: 60.170-174. Telefone: (85) 3277-3702.

E-mail: inesp@al.ce.gov.br

Site: <https://www.al.ce.gov.br/paginas/instituto-de-estudos-e-pesquisas-sobre-o-desenvolvimento-do-ceara-inesp>

Apresentação

A Central de Contratações da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (Alece), cumpre rigorosamente o que indicam as leis federais. A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, nº 14.133, examina e julga os procedimentos relativos ao cadastramento, à habilitação e ao julgamento das licitações.

Esta obra é uma análise técnica da nova lei, com ênfase nos procedimentos práticos e jurisprudenciais e promove uma robusta contribuição ao debate da nova norma que prevê mais transparência e aprimora ferramentas de controle para o setor público, priorizando a capacitação dos seus agentes.

A (Alece) produziu, orgulhosamente, esta obra, de autoria da Central de Contratações da Alece, editada pelo seu Instituto de Estudos e Pesquisas sobre o Desenvolvimento do Estado do Ceará (Inesp) que contribui para o aperfeiçoamento dos acadêmicos e profissionais da área e para cidadãos que necessitem contratar a administração pública, seguindo um padrão de comprometimento e transparência.

DEP. ESTADUAL EVANDRO LEITÃO

Presidente da Assembleia Legislativa do Ceará

Palavras do Diretor Executivo do Inesp

O Instituto de Estudos e Pesquisas sobre o Desenvolvimento do Estado do Ceará (Inesp), criado em 1988, é um órgão técnico e científico de pesquisa, educação e memória. Ao idealizar e gerenciar projetos atuais que se alinhem às demandas legislativas e culturais do Estado, objetiva ser referência no cenário nacional.

Durante seus mais de 30 anos de atuação, o Inesp prestou efetiva contribuição ao desenvolvimento do Estado, assessorando, por meio de ações inovadoras, a Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (Alece). Dentre seus mais recentes projetos, destacam-se o "Edições Inesp" e o "Edições Inesp Digital", que têm como objetivos: editar livros; coletâneas de legislação; e, periódicos especializados. O "Edições Inesp Digital" obedece a um formato que facilita e amplia o acesso às publicações de forma sustentável e inclusiva. Além da produção, revisão e editoração de textos, ambos os projetos contam com um núcleo de Design Gráfico.

O "Edições Inesp Digital" já se consolidou. A crescente demanda por suas publicações alcança uma marca de 3 milhões de downloads. As estatísticas demonstram um crescente interesse nas publicações, com destaque para as de Literatura, Ensino, Legislação e História, estando a Constituição Estadual e o Regimento Interno entre os primeiros colocados.

O Descomplicando a Nova Lei de Licitações e Contratos - Lei Nº. 14.133/2021 é mais uma obra do diversificado catálogo de publicações do "Edições Inesp Digital" e que, direta ou indiretamente, colaboram para apresentar respostas às questões que afetam a vida do cidadão.

PROF. DR. JOÃO MILTON CUNHA DE MIRANDA

Diretor Executivo do Inesp

Prefácio

A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, passou a ser o diploma legal a reger as licitações e as contratações públicas, revogando a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e outros normativos que regulavam pontos específicos do tema.

Devidamente reconhecida como a Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC) pela comunidade jurídica, a norma foi fruto de longa discussão no meio acadêmico e no Parlamento em busca de se modernizar o complexo procedimento licitatório brasileiro, antes dominado pelo culto ao formalismo, muitas vezes em detrimento do resultado.

Na esteira da modernização, a NLLC apostou em fortalecer o planejamento e a transparência, oferecer mais instrumentos de atuação e mais segurança jurídica aos gestores, dialogando ainda com o realismo e o consequentialismo ao “importar” a aplicação dos arts. 20 a 30 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) para os processos licitatórios.

Nota-se ainda um aperfeiçoamento nas relações ente gestores e controladores, com a instituição de linhas de defesa e a possibilidade de soluções consensuais, o que reafirma o papel de cooperação que agora permeia a atuação dos Tribunais de Contas, por exemplo.

Ainda que sejam notáveis os avanços, não se pode desconsiderar que a NLLC traz muitos pontos de controle e está repleta de exigências em busca de se garantir eficiência, transparência e lisura aos certames licitatórios. Nessa toada, alguns institutos que passam a reger e compor as contratações em geral, e não mais alguns contratos específicos, exigem uma maior atenção dos agentes públicos envolvidos, especialmente os condutores da seleção do contratado e os ordenadores de despesa.

Cabe destacar por exemplo, o regime jurídico por trás da matriz de riscos, da pesquisa e formação de preços e das obrigações a se prever para os contratos de serviços contínuos, para se ater apenas à fase de licitação. De outro turno, as novas regras para a duração dos contratos e a ampla reformulação do poder sancionatório também irão desafiar os futuros operadores e gestores de licitações e contratos.

Diante de todo esse novo cenário, instigante e desafiador ao mesmo tempo, a Central de Contratações da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, lançou-se ao desafio de compor uma obra que pudesse ser um manual prático e objetivo voltado ao auxílio de todos aqueles que atuam no processo licitatório, desde as equipes de apoio e o agente de contratação até os assessores jurídicos e as autoridades homologadoras.

Em cada capítulo da obra apresentada, os autores tiveram a preocupação de detalhar o entendimento subjacente aos artigos agrupados em áreas temáticas, em uma sequência cuidadosamente consentânea com o desenvolvimento lógico-formal da NLLC. Após o exame da interpretação mais adequadas, os artigos da Nova Lei são desnudados seguindo o exame da mais respeitada doutrina, contando ainda cada capítulo com uma farta exposição da jurisprudência administrativa aplicável, notadamente os julgados do Tribunal de Contas da União, que acabam por irradiar para todos os órgãos de controle pátrios.

O Capítulo 1 traz um valioso exame do que se pode esperar da interpretação dos princípios norteadores do novo modelo jurídico de licitações e contratos administrativos, confirmando a presença de uma modelagem aberta à ampla leitura e obtenção de sentido da terminologia empregada. O capítulo 2 vai se debruçar sobre as disposições gerais relativas ao planejamento do processo licitatório, fase claramente robustecida pelo legislador. Já o capítulo 3 cuida de apresentar ao leitor as modalidades licitatórias que vão subsistir nesse novo tempo, apresentando significativas mudanças em relação ao regime anterior. Na sequência, o capítulo 4 se debruça sobre os critérios de julgamento de uma licitação.

Já o Capítulo 5 versa sobre regras específicas para o planejamento da contratação de certos objetos. A fase que vai desde o exame jurídico do edital (atenção pareceristas!) até o julgamento das propostas é tema do Capítulo 6. O capítulo 7 trata das disposições legais relativas à habilitação e encerramento da licitação, enquanto o Capítulo 8 trata das hipóteses de contratação direta, ressaltando os pontos de encontro com o ordenamento anterior, mas enfatizando também as novidades no regime excepcional.

A duração e a execução dos contratos no novo modelo da NLLC é tema do capítulo 9, onde o leitor verá uma ampliação de possibilidades e consequen-

temente de responsabilidade dos licitantes. Já a alteração, e extinção e a declaração de nulidade do contrato estão contidos no Capítulo 10. O novo formado do direito sancionador aplicável às licitações se encontra no Capítulo 11. O Controle das contratação é debatido no Capítulo 12 e, por fim, encerrando a obra com um tema de alta relevância, o capítulo 13 vai tratar do erro grosseiro, a partir do enfoque que a matéria recebe dos Tribunais de Contas.

O leitor pode - e deve - usar esta obra em sequência livre, não sendo necessária a leitura sequencial dos capítulos. Tem-se aqui um Manual de apoio, um guia de consulta, que deve ser bastante útil na travessia entre o controle arcaico e a modernidade da atuação colaborativa entre executores e controladores.

Boa Leitura!!!

CARLOS HENRIQUE BENEDITO NITÃO LOUREIRO

Procurador-Chefe da Procuradoria Federal junto ao FNDE.

JOÃO MARCELO REGO MAGALHÃES

Procurador do Banco Central e Professor na Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

PHILIPPE MAGALHÃES BEZERRA

Procurador Federal

CAPÍTULO I

Princípios na Nova Lei de Licitação

Uma Análise do Artigo. 5º da NLLC.....25

João Carlos Leitão Teixeira

1. Introdução.....	25
2. O Princípio da Legalidade	26
3. O Princípio da Impessoalidade.....	26
4. O Princípio da Moralidade e Probidade Administrativa.....	27
5. O Princípio da Motivação	28
6. O Princípio da Segurança Jurídica.....	28
7. O Princípio da Economicidade.....	30
8. O Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável.....	30
9. O Princípio da Competitividade.....	31
10. O Princípio da Publicidade e Transparência	31
11. O Princípio da Razoabilidade	33
12. O Princípio do Planejamento.....	33
13. O Princípio da Segregação de Funções.....	34
14. O Princípio da Eficácia.....	34
15. O Princípio da Eficiência	35
16. O Princípio da Celeridade	36
17. O Princípio do Interesse Público.....	37
18. O Princípio da Proporcionalidade.....	37
19. O Princípio da Igualdade	38
20. O Princípio do Julgamento Objetivo e Vinculação ao Edital	39
21. Palavras Finais.....	40
22. Jurisprudência.....	40

CAPÍTULO II

O Planejamento e Instrução do Processo Licitatório

Uma Análise dos Artigos 18 à 24 da NLLC.....43

Poliana Vanúcia de Paula Albuquerque

1. Do Planejamento e da Fase Preparatória	43
2. Do Plano Anual de Contratação - PAC	45
3. Da Instrução da Fase Preparatória	48
4. Centralização das Compras	51
5. Classificação dos Bens de Luxo e de Consumo.....	54
6. Matriz de Risco	56
7. Pesquisa de Preços / Orçamento Sigiloso	59
8. Jurisprudência.....	64

CAPÍTULO III

Planejamento das Contratações – Das Modalidades de Licitação

Uma Análise dos Artigos 28 à 32 da NLLC	65
---	----

João Vicente Leitão

1. Introdução	65
2. Do Pregão	67
2.1. Considerações iniciais sobre o pregão	67
2.2. Possibilidades de utilização do pregão.....	67
2.3. Vedações ao pregão	67
2.4. Rito procedimental do pregão.....	68
2.5. Critérios de julgamento do pregão.....	69
3. Da Concorrência.....	70
3.1. Considerações iniciais sobre a concorrência	70
3.2. Possibilidades de utilização da concorrência.....	70
3.3. Rito procedimental da concorrência	73
3.4. Critérios de julgamento da concorrência.....	74
4. Do Concurso.....	75
4.1. Considerações iniciais sobre o concurso	75
4.2. Possibilidades de utilização do concurso.....	75
4.3. Rito procedimental do concurso	75
4.4. Critérios de julgamento do concurso.....	75
5. Do Leilão.....	75
5.1. Considerações iniciais sobre o leilão	75
5.2. Possibilidades de utilização do leilão	76

5.3. Vedações ao leilão	76
5.4. Rito procedimental do leilão	76
5.5. Critérios de julgamento do leilão	76
6. Do Diálogo Competitivo.....	77
6.1. Considerações iniciais sobre o diálogo competitivo.....	77
6.2. Possibilidades de utilização do diálogo competitivo.....	77
6.2.1. Requisitos e condições da contratação.....	78
6.2.2. Controles e Instrumentos da formalização da contratação	78
6.3. Rito procedimental do diálogo competitivo	79
6.4. Fase de diálogos (<i>edital para desenvolvimento de soluções</i>).....	79
6.5. Fase da competição (<i>edital para julgamento das propostas</i>).....	81
6.6. Critérios de julgamento do diálogo competitivo.....	81
7. Jurisprudência	81

CAPÍTULO IV

Do Critério de Julgamento

Uma Análise dos Artigos 33 à 39 da NLLC85

João Vicente Leitão

1. Introdução.....	85
2. Menor Preço.....	86
3. Maior Desconto	86
4. Melhor Técnica ou Conteúdo Artístico.....	88
5. Melhor Técnica e Preço	89
6. Maior Lance, no Caso de Leilão	92
7. Maior Retorno Econômico	93
7.1. Primeiro exemplo:.....	95
7.2. Segundo exemplo:.....	96
8. Jurisprudência.....	97

CAPÍTULO V

Planejamento das Contratações

Uma Análise dos Artigos 40 a 45 da NLLC99

João Vicente Leitão e Abraão Bezerra de Araújo

1. Introdução	99
2. Planejamento de Compras sob o Enfoque da NLLC	100
2.1. Condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado	100
2.2. Processamento por meio de sistema de registro de preços.....	103
2.3. Aquisições baseadas em consumo de anos anteriores.....	104
2.4. Atenção às condições de guarda e armazenamento dos bens	105
2.5. Respeito aos princípios da padronização, do parcelamento e da responsabilidade fiscal	106
3. Termo de Referência	111
4. Catálogo Eletrônico de Padronização	112
5. Procedimentos Excepcionais da Administração Pública.....	113
5.1. Indicação de marcas ou modelos	113
5.2. Exigência de amostra ou prova de conceito do bem.....	116
5.3. Vedação de marca ou produto	117
5.4. Exigência de carta de solidariedade emitida pelo fabricante ...	117
6. Prova de Qualidade dos Produtos	118
7. Aquisição ou Locação de Bens	121
8. Planejamento nas Licitações de Obras e Serviços de Engenharia... 122	
9. Jurisprudência.....	124

CAPÍTULO VI

O Papel Híbrido do Assessoramento Jurídico na NLLC 129

Rodrigo Martiniano Ayres Lins

1. Introdução	129
2. O Parecer Jurídico em Procedimentos Licitatórios.....	131
3. A Responsabilidade do Parecerista na Interpretação e Aplicação da Nova Lei de Licitações e Contratos	133
4. O Papel Híbrido dos Órgãos de Assessoramento Jurídico na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos	138
5. Portal Nacional de Contratações Públicas, Assessoramento Jurídico e Inteligência Artificial	142
6. Considerações Finais.....	144
7. Jurisprudência	145

CAPÍTULO VII

Da Divulgação do Edital de Licitação e Julgamento das Propostas

Uma Análise dos Artigos 53 à 61 da NLLC 147

Lorena de Souza Tavares

1. Divulgação do Edital de Licitação	147
2. Dos Prazos para a Abertura do Certame	148
3. Dos Atos Ocorridos no Período de Divulgação do Edital	149
4. Dos Modos de Disputa	152
5. Do Intervalo Mínimo Entre os Lances.....	155
6. Da Ordem de Classificação das Propostas	155
7. Da Apresentação da Proposta Vencedora (Obras ou Serviços de Engenharia).....	156
8. Da Exigência de Garantia para Apresentação da Proposta....	156
9. Do Julgamento Das Propostas	158
10. Da Apresentação da Proposta e da Garantia Adicional.....	163
11. Da Diligência Quanto às Propostas.....	164
12. Das Amostras e dos Protótipos	165
13. Critérios de Desempate de Propostas	166
14. Do Desempate e do Tratamento Destinado às Micro Empresa/ Empresa de Pequeno Porte (ME/EPP)	168
15. Da Negociação das Propostas.....	170
16. Jurisprudência.....	172

CAPÍTULO VIII

Habilitação e Encerramento do Processo Licitatório

Uma Análise dos Artigos 62 à 71 da NLLC 177

João Tomaz Martins de Queiroz

1. Habilitação	177
2. Da Declaração de Requisitos e Exigência da Apresentação de Documentos	179
3. Da Realização de Vistoria Prévia no Local da Execução	182

4. Da Vedação Quanto à Substituição/Apresentação de Documentos	183
5. Da Realização de Vistoria Prévia no Local da Execução	186
6. Da Habilitação Jurídica	186
7. Da Habilitação Técnica	187
8. Da Habilitação Fiscal, Social e Trabalhista	194
9. Da Habilitação Econômico-Financeira	197
10. Da Apresentação da Documentação Necessária.....	199
11. Do Encerramento da Licitação	201
12. Jurisprudência.....	203

CAPÍTULO IX

Contratação Direta e Procedimentos Auxiliares

Uma Análise dos Artigos 72 à 88 da NLLC	207
--	------------

Jorge Gomes Marinho e Ana Maria Ferreira Sales e Souza

1. Aspectos Básicos da Contratação Direta.....	207
2. Da Instrução do Processo de Contratação Direta	210
3. Responsabilidade da Contratação Direta	212
4. Contratação Direta por Inexigibilidade.....	213
4.1. Conceito e fundamento da inexigibilidade.....	213
4.1.1. Da inexigibilidade nos termos da Lei 8.666/93.....	214
4.1.2. Da inexigibilidade nos termos da Lei 14.133/21 - NLLC.....	215
4.1.2.1. Da contratação por exclusividade.....	216
4.1.2.2. Da contratação de artistas.....	217
4.1.2.3. Da contratação de serviços técnicos especializados	218
4.1.2.4. Da subcontratação	221
4.1.2.5. Do credenciamento	222
4.1.2.6. Da aquisição e locação de imóveis	222
5. Da Contratação Direta por Dispensa de Licitação nos Termos da Lei 14.133/2021 - NLLC	223
5.1. Da dispensa de licitação em razão do valor	225
5.1.1. Fracionamento indevido.....	225
5.2. Da dispensa de licitação em razão de licitação deserta e fracassada...	228

5.3. Da dispensa de licitação em razão da aquisição de produtos e serviços específicos	229
5.4. Da dispensa de licitação em razão da contratação emergencial.....	230
5.5. Da dispensa de licitação em razão de contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento	232
6. Procedimentos Auxiliares às Contratações.....	232
6.1. Conceito - O que são procedimentos auxiliares?	232
6.2. Do credenciamento.....	233
6.3. Da pré-qualificação	235
6.4. Do procedimento de manifestação de interesse – PMI.....	238
6.5. Do sistema de registro de preços – SRP.....	240
6.6. Do registro de cadastral.....	243
7. Jurisprudência	244

CAPÍTULO X

Da Formalização – Garantias – Alocação de Risco – Prerrogativas – Duração e Execução dos Contratos

Uma Análise dos Artigos 89 a 123 da NLLC..... 247

Raphaela Vasconcelos Cláudio Leitão

1. Formalização.....	247
2. Das Garantias	250
3. Da Alocação de Riscos.....	254
4. Das Prerrogativas.....	254
5. Da Duração	256
6. Da Execução.....	264
7. Jurisprudência	270

CAPÍTULO XI

Da Alteração e Extinção e Nulidade Contratual

Uma Análise dos Artigos 124 à 139 e 147 à 150 da NLLC 273

Ingrid Leandro Bach Amaral

1. Da Alteração do Contrato	273
1.1. Artigo 124	273
1.2. Artigo 125	275
1.3. Artigo 126	275
1.4. Artigo 127	276
1.5. Artigo 128	276
1.6. Artigo 129	276
1.7. Artigo 130	277
1.8. Artigo 131	277
1.9. Artigo 132	277
1.10. Artigo 133	278
1.11. Artigo 134	279
1.12. Artigo 135	280
1.13. Artigo 136	281
2. Da Extinção Contratual	281
2.1. Artigo 137	281
2.2. Artigo 138	284
2.3. Artigo 139	285
3. Da Nulidade Contratual	285
3.1. Artigo 147	285
3.2. Artigo 148	286
3.3. Artigo 149	287
3.4. Artigo 150	287
4. Jurisprudência.....	288

CAPÍTULO XII

Do Sistema Sancionador

Uma Análise dos Artigos 155 a 163 da NLLC 291

Carlos Mauricio Lopes Aguiar

1. Introdução	291
2. Das Infrações e Aplicação de Sanções.....	292
3. Sanções Administrativas na NLLC	292
3.1. Defesa no caso de aplicação da multa.....	301
3.2. Processo de responsabilização no caso de sanções de impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade...	302

3.3. Declaração de inidoneidade - Apuração e julgamento conjuntos de atos infracionais das leis licitatórias e da lei anticorrupção	303
3.4. Desconsideração da personalidade jurídica.....	305
3.5. Atualização de dados relativos às sanções aplicadas pelos poderes executivo, legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.....	306
3.6. Multa de mora	307
3.7. Requisitos para reabilitação do licitante	307

CAPÍTULO XIII

Do Controle das Contratações

Uma Análise dos Artigos 169 a 173 da NLLC.... 311

Henrique Nicolau Neto

1. Introdução	311
2. A Compreensão do Controle nas Contratações Públicas sob uma Nova Perspectiva.....	313
2.1. Das práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle.....	314
2.2. Adoção de recursos de tecnologia da informação	315
3. As Linhas de Defesa e a Efetividade do Controle Interno.....	316
3.1. A primeira linha de defesa	316
3.2. Segunda linha de defesa	317
3.3. Terceira linha de defesa	320
3.4. A conduta dos integrantes das linhas de defesa	321
4. Da Orientação da NLLC aos Órgãos de Controle	322
4.1. Do “ <i>modus operandi</i> ” dos órgãos de controle.....	323
5. O Controle Externo na NLLC.....	324
5.1. Da prática dos órgãos de controle.....	324
5.2. Da fiscalização.....	326
6. Da Necessidade de Qualificação dos Servidores.....	331
7. Jurisprudência	332

CAPÍTULO XIV

Erro Grosseiro com Enfoque nos Tribunais

de Contas..... 337

Hamer Soares Rios

1. Introdução 337

2. O Erro Grosseiro e a Lei nº 13.655/2018338

3. Do Dolo x Culpa x Erro.....339

4. Definições das Modalidades

(negligência, imprudência e imperícia)342

4.1. Quadro resumo 343

5. Da Culpa Grave344

6. Do Erro Grosseiro e as Definições do TCU..... 347

7. Os Desafios na Identificação do “Erro Grosseiro”349

8. Da Prevenção do Erro Grosseiro..... 351

9. Conclusão 357

10. Jurisprudência.....358

Referências Bibliográficas365

Organizadores e Autores 391

CAPÍTULO I

Princípios na Nova Lei de Licitação

UMA ANÁLISE DO ARTIGO. 5º DA NLLC

João Carlos Leitão Teixeira

1. Introdução

Os princípios estão contidos no ordenamento jurídico e militam como elementos norteadores em suas mais diversas acepções.

A lei 14.133, de 1º de abril de 2021, trouxe de forma expressa, e não à toa, 22 princípios. Nas palavras do jurista Clóvis Beviláqua (1859), os princípios são: “elementos fundamentais da cultura jurídica humana”, posto que representam verdadeiros alicerces e fontes de orientação.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2004), os princípios são o núcleo do sistema e disposição fundamental que irradiam sobre diferentes normas, corroborando com sua inteligibilidade e interpretação de forma harmônica.

Na atual sistemática constitucional e processual é imperioso observarmos que é dada uma interpretação da Carta Política de 1988 sob a égide do neo-constitucionalismo, ou constitucionalismo contemporâneo, o qual assevera que o ordenamento jurídico deve ser interpretado a partir dos princípios constitucionais.

Outrossim, sob a luz dos ensinamentos do doutrinador alemão Robert Alexy (1997, p.15), “Os princípios são postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública”.

Com efeito, o artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê expressamente e em harmonia com diversos dispositivos legais, os princípios da Legalidade; Impessoalidade; Moralidade; Publicidade e Eficiência.

O rol de princípios na Nova Lei de Licitações está previsto em seu artigo 5º, serão vejamos:

Na aplicação desta Lei, serão observados 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 objeti-

vo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)

Dentre essas inovações, podemos observar que alguns estão implícitos na Lei n. 8.666/1993, como o interesse público e a proporcionalidade, ou na Lei n. 10.520/2002, como a celeridade; ainda outros constam expressamente no sistema normativo de licitações, como descrito a seguir.

2. O Princípio da Legalidade

A Legalidade é a essência do Estado de Direito. É um princípio basilar de matriz constitucional aplicado ao regime jurídico-administrativo. É importante nos atentarmos que o Poder Público, e consequentemente todos os agentes públicos, têm o dever de seguir estritamente as leis legitimadas pelo ordenamento jurídico pátrio, ou seja, a administração pública está adstrita aos limites legais estabelecidos.

O Supremo Tribunal Federal – STF, guardião da Constituição Federal, é inteligível na súmula de nº473, ao prever a possibilidade de anular atos ilegais e revogar por motivos de conveniência ou oportunidade.¹

A ilegalidade insanável enseja a anulação do ato administrativo, e pode se dar de ofício ou mediante provocação. Conforme podemos concluir, na orientação do STF, um ato ilegal não cria direitos, quer seja para o Poder Público, quer seja para o contratado.

3. O Princípio da Impessoalidade

O princípio da Impessoalidade assevera que o comportamento do agente público deve ser imparcial, de modo que sua atuação deve se voltar inteiramente ao interesse público, e não ao privado. Não há espaço para discriminações ou privilégios indevidos no exercício da função pública.

Ainda sob tal prisma, não é permitida a promoção pessoal do agente público ou de terceiros por meio de recursos ou atividades públicas. O objetivo de toda

¹ Súmula Vinculante 473: 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.

ação é, sempre, o interesse público. Perceba que, de certo modo, os princípios estão todos interligados e se complementam; seu fiel seguimento pode eliminar, ou ao menos mitigar, o cometimento de atos em desacordo com a lei.

4. O Princípio da Moralidade e Probidade Administrativa

Os Princípios da Moralidade e da Probidade Administrativa são oriundos do conjunto de valores e princípios presentes no texto Constitucional. A moralidade está diretamente ligada à boa-fé e à lealdade, sob o risco de violar o dever constitucional atribuído ao agente público em todas as suas atuações.

Segundo o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, a moralidade deve ser exercida observando os cânones da lealdade e boa-fé, a administração pública deve proceder com sinceridade e lhanza, sendo defeso qualquer comportamento astucioso produzido de maneira a confundir, prejudicar ou dificultar o exercício de direitos por parte do cidadão. A moralidade requer uma conduta dotada de honestidade.

A moralidade fortalece o princípio da legalidade e evita a prática de atos incompatíveis com valores sociais esperados da Administração Pública. Há na moralidade uma manifesta harmonia com o interesse público.

A não observância ao princípio da moralidade deve ser invalidada. O Código Civil prevê de forma clara o dever dos contratantes e dos contratados pautarem, tanto no início, assim como na execução e na conclusão dos contratos, os princípios da probidade e da boa-fé.

Apesar de os conceitos de moralidade e de probidade serem considerados sinônimos majoritariamente, improbidade e imoralidade não o são.

Atuar com improbidade é atuar em manifesta contraposição aos princípios básicos da Administração Pública, e o seu não cumprimento pode ensejar responsabilidade administrativa, civil e criminal. Importante observarmos que a lei supracitada aplica-se tanto ao agente público, assim como àquele que de alguma forma se beneficia ou concorre.

A improbidade vai muito além da ofensa ao princípio da moralidade, visto que a Lei 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa prevê condutas, tais como enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atentar contra os princípios da Administração Pública – arts. 9º a 11 da Lei 8.429/1992.

5. O Princípio da Motivação

O agente público deve indicar os motivos de fato e de direito que o levaram a tomar tais decisões. Nesse diapasão, vale salientar que a teoria dos motivos determinantes preconiza que a validade de um ato administrativo está vinculada à existência e à veracidade dos motivos por ela indicados.

O princípio da motivação está positivado no artigo 50 da Lei 9784/1999, vejamos: “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos (...)”.

Não à toa, a motivação está elencada nos elementos ou requisitos de um ato administrativo: Competência – quem é a autoridade competente; Finalidade – satisfazer o interesse público; Forma – modo de exteriorização do ato; Motivo – fundamentos de fato e de direito; e Objeto – o resultado prático que determinado ato administrativo produz. Logo, a motivação é a exposição desse motivo.

O princípio da Motivação é previsto no art. 5º da Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei 14.133/2021), no art. 20, Caput e Parágrafo Único da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lei 4.657/1942 (introduzido pela Lei 13.655 de 2018), e também no já citado art. 50 da Lei 9.784/1999.

6. O Princípio da Segurança Jurídica

Fundamental para condução da Administração Pública, o princípio da segurança jurídica traz estabilidade (aspecto objetivo das relações jurídicas) e proteção da confiança ou confiança legítima (aspecto subjetivo das relações jurídicas).

O agente público, bem como aquele que presta serviço ao Poder Público em qualquer de suas esferas, deve atuar com coerência administrativa e observar a boa-fé objetiva, ou seja, agir pautado em valores éticos e morais. Tais valores albergam lealdade, colaboração e cooperação em todas as fases do contrato.

O princípio da Segurança jurídica é previsto de forma expressa no art. 5º, XXXVL, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Seja, porém, qual for o sentido que se possa dar à expressão segurança jurídica, a garantia que ela sugere é a de que, ainda que a vida seja essen-

cialmente mutável, será sempre necessário – no que diz respeito à ordem jurídica e à administração pública, que os atos sejam realizados em fundamental observância a esse princípio. Uma atuação segundo padrões éticos de probidade, decore e boa-fé.

O Superior Tribunal de Justiça é uníssono ao considerar que a aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança possam, de forma excepcional e em nome do interesse público, manter os feitos de ato administrativo considerado ilegal.

Conforme os inteligíveis ensinamentos de José Afonso da Silva (2006), a segurança jurídica representa o universo que norteia e possibilita a antecipação e reflexão de consequências advindas de toda contratação pública.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Lei 4657/1942, é cristalina ao aduzir que as decisões devem se pautar em seus aspectos práticos, sendo de fato decidido com base em valores jurídicos abstratos. As consequências devem ser indicadas de forma expressa, considerando inclusive as peculiaridades do caso, obstáculos e dificuldades². (Arts. 20 a 23, Decreto-Lei 4657/1942).

² 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. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

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. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

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

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

7. O Princípio da Economicidade

Presente de forma implícita no texto constitucional em seu art. 70, o qual aduz que a fiscalização contábil, orçamentária, operacional e patrimonial será exercida pelo sistema de controle interno de cada Poder, contando inclusive com o auxílio do Tribunal de Contas.

O doutrinador Marçal Justen Filho (2008) leciona que o princípio da Economicidade está inserido no conceito de vantajosidade e decorre do dever de eficiência. Neste esteio, deve ser observada a limitação de recursos frente ao inesgotável surgimento de necessidades.

A economicidade está diretamente ligada às contratações públicas, entretanto, não se limita apenas ao preço de compra do produto. Os custos de manutenção, de reposição, de garantia, além de outros destacados de forma direta e indireta, devem ser observados para atender esse princípio. Entretanto, não podemos deixar de pontuar que o princípio em epígrafe deve ser compreendido à luz dos demais princípios.

A economicidade é de observância fundamental para garantir o resultado mais vantajoso para a Administração Pública, que inclui o ciclo de vida do objeto licitado – vide art. 11 da Lei 14133/2021³.

8. O Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável

O princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável está previsto no art. 5º da Lei 14.133/2021 e esclarece que as licitações e as contratações devem observar critérios sociais, ambientais e econômicos.

Atualmente, é regulamentado pelo Decreto 7.746/2012, e contou com importantes implementações, com a edição do Decreto 9.178/2017, dentre as quais podemos destacar a observância de ferramentas que impulsionem uma maior eficiência na utilização de recursos naturais; o incentivo à produção tecnológica brasileira; a edição de contratos com cláusulas de sustentabili-

³ Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

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

dade; a preferência por tecnologias de origem brasileira; inovações que mitiguem o impacto sobre recursos naturais; geração de empregos com maior ênfase na mão de obra local.

É um elemento preponderante entre as finalidades de Estado. O administrador público deve estar atento para essa diretriz constitucional desde o início da contratação, assim como os licitantes devem se adequar a essa diretriz.

É consubstanciado na conservação dos alicerces da produção e reprodução do homem e suas atividades, conciliando o crescimento econômico e a conservação do meio ambiente, numa relação harmônica entre os homens e os recursos naturais.

9. O Princípio da Competitividade

O caráter competitivo da licitação não pode ser comprometido. É correlato ao princípio da igualdade, e oportuniza uma relação de igualdade entre os interessados. Aos agentes públicos é vedado a adoção de medidas que comprometam, frustrem ou restrinjam o caráter competitivo da licitação.

O ato de licitar permite que haja competição entre os interessados. Destarte, é imperioso observarmos que a Nova Lei de Licitações e Contratos acrescentou ao Código Penal Brasileiro⁴, o rol exemplificativo de condutas reprováveis nas contratações públicas.

Trata-se de um princípio específico da licitação. Ademais, é vedada a participação de empresas do mesmo grupo econômico na licitação, posto que isso afrontaria frontalmente a competitividade.

10. O Princípio da Publicidade e Transparência

O direito à publicidade é consectário legal previsto no Estado Democrático de Direito, pois permite a participação dos cidadãos na verificação de assuntos de natureza e interesse público.

⁴ Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório

O preceito inicial é que todo ato administrativo deve ser público. Contudo, atendendo a máxima de que não há direito absoluto, deve ser observado que a publicidade pode ser diferida em alguns casos, como é caso da divulgação das propostas antes do momento.

A transparência, por sua vez, não diz respeito apenas a divulgar a informação, mas divulgá-la de forma compreensível para a população. Os princípios em comento possuem natureza constitucional e suprallegal, posto que possuem previsão expressa no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal, e também no art. 1º da Lei de Acesso à Informação – Lei 12.527/2011.⁵

O prestígio a esses princípios proporciona uma fiscalização mais atuante nas contas públicas e propicia aos interessados impugnar eventuais vícios que porventura estejam presentes no processo.

O acesso à rede mundial de computadores, a Internet, só cresce a cada dia de forma a balizar a atuação da Administração Pública em todos os pontos de vista e garantir à sociedade amplo acesso às contas públicas.

O acesso à Internet e o crescimento tecnológico são grandes fatores que impulsionam o acesso da sociedade às contas públicas, o que prestigia os princípios abordados nesse tópico. A Nova Lei de Licitações e Contratos assevera um dever no que concerne à divulgação dos atos no Portal Nacional de Contratações Públicas - PNCP.

Importante salientar que o princípio da publicidade e o da transparência não possuem significado exatamente idêntico. Por fim, não podemos nos olvidar que o sigilo deve ser preservado quando houver situação que enseje risco à segurança da sociedade e do Estado.

⁵ Art. 5º(...)XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Art. 37 (...) §3ºA lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

Art. 216 (...)§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

Lei 12.527/2011 Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

11. O Princípio da Razoabilidade

Ab initio é importante observarmos que a razoabilidade é um princípio considerado por muitos como sendo implícito, visto que não se encontra de forma expressa no Diploma Constitucional de 1988.

Agir com razoabilidade é agir sem excesso de formalismo, de forma moderada. A razoabilidade estabelece critérios formais e materiais para a ponderação de princípios e regras, com o que confere lógica aos juízos de valor.

A razoabilidade atua na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas. Dessa forma, exige determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios, assim como por estar diretamente ligada ao princípio da justiça.

Em obediência ao princípio da razoabilidade, a atuação da Administração Pública deve guardar compatibilidade e zelo entre os objetivos pretendidos e o rigor da conduta praticada, de maneira que não haja o cometimento de abusos por parte da Administração.

12. O Princípio do Planejamento

Considera-se o planejamento o ponto fundamental das Contratações Públicas, o conjunto de medidas aptas a atingir os objetivos almejados. Nesse sentido, a Nova Lei de Licitações e contratos traz de forma expressa em seu texto legal a figura do Estudo Técnico Preliminar – ETP, que constitui a primeira etapa de um processo de contratação, além de assegurar a viabilidade técnica e embasar o termo de referência ou o projeto básico.

O Planejamento assegura que os objetivos estejam compatíveis com o contexto e a direção estratégica. Outrossim, assegura os recursos necessários para que os trabalhos sejam realizados, e comunica a importância de uma gestão eficaz e sua conformidade com os requisitos do Sistema de Gestão da Qualidade.

O Planejamento projeta a adequação e o plano de contratação da Licitação, substitui o critério individual do operário, a improvisação e o empirismo por métodos planejados. Está umbilicalmente ligado com a fase interna da lici-

tação, visto que é o momento em que é identificada e justificada a necessidade do objeto em questão, bem como a formalização da autorização.

Alhures, deve ser observado imprescindivelmente a responsabilidade do agente público na condução da coisa pública, com destaque para o planejamento. Destaque, nesse sentido, é a inteligência do art 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lei 4.657 de 1942⁶.

13. O Princípio da Segregação de Funções

As licitações não podem ser conduzidas de forma centralizada. O princípio da Segregação de Funções consiste na separação de funções de autorização, aprovação, execução, controle e contabilização das operações, evitando o acúmulo de funções por parte de um mesmo servidor.

Conforme extraído do *Manual do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal* (2001, p. 67-68), na aplicação da segregação de funções a estrutura das unidades/entidades, deve prever a separação entre as funções de autorização/aprovação de operações, execução e controle de tal forma que nenhuma pessoa absorva competências e atribuições em dissonância com esse princípio.

Dito de outro modo, não é permitido que todas as fases, como, por exemplo, a execução de despesas, controle e fiscalização, concentrem-se nas mãos de somente um servidor ou agente público.

14. O Princípio da Eficácia

Decorre do princípio da eficiência. Trata-se da capacidade de produzir exatamente o que foi pretendido, fazer mais com menos, ou seja, com menos recursos do que planejado para a sua execução. Relaciona-se com alcançar um objetivo estipulado, como, por exemplo, melhoria na qualidade e aumento na participação no mercado.

⁶ Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Eficácia é a capacidade de fazer as coisas certas ou de conseguir resultados. Isso inclui a escolha dos objetivos mais adequados e os melhores meios de alcançá-los, além de melhorar a qualidade e fomentar o aumento da participação no mercado.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 prevê a avaliação de resultados quanto à eficácia e à aplicação de recursos públicos de forma expressa no artigo 74, II.⁷

15. O Princípio da Eficiência

É o mais novo entre os princípios constitucionais, tendo sido inserido no Caput do artigo 37 da CF/1988 pela Emenda Constitucional 19/98⁸. Assegura que todas as funções públicas tenham seus papéis e responsabilidades claras, de modo a suportar uma gestão eficiente. Os gestores poderão melhorar continuamente os serviços prestados, sempre entregando e monitorando o resultado.

Para que isso seja viável, é condição *sine qua non* que o Gestor Público tenha a visão por processos, para permitir: identificar, controlar e melhorar as interrelações e interdependências que afetam diretamente nos resultados pretendidos; eliminar os “feudos” com visão departamental; priorizar os processos com maior valor agregado ao negócio, medição da eficácia; promover a criação de uma base sólida para a gestão pública, assim como melhorar seu desempenho e criar iniciativas de desenvolvimento sustentável.

Destarte, para se adaptar às mudanças do mercado, aumentar a eficiência, acelerar a produtividade e atender às demandas, é necessário a utilização de métodos norteadores. Nesse diapasão, podemos citar o PDCA, também chamado de “Ciclo Shewhart”. Nesse método, são definidas as etapas de planejamento, execução, verificação e ação que integram uma das ferramentas de gestão mais utilizadas pelas empresas.

⁷ Art. 74(…) II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

A sigla PDCA significa: Plan, Do, Check e Act, ou seja, Planejar, Fazer, Checar e Agir. Para começar, é necessário encontrar os problemas existentes, definir prioridades dos itens que precisam ser melhorados ou até identificar novas oportunidades; em seguida, colocar o que foi planejado em prática; na terceira etapa, é importante ter parâmetros objetivos e quantitativos, para verificar a melhoria do processo e do padrão de qualidade de fato e comparar com os ciclos anteriores; finalmente, na quarta etapa, é possível encontrar soluções para os problemas e, na sequência, refazer o planejamento considerando os novos resultados.

A consequência de sua utilização será a criação de condições que possibilitarão prover serviços de qualidade à população, atendendo suas necessidades e criando um ambiente propício para aumentar sua satisfação como cliente.

É importante para o gestor público realmente enxergar o cidadão como seu cliente, pois todas as ações de governo devem ser estabelecidas colocando-o no centro de suas decisões.

16. O Princípio da Celeridade

Introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004, objetiva solucionar a problemática que envolve o excesso de processos judiciais, que se arrastam por anos à espera de julgamento, inclusive, pelo excesso de recursos protelatórios.

Em especial na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a celeridade busca dinamizar o desenrolar dos certames. É correlato ao Princípio da Razoável Duração do Processo, inserido na Constituição Federal por meio de emenda.

A inversão das fases atende diretamente a esse princípio, como no caso do Pregão, no qual a habilitação ocorre após a escolha do arrematante. Outrossim, a fase recursal também é corolário desse princípio.

Conforme orientação do Tribunal de Contas da União, busca simplificar procedimentos de rigorismos excessivos e de formalidades desnecessárias. As decisões, sempre que possível, devem ser tomadas no momento da sessão.

17. O Princípio do Interesse Público

A Administração Pública tem como bússola o alcance do interesse público. A supremacia do interesse público sobre o privado, base da Administração Pública, exige que o interesse da coletividade tenha preferência em relação àquele do particular, evidenciando a relação vertical existente entre a Administração e os administrados.

O princípio do interesse público encontra-se acima das individualidades, não se confunde com o interesse de dado governo ou governante, e diz respeito às questões que afetam a vida da sociedade, em aspectos econômicos, políticos, sociais ou culturais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) é cautelosa ao evidenciá-lo em diversos dispositivos, como, por exemplo, ao aduzir que a propriedade atenderá sua função social – art. 5º, XXIII da CF/88⁹.

Logo, o Agente Público, seja o pregoeiro, o fiscal de contratos, o ordenador de despesas ou qualquer outra autoridade, não pode renunciar ao interesse público para beneficiar quem quer que seja.

18. O Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade possui estreita relação com a razoabilidade e visa a coibir excessos por parte da Administração Pública. As decisões administrativas devem ser tomadas de forma balanceada e equilibrada, sem a prática de arbitrariedades.

Para que se atinja tal equilíbrio, a Administração Pública deve compatibilizar os meios empregados e os fins almejados na condução de seus atos durante o curso da licitação.

Na atuação da Administração Pública, a observância da proporcionalidade é obrigatória. Doravante, deve ser observado o trinômio: possibilidade, proporcionalidade e necessidade. Necessidade da contratação; a possibilidade

⁹ Art. 5º(...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

de mercado e utilização; e, por fim, mas não menos importante, a proporcionalidade entre a necessidade, a possibilidade e o fim a ser atendido.

A proporcionalidade deve abranger atos, decisões, assim como pautar as condutas dentro do serviço público. Para verificar se um ato é proporcional, foram adotados três filtros pela doutrina e pela jurisprudência, são eles: a análise sobre a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito do ato jurídico em questão.

Adequado é o ato que atinge os objetivos; necessário aquele que se utiliza dos meios menos gravosos para obtenção dos fins visados; e proporcional em sentido estrito aquele que é proveniente de uma ponderação racional entre a obrigação imposta e o benefício atingido (sempre tendo em conta obter mais benefícios do que prejuízos).

19. O Princípio da Igualdade

O princípio da Igualdade é amplamente conhecido no ordenamento jurídico brasileiro. Possui matriz constitucional – art. 5º Caput e 37 da CF/88 – e é considerado regramento norteador da Administração Pública. Assevera um comportamento que objetiva proporcionar isonomia para aqueles que se encontram nas mesmas condições.

Sua interpretação e aplicação deve se dar de forma convergente com os demais princípios. Entretanto, assim como não há direito absoluto, também não há princípio sem exceções, e nesse caso há situações em que a Lei estabelece margens de preferência exatamente para fomentar políticas públicas e o desenvolvimento econômico de atividades específicas, como, por exemplo, o tratamento diferenciado dispensado às pequenas empresas – Lei 123/06¹⁰.

Nesse diapasão, também podemos observar o tratamento dado às contratações diretas de associações de pessoas com deficiência, o qual dispensa justificativas.

¹⁰ LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006 – Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Há também a possibilidade legítima de a Administração exigir o emprego de pessoas egressas do sistema prisional e também de vítimas de violência doméstica, de forma a oportunizar a inserção desses públicos ao mercado de trabalho.

O jurista Rui Barbosa (1999) aduz que “a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam”. Em outras palavras, em tentar proporcionar igualdade de condições para aquilo que a vida desigualou.

20. O Princípio do Julgamento Objetivo e Vinculação ao Edital

A subjetividade deve ser evitada em todas as suas acepções. O princípio do Julgamento Objetivo personifica a impessoalidade. É a garantia que a proposta será julgada conforme as regras do edital. Daí extraímos a importância de o termo de referência ser feito de forma que possa dar o máximo de informações sobre o objeto.

O procedimento licitatório, após ser iniciado, não pode ser inovado, ou seja, não pode divergir do que já havia sido definido no edital. Uma vez publicado o edital, a Administração Pública (assim como os licitantes) está vinculada aos seus termos de forma a preservar a isonomia de tratamento conferida aos licitantes e resguardar o julgamento objetivo das propostas.

A Administração não pode julgar com base em critérios que não estavam previstos no edital, sob o risco de trazer subjetividade ao processo e torná-lo incompatível com o regime jurídico-administrativo.

Não há espaço para preferências senão as já previstas em lei. O julgamento objetivo proporciona um exame das propostas e dos documentos de forma isonômica, competitiva, impessoal, com segurança jurídica, objetividade, probidade, legalidade e moralidade.

O edital é a lei da licitação, de forma que tanto a Administração Pública como os licitantes estão adstritos a ele. A não observância a esses preceitos implica crime de improbidade, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal do agente público e daquele que concorra ou se beneficie de qualquer forma.

A Administração Pública, ao gerir a coisa pública, carrega consigo e com aqueles que a representam a grande responsabilidade de uma condução es-correita e pautada em boas práticas.

21. Palavras Finais

Considerando todo o exposto, a temática principiológica ilumina o melhor caminho a ser seguido em consonância com o texto constitucional, com as leis, jurisprudências das mais altas cortes e a melhor doutrina.

O agente público não é um mero cidadão, pois no desenvolvimento da função pública tem a oportunidade de prestar o melhor serviço, não só, mas, principalmente, para aqueles que mais necessitam. O interesse público deve pautar toda a trajetória da Administração Pública.

22. Jurisprudência

- *TOMADA DE CONTAS ESPECIAL: A prestação de contas extemporânea quando ocorrer por fatores justificáveis, pode afastar a irregularidade e a penalidade pela omissão no dever de prestar contas, ante o princípio da razoabilidade, na existência de nexo de causalidade entre os recursos repassados e as despesas realizadas. Acórdão 4538/2014-Segunda Câmara – Data da Sessão: 02/09/2014; Relator: ANDRÉ DE CARVALHO*
- *SÚMULA TCU 288: Princípio da ampla defesa - O julgamento pela irregularidade de contas ordinárias ou extraordinárias prescinde de nova audiência ou citação em face de irregularidades pelas quais o responsável já tenha sido ouvido em outro processo no qual lhe tenha sido aplicada multa ou imputado débito. ACÓRDÃO 1374/2015 - Plenário, Data da Sessão: 03/06/2015*
- *Boletim de Jurisprudência 421/2022 - A atribuição, ao pregoeiro, da responsabilidade pela elaboração do edital cumulativamente às tarefas de sua estrita competência afronta o princípio da segregação de funções e não encontra respaldo no art. 3º, inciso IV, da Lei 10.520/2002 nem no art. 17 do Decreto 10.024/2019. INDEXAÇÃO Licitação. Pregão. Pregoeiro. Princípio da segregação de funções. Edital de licitação. Elaboração. Acórdão 2146/2022-TCU-Plenário*

- *Informativo de Licitações e Contratos 421/2021* - A opção pelo uso do Regime Diferenciado de Contratações deve constar de forma expressa no edital, não sendo possível que instrumento contratual celebrado no âmbito da Lei 8.666/1993 seja alterado, por meio de termo aditivo, para adoção de disposições previstas na Lei 12.462/2011, a exemplo do regime de contratação integrada, por caracterizar afronta ao art. 1º, § 2º, da Lei 12.462/2011 e ao art. 65, inciso II, alínea b, da Lei 8.666/1993, bem como aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório. Acórdão 1984/2021-TCU-Plenário, Auditoria, Relator Ministro Augusto Nardes.
- *Boletim de Jurisprudência 371/2021* - A alteração de cláusula editalícia capaz de afetar a formulação das propostas das licitantes sem a republicação do edital e a reabertura dos prazos para apresentação de novas propostas ofende os princípios da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia. Licitação. Edital de licitação. Alteração. Republicação. Prazo. Proposta. Acórdão 2032/2021-TCU-Plenário (Desestatização, Relator Ministro Raimundo Carreiro).
- *Boletim de Jurisprudência 371/2021* - A alteração de cláusula editalícia capaz de afetar a formulação das propostas das licitantes sem a republicação do edital e a reabertura dos prazos para apresentação de novas propostas ofende os princípios da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia. Licitação. Edital de licitação. Alteração. Republicação. Prazo. Proposta. Acórdão 2032/2021-TCU-Plenário (Desestatização, Relator Ministro Raimundo Carreiro).
- *Boletim de Jurisprudência 364/2021* - As despesas à conta de recursos públicos com festividades e eventos comemorativos devem observar os seguintes requisitos, sob pena de responsabilização dos agentes que autorizarem a sua realização: i) vinculação às finalidades e objetivos da entidade; ii) moderação dos valores despendidos; iii) natureza excepcional; e iv) submissão aos princípios da legalidade, moralidade, legitimidade e economicidade. Finanças Públicas. Despesa pública. Festividade. Requisito. Acórdão 1641/2021-TCU-Plenário (Denúncia, Relator Ministro Aroldo Cedraz)

CAPÍTULO II

O Planejamento e Instrução do Processo Licitatório

UMA ANÁLISE DOS ARTIGOS 18 À 24 DA NLLC

Poliana Vanúcia de Paula Albuquerque

1. Do Planejamento e da Fase Preparatória

Introduzida pelo art.18 da lei 14.133/2021, a fase preparatória anuncia uma posição de destaque que o legislador imputou à Administração Pública: planejar suas futuras aquisições, prenunciando a máxima efetividade e economicidade no seu *múnus* público.

Planejar, portanto, além de compor a base de princípios da nova lei, conforme visto em linhas anteriores, é a real instrumentalização do princípio constitucional da eficiência.

Para Marçal Justen Filho (2021, p. 127):

O princípio do planejamento significa o dever de previsão das ações futuras, abrangendo inclusive eventos não relacionados diretamente à atuação administrativa, de modo a adotar as providências mais adequadas e satisfatórias para a realização das finalidades pretendidas. O princípio do planejamento compreende uma pluralidade de atuações diversas, que se desenvolvem de modo organizado e sistêmico.

A lei 14.133/2021, através do art. 18, propugnou que o planejamento deve ser alinhado com o plano de contratação anual e com a respectiva lei orçamentária, além de coadunar-se com a implementação dos objetivos e metas institucionais do órgão público.

Planejar, portanto, é chave mestra da Lei 14.133/2021 e introduz uma nova fase da Gestão Pública, uma vez que categoricamente está positivado na letra da lei e impõe ao Administrador Público que utilize mecanismos para sua

promoção, sob pena de inviabilidade dos procedimentos de aquisição e contratação de serviços, já que, a fase interna e externa do processo licitatório somente podem acontecer com a superveniência de atos prévios prescritos na referida lei.

Nesse sentido, Joel Niebuhr (2022, p.442) assevera:

O planejamento foi elevado a princípio das licitações e dos contratos, em conformidade com o caput do artigo 5º da Lei nº 14.133/2021, e o legislador houve por bem dedicar à fase preparatória, em que ocorre o planejamento, um capítulo inteiro da nova lei, o Capítulo II do Título II. Bem se vê que o planejamento das licitações e dos contratos foi bastante realçado na Lei nº 14.133/2021, constituindo-se num dos seus pilares fundamentais.

Todavia, o dever de planejar impõe mudanças profundas na cultura organizacional de cada órgão, posto que, necessariamente, planejar deve envolver todos os departamentos da entidade, sobretudo o alinhamento e cooperação mútua desses. Indissociável desse cenário, portanto, é a promoção de capacitação de servidores para além da execução de suas funções ordinárias.

Nesse sentido, Marcelo Neves (2011) adota a solução da criação de um órgão específico para tal finalidade:

É de todo recomendável que órgãos da Administração Pública criem em sua estrutura administrativa um órgão específico para tratar do desenvolvimento e implementação do planejamento estratégico da instituição, elaboração de projetos de simplificação de processos para facilitar o acesso aos serviços públicos, com a busca contínua de novos parâmetros de desempenho, e a incorporação de inovações relativas à área de gestão pública.

Vale ressaltar que a indicação de alinhamento e planejamento de contratações já era recomendação recorrente no âmbito do Tribunal de contas da União – TCU, a exemplo dos seguintes acórdãos: 1.321/2014 – Plenário; 1.273/2015 – Plenário; 2.622/2015 – Plenário; 1.524/2019- Plenário; 1.637/2021 – Plenário e 2.164/2021 - Plenário.¹

¹ https://sites.tcu.gov.br/listadealtorisco/gestao_e_integridade_nas_contratacoes_publicas.html

Segundo o TCU² (2022):

Mostra-se imperativo avaliar a capacidade de governança e gestão das contratações públicas e manter o acompanhamento da implementação do PNCP, cabendo ao TCU, sempre que possível, formular contribuições pertinentes, objetivando aprimoramentos e eventuais medidas corretivas naquele sistema, assim como sua célere e ampla implementação.

Com efeito, é latente que a Lei 14.133/2021 teve como objetivo promover e instituir padrões de Governança e práticas de boa gestão, com o alinhamento institucional do órgão público, fomentando a aplicação, dentre outros, do princípio da eficiência da Administração Pública

2. Do Plano Anual de Contratação - PAC

Com efeito, diga-se que a lei estabelece, no seu artigo 12, VII, os requisitos para a elaboração do plano de contratação anual, que, vale destacar, não é uma imposição da lei, mas uma possibilidade que deve ser formalizada através de Regulamento de cada ente Federado.

Nesse sentido, em sendo realizado o plano, o art. 12, VII, da lei impõe que tenha como objetivos: 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.

Nos ensinamentos de Tatiana Camarão (2021, p.255), conceitua-se o Plano Anual de Contratação como:

Vale lembrar que o plano anual de contratações é um documento que consolida todas as contratações que o órgão ou entidade pretende realizar ou prorrogar no exercício financeiro subsequente, inclusive renovações. Sua produção se dá pela observação e encaminhamento, pelas unidades administrativas, das suas demandas de contratação para o setor de compras devido, o qual consolidará as informações e enviará para validação e aprovação da autoridade competente (...).

² https://sites.tcu.gov.br/listadealtorisco/gestao_e_integridade_nas_contratacoes_publicas.html

Ainda informa o parágrafo 1º do referido art. 12 que esse plano anual de contratação deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e na execução dos contratos.

A elaboração do Plano Anual de Contratação (PAC) ainda tem consequências no sentido de a Administração pública evitar o fracionamento de despesas e compras repetidas do mesmo objeto, fracassos dos processos licitatórios, contratação direta emergencial sem a adequada justificativa, entre outras inconsistências no gerenciamento dos recursos públicos que podem implicar a responsabilização dos gestores a teor do que já foi colacionado no Acórdão 2258/2019 do TCU³.

Perceba que a ideia de alinhamento estratégico de todos os setores do órgão é na verdade uma ampliação de comunicação entre estes para possibilitar uma linearidade entre a atuação a nível operacional e estratégico do órgão, facilitando e minimizando erros em todas as áreas.

Se o Gestor público optar por realizar o Plano Anual de Contratação, deve observar os requisitos já colacionados anteriormente e que estão no texto da lei 14.133/2021, e, no âmbito federal, a edição do Decreto nº 10.947/2022.

O referido Decreto, portanto, tem o fim de regulamentar o inciso VII do *caput* do art. 12 da Lei nº 14.133/2021, dispondo do plano de contratações anual e de instituir o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações - PGC, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e funcional.

No referido decreto, apontou-se como objetivos do PAC⁴:

- a) racionalizar as contratações das unidades administrativas de sua competência, por meio da promoção de contratações centralizadas e compartilhadas, a fim de obter economia de escala, padronização de produtos e serviços e redução de custos processuais;
- b) garantir o alinhamento com o planejamento estratégico, o plano diretor de logística sustentável e outros instrumentos de governança existentes;
- c) subsidiar a elaboração das leis orçamentárias;

³ https://sites.tcu.gov.br/listadealtorisco/gestao_e_integridade_nas_contratacoes_publicas.html

⁴ Art 5º Decreto 10.947/2022, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019_2022/2022/Decreto/D10947.htm

- d) evitar o fracionamento de despesas; e
- e) sinalizar intenções ao mercado fornecedor, de forma a aumentar o diálogo potencial com o mercado e incrementar a competitividade.

Ainda conforme o art. 6º do referido Decreto, até o dia 15 de maio de cada exercício, será aprovado o plano de contratações anual, o qual conterá todas as contratações do órgão e entidades para o exercício subsequente.

Contudo, o texto regulamentador traz algumas exceções quanto ao provisionamento de compras que devem constar no PAC, através do art. 7º, quais sejam: as informações classificadas como sigilosas, nos termos do disposto na Lei nº 12.527/2011, ou abrangidas pelas demais hipóteses legais de sigilo; as contratações realizadas por meio de concessão de suprimento de fundos, nas hipóteses previstas no art. 45 do Decreto nº 93.872/1986; as hipóteses previstas nos incisos VI, VII e VIII do *caput* do art. 75 da Lei nº 14.133/2021; e as pequenas compras e a prestação de serviços de pronto pagamento, de que trata o § 2º do art. 95 da Lei nº 14.133/2021.

Diga-se, ainda, que a formalização do PAC necessariamente será um guia de todas as ações do gestor público no ano seguinte, prestigiando os princípios da publicidade e transparência, sendo a sociedade a maior beneficiária de sua implementação. Com efeito, a atuação do gestor público de forma programada é simplesmente a possibilidade de obter um serviço público alinhado com suas funções institucionais e com o compromisso com a sociedade que serve.

Bem se observa que a nova lei de licitações, seguindo os mais modernos conceitos de governança, gestão e liderança, teve a preocupação de direcionar e disponibilizar ferramentas legais para que o gestor público pudesse aperfeiçoar seus processos internos e possibilitar o alinhamento com seu planejamento estratégico e, conseqüentemente, melhorar a alocação dos seus recursos financeiros.

No entanto, não se pode olvidar que esse alinhamento deve andar conjuntamente com a qualificação e treinamento de servidores públicos para a implementação das mudanças trazidas pela nova lei.

3. Da Instrução da Fase Preparatória

Ainda com escopo na fase interna da licitação, ao contrário do preceituado no antigo art. 14 da lei 8.666/93, o novel art. 18 da lei 14.133/2021, no que tange à instrução prévia do processo licitatório, declinou cada requisito necessário para a formalização dessa fase, direcionando a Administração Pública para seguir etapas e obter, em sentido amplo, uma contratação exitosa.

Perceba que a fase interna, ou preparatória, busca estar em consonância com a evolução tecnológica e soluções mercadológicas com o fim único de obter efetivamente a proposta mais vantajosa para a Administração.

Nesse mister, se faz relevante ponderar a necessidade da instrução da fase interna ser realizada por equipe multidisciplinar, que tenha conhecimentos técnicos para descrever a necessidade da contratação através de documento apropriado, individualizar o objeto e definir condições de execução, garantia e pagamento e, em outra ponta, elaborar orçamento e composições de preços, definir modalidade de licitação e critério de julgamento, entre outras ações categoricamente previstas no art. 18 incisos I ao XIII.

Nesses termos, segundo o novel legal (Lei 14.133/2021), destaca-se dentre os documentos essenciais e primários para compor a fase interna:

1. Documento de Formalização da Demanda;
2. Anteprojeto;
3. Termo de Referência;
4. Projeto Básico;
5. Projeto Executivo.

No que tange ao documento de formalização da demanda, este seria, conforme colacionado acima, o que consta no inciso I, o Estudo Técnico Preliminar (ETP), com a necessidade de atuação de equipe ou servidor que tenha conhecimentos básicos acerca do objeto a ser contratado.

Necessário apontar que a lei indicou que o Estudo Técnico Preliminar, conceituado no art. 6º, XX,⁵ deve conter obrigatoriamente os elementos que constam nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º do art. 18, quais sejam: descrição da necessidade da contratação, com a definição de forma clara e precisa da contratação; estimativas das quantidades para a contratação; estimativa do valor da contratação que poderá ficar sob sigilo, na forma do art. 24; justificativas para o parcelamento ou não da contratação; posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

Diga-se ainda que os demais elementos que constam na fase de planejamento não são obrigatórios, mas a Administração deve justificar a sua ausência.

Vale ainda ressaltar que o Estudo Técnico Preliminar não figura como uma novidade, uma vez que já era previsto no art. 57 da lei 8.666/1993; entretanto, usado de forma incipiente, pois na prática não se declinava seu conteúdo. Todavia, o ETP foi regulamentado na Instrução Normativa nº 40/2020⁶ do Ministério da Economia declinando, no seu art. 7º, com detalhes os seus requisitos basilares.

Por ocasião dessa Instrução Normativa, ficou claro que o ETP encara a contratação como algo a ser “resolvido”, pois ao se analisar possíveis soluções, previamente indica-se um problema. Perceba que em outras palavras o ETP vai anunciar o problema e trabalhar soluções sob a ótica do melhor interesse público daquela contratação junto ao mercado.

No que tange ao documento designado como Termo de Referência (TR):

ART. 6º, INCISO XXIII DA LEI 14.133 NA NOTA DE RODAPÉ:

Lei 14.133/2021

Art. 6º

⁵ Art 6º (...) Inciso XX - Estudo técnico preliminar: 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.

⁶ Art1º (...) Parágrafo único: Para os efeitos desta Instrução Normativa, considera-se ETP o documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza determinada necessidade, descreve as análises realizadas em termos de requisitos, alternativas, escolhas, resultados pretendidos e demais características, dando base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico, caso se conclua pela viabilidade da contratação.

XXIII - termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

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

Este também não é novidade, uma vez que surgiu com o Decreto Federal nº 3.555/2000, e que seguidamente foi transformado na lei nº 10.520/2002. Entretanto, após relevantes mudanças no cenário da jurisprudência do Tribunal de Contas da União através de diversos julgados que culminaram na Súmula 177⁷, o Termo de Referência e o Projeto Básico passaram a ter grande relevância quando se declinava a eficiência da contratação e sua necessidade de planejamento.

⁷ Súmula 177 do TCU: “A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.”

Nos demais documentos numerados, a definição de cada um está explícita na lei, nos incisos do seu art.6º, que traz o detalhamento de cada espécie de documento. Observa-se porém, que a lei 8.666/1993, no art. 13, somente previa dois documentos que serviriam ao fim de individualizar o objeto, quais sejam: Projeto Básico e Projeto Executivo.

Portanto, o marco da nova lei em relação à mudança dessa fase instrutória chama atenção, posto que direciona e define os passos de atuação do gestor público para melhor atender os objetivos almejados com aquela aquisição ou prestação de serviços.

Percebe-se que a roteirização dessa fase é de suma importância, pois possibilita que a equipe designada para conduzir os trabalhos da licitação tenha a menor probabilidade de erros.

A doutrina declina um “roteiro” de planejamento que deve ser seguido, vejamos: elaborar o documento de formalização da demanda, com descrição do objeto, justificativa e recursos orçamentário; elaborar o estudo técnico preliminar, nos termos do art. 18, e pesquisar as condições em que o mercado fornece o objeto: preços, prazos, garantia e condições de entrega.

4. Centralização das Compras

Primeiramente, é de se notar que o art. 19 da lei 14.233/2021 trouxe em seu texto comandos de implementação de processos mantendo a ideia da materialização do princípio constitucional da eficiência, e, para tanto, orienta a Administração Pública através de seus órgãos a: criar catálogos eletrônicos de padronização de compras (inciso II); manter sistema informatizado de acompanhamento de obras (inciso III); criar modelos de minutas de Editais, Termos de referência, bem como, de Contratos e demais atos (inciso IV); e adoção de modelos digitais de obras e serviços de engenharia e *Bulding Information Modelling*– BIM (Decreto nº 10.306/2020).

A novel lei de licitações detalhou no referido art. 19 o que a antiga lei (lei 8.666/93), no art.33, previa apenas como catálogo eletrônico de padronização de compras. Por assim dizer, a ideia é, de fato, centralizar e padronizar compras e serviços.

A essência, no que tange à finalidade das duas normas, pode-se afirmar que é mesma, qual seja: realizar padronizações e divulgação para consulta de outros órgãos da descrição de um produto ou serviço realizada por um único órgão, facilitando a realização da licitação e aquisição.

Tal objetivo está no escopo da nova legislação, no sentido de promover uma gestão eficiente e métodos de boa governança na Administração Pública. Inclusive, quanto à centralização de compras, é importante ressaltar que segundo Tatiana Camarão (2021, p.298):

Notadamente é diretriz da lei a realização das compras colaborativas para dar mais fluidez nas contratações dos órgãos e entidades públicas, já que as aquisições compartilhadas apresentam várias vantagens, como redução do número de processos licitatórios custosos aos cofres públicos, especialização dos agentes públicos dentre outras

Ainda, segundo Ronny Charles (2021, p. 827), quanto às vantagens da implementação da centralização de compras:

As centrais de compras funcionam como “filtro qualificado” da demanda de toda administração para o mercado. Por meio delas, é possível gerar ganho de escala nas ações de compras públicas, além de otimizar seu planejamento, reduzir seu custo burocrático e facilitar o controle da corrupção. Do mesmo modo, a padronização dos itens demandados viabiliza uma atuação estratégica das compras públicas e imprime ganhos de qualidade.

Importante também informar que centralizar e padronizar atos já era algo que a Administração Pública, bem como, órgãos de controle já buscavam, a exemplo da Portaria nº 13.623/2019, que inspirou o referido artigo.

A recomendação do TCU, portanto, quanto à criação de catálogo de compras para maximizar a eficácia e a eficiência das contratações, vem em apoio à evolução de processos e conceitos de gestão no âmbito da Administração Pública, otimizando um dos princípios balizares da nova lei, o planejamento.

Manter o catálogo eletrônico de compras, portanto, faz parte da formalização do Plano Anual de Contratações (PAC). Ademais, conforme consta no art. 19, parágrafo primeiro, da Lei 14.133/2021, os requisitos para sua formalização são os mesmos procedimentos seguidos para a instrumentalização da fase

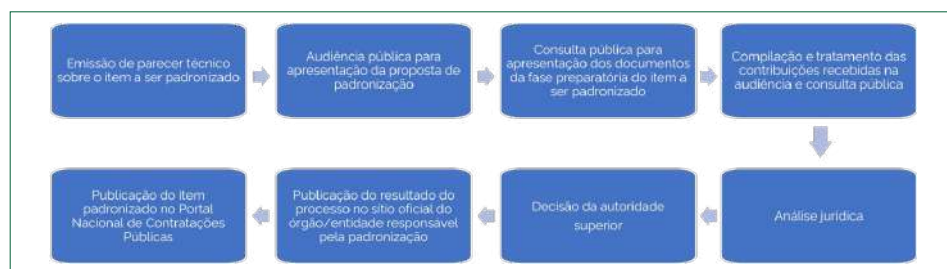
interna, quais sejam: a realização de estudo técnico preliminar, com análise das necessidades do órgão e condições mercadológicas, não olvidando, ainda, que, conforme prescreve a lei, deve a sua criação constar no regulamento do próprio órgão.

Imperioso que se diga que, no mesmo parágrafo 1º do art. 19 da lei, a adoção desse catálogo não é obrigatória, porém, sua ausência deverá ser justificada, conforme parágrafo 2º do mesmo artigo.

De toda sorte, os órgãos já começaram a se movimentar e, no âmbito federal, foi publicada, no dia 03 de fevereiro de 2022, a Portaria nº 938/2022 do Ministério da Economia, que instituiu o Catálogo Eletrônico de Padronização de Compras, Serviços e Obras, atendendo às exigências da nova Lei de Licitações.

De acordo com o Ministério da Economia⁸, a implementação do Catálogo Eletrônico de Padronização de Compras possibilitará a redução do tempo e dos esforços dos servidores que atuam na área de licitações, e acrescenta que a qualidade e a inovação nas contratações será potencializada e o resultado do processo licitatório mais vantajoso para a Administração Pública será assegurado.

No mesmo sentido, o Ministério da Economia⁹ disponibiliza as seguintes etapas de implementação do referido catálogo:



Fonte: <https://www.gov.br/compras/pt-br/pncp/catalogo-eletronico-de-padronizacao>

⁸ <https://www.gov.br/compras/pt-br/pncp/catalogo-eletronico-de-padronizacao>

⁹ <https://www.gov.br/compras/pt-br/pncp/catalogo-eletronico-de-padronizacao>

Percebe-se que a nova lei pormenoriza e esmiúça etapas e procedimentos, no sentido de balizar o Administrador para o bom planejamento e, por conseguinte, o bom funcionamento da central de compras, que necessariamente se apoiará em informações e modelos devidamente padronizados para a efetivação do melhor interesse para a Administração Pública.

No que concerne aos Municípios, a lei, no art. 181, traz disposição especial quanto à centralização dos procedimentos de contratação, bem assim a padronização de compras:

Art. 181. Os entes federativos instituirão **centrais de compras**, com o objetivo de realizar compras em grande escala, para atender a diversos órgãos e entidades sob sua competência e atingir as finalidades desta Lei.

Parágrafo único. No caso dos Municípios com até 10.000 (dez mil) habitantes, serão preferencialmente constituídos **consórcios públicos para a realização das atividades previstas no caput deste artigo**, nos termos da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

É nítido que o legislador quis facilitar a implementação da centralização de compras em âmbito municipal, já prevendo as possíveis dificuldades de sua instituição em Municípios pequenos. Para Leandro Sarai (2021, p. 1491), o parágrafo único “mostra a ciência do legislador de que nos municípios pequenos, por haver pouco poder de compra, haveria risco de os objetivos do dispositivo legal não serem atingidos”.

A ordem do novel mandamento legal, portanto, é planejar, padronizar, alinhar objetivos e metas, com a conformação de resultados, e, nesse sentido, como já vaticina Jacoby Fernandes (2021): “Na Lei nº 8.666/1993 e na nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133/2021, padronizar é mais que um dever, é um dos princípios das compras públicas”.

5. Classificação dos Bens de Luxo e de Consumo

Diante do que já foi exposto acerca da necessidade de padronização de produtos com a implementação de catálogo de compras, a novel legislação, no seu art. 20, prescreve que:

Art. 20. Os bens de consumo adquiridos para suprimir as demandas das estruturas da Administração Pública deverão ser de qualidade comum não superior à necessária para atingir as finalidades das quais se destinam, vedada a aquisição de artigos de luxo.

O grande destaque que se dá nesse dispositivo é justamente a vedação da contratação de bens de luxos. Mas qual seria definição que o legislador quis seguir com essa vedação? Afinal o que são bens de luxo?

A Súmula 177 do TCU já prescrevia que:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

A jurisprudência caminhou no sentido de trazer uma definição por exceção, ou seja, primeiramente se definiu quais as características dos bens tidos como necessários à Administração.

Portanto, bens de luxo figuraria no sentido de que, segundo Tatiana Camarão, não deve ser contratado item de qualidade superior à necessária às atividades do órgão ou entidade pública, que se apresentam, portanto, com exigências irrelevantes ou excessivas.

Com a explícita vedação trazida pelo texto da lei, é necessário que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário regulamentem com a maior brevidade possível a classificação de bens de consumo comuns e de luxo, posto que a lei indica um *deadline* de 180 dias da promulgação da lei 14.133/2021, as compras de bens de consumo ficarão condicionadas a essa regulamentação a qual foi realizada pela União, no pelo Decreto 10.818/2021, seguido pelo Estado do Ceará com o Decreto 34.450/2021.

Importa trazer à baila, quanto à aquisição ou ao consumo de bens de luxo, que o referido artigo, apesar de trazer acertadamente a proibição da compra de bens de luxo, não possibilitou e nem prescreveu as exceções que podem

caber em casos específicos, que inclusive atendem ao princípio da reciprocidade, a exemplo da possibilidade de recepção de autoridade internacional.

Em recente julgado o TCU, Acórdão 1895/2021- Plenário, já se manifestou:

A previsão de itens de *luxo* em edital de pregão realizado com base na Lei 10.520/2002, sem a devida justificativa acerca da necessidade e incompatíveis com a finalidade da contratação, contraria os princípios da economicidade e da moralidade administrativa. **Acórdão 1895/2021-Plenário** | Relator: Marcos BemqWuerer

6. Matriz de Risco

Disposto no art. 22 da nova legislação, a matriz de risco¹⁰ trata-se de 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.

A referida cláusula figura como mais uma indicação de planejamento que a Administração Pública deve realizar, promovendo a necessária indicação de âleas de risco que aquela contratação impõe. Ronny Charles e Dawison Barcelos (2018, p. 454) afirmam que o referido artigo foi uma evolução comparado à lógica tradicional, na qual a Administração Pública assumia todos os riscos contratuais.

A nova lei de licitações, entretanto, não inovou completamente no assunto, pois outros diplomas legais já provisionavam a respectiva cláusula contratual, como a lei 8.987/95 (lei de normas gerais de concessões públicas) e a lei 11.079/04 (lei das Parcerias Público-Privadas).

Para Carolina Zancaner Zockun (2021, p. 413):

Matriz de risco delimita, pois, a repartição objetiva das responsabilidades advindas de eventos negativos supervenientes à contratação. Os dados contidos nesses instrumentos são de suma importância para a caracterização do objeto, bem como, para dimensionamento das propostas apresentadas pelos licitantes.

O próprio parágrafo primeiro do art. 22 anuncia que o propósito da matriz de risco é limitar as responsabilidades de cada parte, bem como, a proposição

¹⁰ Art 6º XXVII da lei nº 14.133/2021

de soluções para amenizar as repercussões de possíveis acontecimentos extraordinários durante a execução contratual.

Importa ressaltar que a completa compreensão do tema ainda impõe a análise do art.92, inciso IX que trata de cláusulas essenciais do Edital, do art.103 parágrafo 4º, que trata do equilíbrio econômico-financeiro, e do art. 133, inciso IV, que trata de ocorrência de evento superveniente alocado à matriz de risco.

Nesses termos das leituras dos artigos supramencionados conclui-se que são objetivos da matriz de risco: a repartição de responsabilidades objetivas; a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; a redução ou eliminação de riscos da execução do contrato,

Cumprе salientar que o *caput* do art. 22 prevê que o Edital poderá contemplar matriz de risco, entendendo-se, portanto, que não é obrigatória. Em outro giro, caso as contratações tenham como objeto obras e serviços de grande vulto¹¹ e contratação integrada e semi-integrada, essa será necessariamente obrigatória, de acordo com o parágrafo terceiro do referido artigo.

Rodrigo Pironti¹² (2017) ensina que:

Na modelagem contratual, portanto, a matriz de riscos deve contemplar a definição das partes responsáveis por cada risco previsto. Se, por exemplo, uma empresa é contratada pelo Poder Público para realizar escavamentos no subsolo, e durante da execução do contrato acaba por constatar que o solo apresenta condições diversas daquelas anteriormente previstas e que acarretarão o aumento do custo da operação, a responsabilidade contratual é de quem? Este é um exemplo de risco que deve ser inserido na matriz, indicando seu respectivo responsável. Ademais, dentre os efeitos da previsão da cláusula de matriz de risco, ainda é possível, segundo o inciso II do parágrafo segundo da novel legislação, a própria resolução contratual, tendo em vista majoração excessiva que impeça a continuidade da realização do contrato por ocasião da ocorrência do risco provisionado.

¹¹ As obras e serviços de grande vulto, de acordo com o art. 6º XXII, são aquelas que o valor supera R\$ 239.624.058,14 (duzentos e trinta e nove milhões seiscentos e vinte e quatro mil cinquenta e oito reais e quatorze centavos) – alterado pelo Decreto 11.871 de 29 de dezembro de 2023.

¹² <https://direitoadm.com.br/matriz-de-riscos-e-jogogov/>

A jurisprudência do TCU já firmava o entendimento da recomendação da matriz de risco como forma de promover segurança jurídica à contratação, acompanhando, portanto, a inovação da novel legislação, bem como, das leis já citadas, nesses termos:

É recomendável a utilização de *matriz de riscos* em contratações derivadas da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) que envolvam incertezas significativas, ainda que sob regime de empreitada por preço global, por se tratar de elemento que agrega segurança jurídica aos contratos. **Acórdão 2616/2020-Plenário | Relator: Vital do Rêgo**

Importa frisar que nos casos de ausência da previsão da matriz de risco, a repartição de responsabilidades já era instrumento utilizado também em decisões do TCU:

Na contratação integrada do RDC (art. 9º da Lei 12.462/2011) , se não houver alocação objetiva de *riscos* entre as partes, prevista no edital do certame, o contratado deve assumir eventuais encargos resultantes de erros, incompletudes e omissões do anteprojeto, identificados quando da elaboração dos projetos básico e executivo, uma vez que tal situação, inerente a esse regime de contratação, pode ser considerada álea ordinária. **Acórdão 544/2021-Plenário | Relator: Walton Alencar Rodrigues**

Nesses termos, o provisionamento de riscos contribui para que a Administração Pública, em sentido restrito, alcance com eficiência os objetivos daquela contratação, prestigiando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, bem como, sua segurança jurídica e, em sentido amplo, alcance os seus objetivos institucionais, sobretudo quanto ao planejamento traçado pela Administração, na consecução dos seus objetivos e na promoção de um serviço público efetivo, eficiente e de qualidade.

Em resumo, o objetivo da matriz de risco é listar as possibilidades de alteração contratual, com o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a possibilidade de resolução contratual em caso de ocorrência do evento que impeça a continuidade da avença e a contratação de seguros obrigatórios previamente definidos e que estejam vinculados ao custo da contratação. Lembrando que sua obrigatoriedade é imposta apenas em

contrações de grande vulto e em contratações que adotem o regime de integrada e semi-integrada.

7. Pesquisa de Preços / Orçamento Sigiloso

Primeiramente se diga que, sendo uma etapa de importância no processo licitatório, erros na formulação da pesquisa de preços comprometem a adequada aquisição de bens e serviços pelo Poder Público, além de fragilizar o processo quanto a superfaturamento de preços, comprometendo os princípios da economicidade, da competitividade e da transparência.

Sua ausência ou realização inadequada é tema constante na jurisprudência dos órgãos de controle, nesse sentido:

A *falta* ou realização da *pesquisa de preços* prévia junto a poucas empresas, com manifesta diferença nos valores dos orçamentos apresentados, não se mostra suficiente para justificar o valor do orçamento estimativo da contratação, pois impede a Administração contratante de aferir a vantajosidade real da contratação e os potenciais interessados de cotarem adequadamente suas propostas. **Acórdão 1002/2015-Plenário | Relator: Benjamin Zymler.**

A *pesquisa de preços* para elaboração do orçamento estimativo da licitação não deve se restringir a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, devendo ser utilizadas outras fontes como parâmetro, a exemplo de contratações públicas similares, sistemas referenciais de *preços* disponíveis, *pesquisas* na internet em sítios especializados e contratos anteriores do próprio órgão. **Acórdão 3224/2020-Plenário | Relator: Vital do Rêgo**

Importa declinar que o alinhamento dessa etapa junto com a descrição do objeto, quando da realização do termo de referência, é crucial, pois um objeto que não é bem descrito deságua numa pesquisa de preços não necessariamente fidedigna e errônea, fator que compromete a eficácia da aquisição ou a prestação dos serviços. Nesse sentido, Benjamim Zymler e Laureano Canabarro Dios (2021, p.210):

Na aquisição de bens e serviços, o grau de exigência técnica em relação ao produto repercute no seu valor e no universo de futuros fornecedores. Maiores exigências acarretam menos competição e maiores preços, menores exigências, por sua vez, podem acarretar a contratação de produtos com qualidade insuficiente para atender a administração. Ou seja,

caso não exponha bem as suas necessidades, a administração, pode contratar produtos que são inadequados para seus propósitos. Podem eles serem inservíveis por não preencherem as necessidades do contratante ou se prestarem a essas necessidades de forma superlativa, hipótese em que os custos incorridos serão maiores que o necessário.

Nesse mister, a pesquisa de preço é uma das problemáticas enfrentadas ao longo dos anos nos procedimentos licitatórios e, segundo o Manual elaborado pelo STJ (2021, p.07), sua importância é assim descrita¹³:

Mediante a pesquisa de preços se obtém a estimativa de custos que se apresenta como de fundamental importância nos procedimentos de contratação da Administração Pública, funcionando como instrumento de baliza aos valores oferecidos nos certames licitatórios e àqueles executados nas respectivas contratações. Assim, sua principal função é garantir que o Poder Público identifique o valor real do bem ou do produto para uma pretensa contratação, de forma que o preço a se pagar seja justo e esteja compatível com os valores praticados pela Administração Pública.

Obstáculo a ser superado pelo gestor público que deve acompanhar os preços de mercado e promover a melhor situação de contratação para a Administração Pública, a modernização desse procedimento está disposta na nova lei de licitações desde a etapa de planejamento, onde o inciso VI do parágrafo 1º do art.18 da referida lei determina que o estudo técnico preliminar deverá conter “estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação”.

O art. 23 da nova lei de licitações, no entanto, desce minúcias acerca dessa etapa do processo de contratação pública e orienta categoricamente o gestor público no caminho a percorrer. Carolina Zancaner Zockun (2021, p. 420), acerca desse assunto, critica a lei no sentido de que:

(...) a presente lei pecou ao detalhar um método de pesquisa de preço tão pormenorizado, que, muitos casos, pode se tornar totalmente inconveniente, ante a impossibilidade de o gestor adotar outros critérios ou parâmetros que muito melhor reflitam a realidade do mercado.

¹³ Manual de Orientação STJ, 4ª Edição | Lei 14.133/2021 Pesquisa de preço

Cumprе salientar que no âmbito do Poder Executivo já houve articulação no sentido de orientar e pautar a realização desse procedimento com a edição da Instrução Normativa SEGES/ME n. 65/2021, que tem por objeto normatizar os procedimentos administrativos para a realização da referida pesquisa de preços sendo sua leitura obrigatória.

Nesse sentido é imprescindível que a Administração Pública realize o processo de pesquisa de preços de forma crítica, levando em consideração, segundo art.23, parágrafo primeiro e incisos, os seguintes critérios:

- a.** composição de custos unitários ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);
- b.** similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 01 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços;
- c.** utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada formalmente aprovada pelo Poder Executivo;
- d.** utilização de sítios especializados ou de domínio amplo com data e hora de acesso;
- e.** justificada e direta com no mínimo 03 (três) fornecedores, com propostas com prazo de no máximo 06 (seis) meses anterior à licitação;
- f.** realizada em base nacional de notas fiscais eletrônicas.

Insta observar que a pesquisa de preço, em conformidade com o art. 4º da IN 65/2021¹⁴, deve seguir uma metodologia própria com indicação das condições mercadológicas praticadas, incluindo prazos e logística de entrega, instalação e montagem do bem ou execução do serviço, quantidade contratada, formas e prazos de pagamento, garantia do produto ou serviço e quando for

¹⁴ “Art. 4º Na pesquisa de preços, sempre que possível, deverão ser observadas as condições comerciais praticadas, incluindo prazos e locais de entrega, instalação e montagem do bem ou execução do serviço, quantidade contratada, formas e prazos de pagamento, fretes, garantias exigidas e marcas e modelos, quando for o caso, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

Parágrafo único. No caso de previsão de matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com a metodologia estabelecida no Caderno de Logística, elaborado pela Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.”

justificável a indicação de marca e modelo, observadas ainda a possibilidade de economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

Curioso notar, ainda, que em interesse privado, qualquer consumidor que se propõe a consumir algum produto no mercado faz exatamente o que fora descrito nesse artigo 4º, ou seja, para melhorar o resultado é necessário seguir esse passo a passo básico de informações que se mostram indissociáveis de uma boa compra, ou um resultado eficaz e econômico.

Nesse sentido, atendendo ao disposto no art. 174, da lei 14.133/2021, que de acordo com Carolina Zancaner Zockun (2021, p. 423):

O PNCP é um sítio eletrônico oficial que concentrará todos os atos de contratação pública, desde sua fase inicial até o término dos contratos firmados, contendo planos de contratações anuais, catálogos eletrônicos de padronização, editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos, atas de registro de preços; contratos e termos, aditivos e notas fiscais eletrônicas quando for o caso (art. 173). Dessa forma, o órgão ou entidade licitante, para a formação do valor estimado da contratação, poderá ter como parâmetro a composição dos custos unitários iguais ou menores à mediana

Ainda segundo Franklin Brasil Santos (2018):

O projeto Painel de Preços não se limitou ao desenvolvimento de uma ferramenta de busca de dados. Pautou-se por proporcionar um instrumento efetivo e amigável de análise, sendo complementado por materiais de capacitação e mudanças legislativas. Entre os avanços estão: facilidade de uso, rapidez nas consultas, melhoria da qualidade das estimativas de preço, e universalização gratuita de acesso à ferramenta.

O painel de preços, portanto, é uma ferramenta que juntamente com a centralização de compras (art. 18 da lei 14.133/2021) tem como finalidade padronizar produtos e parametrizar preços, prestigiando em larga escala o princípio da economicidade e transparência, além de fomentar o caráter competitivo do certame.

Uma outra possibilidade de precificação que pode ser adotada pela Administração Pública consta no inciso II, do parágrafo primeiro do art. 23, e se refere, como já colacionado acima, a contratações similares realizadas pela Administração Pública.

Nesse caso, percebe-se que o legislador se subsidiou da busca por contratações já efetivadas no âmbito da Administração, que inclusive podem ser realizadas através de Atas de Registro de Preços, prestigiando com isso a colaboração entre os órgãos com o fim único de obtenção da melhor proposta para a Administração. Detalhe que essa pesquisa de preços tem que obedecer ao lapso de tempo de doze meses para serviços já concluídos ou em andamento.

Importante ressaltar que, quanto à possibilidade de realização de adesão em Ata de Registro de Preço de outros órgãos, a etapa de formação de preço, quanto à justificativa de vantajosidade, deve ser obedecida, nos termos do artigo em análise.

No que tange à pesquisa de preços direta (art. 23, §1º IV), a novel legislação indicou que a pesquisa deve ser realizada no mínimo com três fornecedores e diante do texto do art. 5º IV da IN nº 65/2021 referido procedimento será formalizado através de ofício ou e-mail, com a devida justificativa da escolha dos referidos fornecedores.

Nesse tópico, o legislador abandonou a ideia de que a pesquisa com apenas três fornecedores seria suficiente, posto que a lei indica o mínimo de três propostas. A ideia é conseguir o maior número de propostas para que a precificação seja fiel ao mercado, sem possibilidade de superfaturamento. Dessa forma, contentar-se apenas com três propostas nos casos de realização de cotação direta não parece seguro. Nesses termos, Acórdão TCU 299/2011-Plenário:

A estimativa que considere apenas cotação de preços junto a fornecedores pode apresentar preços superestimados, uma vez que as empresas não têm interesse em revelar, nessa fase, o real valor a que estão dispostas a realizar o negócio. Os fornecedores têm conhecimento de que o valor informado será usado para a definição do preço máximo que o órgão estará disposto a pagar e os valores obtidos nessas consultas tendem a ser superestimados. (Acórdão TCU 299/2011-Plenário)

Diante desse cenário, o gestor deve se pautar sempre pela segurança e lisura no processo, buscando soluções para que essa precificação seja fidedigna ao mercado e não comprometa o certame.

Outra possibilidade de formação de preço de referência, ou estimado, seria a consulta de Notas Fiscais que também estão disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), e que foi colacionado na lei no art. 23, §1º, V.

No caso da composição de preços para obras e serviços, que será detalhada em item próprio, importa dizer que foram previstas as mesmas hipóteses procedimentais para obtenção de preços referenciais, com a diferença da utilização adicional do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sincro¹⁵), que pode ser consultado no sítio do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (DENIT).

8. Jurisprudência

- *Licitação. Documentação. Apresentação. Acesso à informação. Documento eletrônico. Comprasnet. A inserção, no Portal de Compras do Governo Federal, de documento de licitação em formato não editável, que não permite a pesquisa de conteúdo nos arquivos, infringe, além do princípio da transparência, a regra estabelecida no art. 8º, § 3º, inciso III, da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação). (Acórdão TCU328/2023 Plenário; Representação, Relator: Augusto Sherman - Boletim Número 437-TCU.)*
- *Na aquisição de veículos novos (zero quilômetro), é irregular a aplicação do art. 12 da Lei 6.729/1979 para restringir o fornecimento de veículos apenas por concessionárias, impedindo a participação de revendedoras nos procedimentos licitatórios, pois contraria os princípios do desenvolvimento nacional sustentável, da isonomia e da impessoalidade, e a livre concorrência (arts. 3º, inciso II, e 170, inciso IV, da Constituição Federal e art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993). (Acórdão 1510/2022-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN ÁREA: Licitação | TEMA: Edital de licitação | SUBTEMA: Veículo Outros indexadores: Concessionária, Restrição, Competitividade Publicado: Boletim de Jurisprudência nº 408 de 18/07/2022)*
- *Administrativo, Relator Ministro Augusto Nardes - ENUNCIADO: A dispensa de licitação prevista no art. 75 da Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos) pode ser utilizada por órgãos não vinculados ao Sistema de Serviços Gerais (Sisg), em caráter transitório e excepcional, até que sejam concluídas as medidas necessárias ao efetivo acesso às funcionalidades do Portal Nacional de Contratações Públicas - PNCP (art. 174 da mencionada lei). Nesse caso, em reforço à transparência e à publicidade necessárias às contratações diretas, deve ser utilizado o Diário Oficial da União (DOU) como mecanismo complementar ao portal digital do órgão, até a efetiva integração entre os sistemas internos e o PNCP. (Informativo de Licitações e Contratos 424/2021 - Acórdão 2458/2021-TCU-Plenário).*

¹⁵ <https://www.gov.br/dnit/pt-br/assuntos/planejamento-e-pesquisa/custos-e-pagamentos/custos-e-pagamentos-dnit/sistemas-de-custos/sicro>

CAPÍTULO III

Planejamento das Contratações – Das Modalidades de Licitação

UMA ANÁLISE DOS ARTIGOS 28 À 32 DA NLLC

João Vicente Leitão

1. Introdução

No novo código de licitações e contratos, Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021 (referida como Nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC), a expressão “*modalidade de licitação*” não alterou sua substância se comparada ao diploma legislativo anterior (Lei n. 8.666/1993), continuando a ser conceituada como o rito procedimental a ser utilizado pela Administração Pública durante a realização de uma licitação.

Contundo, foram estabelecidas mudanças com relação às modalidades de licitação previamente existentes no artigo 22 da Lei n. 8.666/1993¹, estando as atuais 5 (cinco) modalidades de licitação elencadas, taxativamente, no artigo 28 da NLLC, quais sejam: pregão; concorrência; concurso; leilão e diálogo competitivo.

Assim, as modalidades de tomada de preços e convite deixam de existir, como também o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei n. 12.462/2011), mantendo-se as modalidades concorrência e pregão, que serão definidas em razão da complexidade do objeto. Também se destaca a inclusão de uma modalidade inédita para licitações: o diálogo competitivo, que será estudada oportunamente.

Outra alteração significativa foi a forma de definição da modalidade a ser utilizada, passando a sua escolha a vincular-se exclusivamente aos atributos da natureza do objeto e das características da contratação, não adotando

¹ Art. 22 da Lei n. 8.666/1993: “Art. 22. São modalidades de licitação: I - concorrência; II - tomada de preços; III - convite; IV - concurso; V - leilão”.

mais o requisito do valor estimado do objeto, como ocorria no artigo 23 da Lei n. 8.666/1993, em que a modalidade era definida pelo valor da aquisição: convite (valores baixos); tomada de preços (valores intermediários) e concorrência (valores mais elevados).

O § 1º do artigo 28 da NLLC também faculta à Administração Pública a adoção de procedimentos auxiliares previstos no artigo 78 da mesma norma, quais sejam: credenciamento; pré-qualificação; procedimento de manifestação de interesse; sistema de registro de preços e registro cadastral.

Salienta-se que os procedimentos auxiliares mencionados acima serão tratados em detalhes, oportunamente, em capítulo próprio. No entanto, fazendo uma breve observação sobre o registro cadastral, previsto nos artigos 87 e 88 da nova lei, cabe ressaltar que possibilita a realização de licitação restrita aos fornecedores constantes no registro cadastral, rito semelhante à tomada de preços, mas que carece ainda de regulamentação.

Por sua vez, o § 2º do citado artigo 28 da NLLC veda a criação de novas modalidades de licitação ou mesmo a combinação das 5 (cinco) modalidades previstas em seu *caput*. Deste modo, deixa claro que a União possui competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação, segundo inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal², podendo, inclusive, estabelecer novas modalidades (a vedação de inovar nas modalidades é dirigida, portanto, ao administrador).

Como exemplo da possibilidade de inovação por via legislativa, destacam-se os artigos 12 a 15 da Lei Complementar n. 182/2021 (marco legal das startups e do empreendedorismo inovador), que trazem a criação de modelo de licitação para resolver demandas públicas que exijam solução inovadora, com emprego de tecnologia e com vistas a promover a inovação no setor produtivo, por meio do uso do poder de compra do Estado.

² Art. 22, inciso XXVII, da CF/88: “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, obedecendo o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;*” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

2. Do Pregão

2.1. Considerações iniciais sobre o pregão

A modalidade pregão, instituída pela Lei n. 10.520/2002 para flexibilizar a burocracia do processo licitatório da Lei n. 8.666/1993 e dar maior celeridade às compras públicas, estabeleceu a inversão de fases, iniciando o procedimento com a classificação das propostas de preços, para, em seguida, analisar a habilitação apenas do licitante arrematante, classificado em primeiro lugar.

Na NLLC, o artigo 29 e seu parágrafo único, combinado com artigo 17, tratam desta modalidade pregão, fazendo referência às possibilidades de utilização, suas vedações, seu rito procedimental e aos critérios de julgamento.

2.2. Possibilidades de utilização do pregão

Para identificar o momento da escolha do pregão, deve atentar-se para a primeira parte do inciso XLI do artigo 6º da NLLC, que aponta como sendo a modalidade obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns.

Vale salientar que, no caso de serviços comuns de engenharia, assentados na alínea “a” do inciso XXI do artigo 6º da NLLC, a Administração Pública também poderá optar pela modalidade concorrência.

Voltando ao conceito de pregão, enfatiza-se que se consideram “bens e serviços comuns” aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.³

Enfatiza-se, ainda, que o Sistema de Registro de Preços (SRP)⁴ também pode ser licitado por meio da modalidade pregão.

2.3. Vedações ao pregão

Quanto às vedações ao seu uso, o parágrafo único do artigo 29 da NLLC determina que as *“contratações de serviços técnicos especializados de natu-*

³ Art. 6º, inciso XIII da Lei n. 14.133/2021.

⁴ Arts. 6º, inciso XLV e 82 a 86 da Lei n. 14.133/2021.

reza predominantemente intelectual”⁵ e de “obras e serviços especiais de engenharia, consideradas complexas e de difícil padronização em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis”⁶ devem utilizar a modalidade concorrência.

Além das mencionadas acima, a vedação também ocorre nas aquisições de bens e serviços especiais, e nas locações e alienações imobiliárias.

2.4. Rito procedimental do pregão

Quanto ao rito procedimental, a modalidade pregão deve adotar o rito comum, disposto no artigo 17 da NLLC, seguindo a estrutura sumária de fases, em ordem: preparatória; divulgação do edital de licitação; apresentação de propostas e lances; julgamento; habilitação; recursal e homologação. Procedimento este, semelhante ao previsto na legislação anterior (Lei n. 10.520/2002).

O artigo 17, § 1º, autoriza a inversão entre as fases de apresentação de propostas, lances e julgamento, e a fase de habilitação; assim, seria realizada primeiro a fase de habilitação, para depois seguir à fase de apresentação de propostas e lances e de julgamento, desde que mediante ato motivado com a explicitação dos benefícios dessa inversão.

Já os §§ 2º, 4º e 5º do artigo 17 tratam, respectivamente, da preferência pela forma eletrônica (forma presencial exige motivação expressa); da possibilidade de os atos ocorrerem em formato eletrônico; e da obrigação da sessão ser registrada em ata e com gravação de áudio e vídeo, seguindo entendimento anterior do Tribunal de Contas da União.⁷

Outro ponto já pacificado no Tribunal de Contas da União está explícito no artigo 17, § 3º, ao prever que, na fase de julgamento das propostas, antes da habilitação, deverá ocorrer a análise de conformidade da proposta do lici-

⁵ Art. 6º, inciso XVIII da Lei n. 14.133/2021.

⁶ Art. 6º, inciso XXI, alínea “b” da lei n. 14.133/2021.

⁷ TCU, Acórdão n. 2.034/2017 - Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, julgado em 13/09/2017. https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2034%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520

tante mais bem classificado, tais como homologação de amostras, exame de conformidade, prova de conceito e outros testes.⁸

Por fim, o § 6º do artigo 17 autoriza a Administração Pública a exigir certificação por organização independente credenciada pelo INMETRO. O texto da lei apresenta-se um pouco confuso, pois não define o que seria essa certificação, seus limites e em que situações poderiam ser exigidos, além de divergir da jurisprudência do Tribunal de Contas da União que veda a exigência de certificação do INMETRO para fins de habilitação do licitante. Certamente, será tema de discussões posteriores, durante a vigência da NLLC.⁹

2.5. Critérios de julgamento do pregão

A parte final do inciso XLI do artigo 6º, que traz o conceito de pregão, determina que o critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto.

No julgamento de menor preço vence *“aquele que possui avaliação mais baixa por unidade monetária por um mesmo objeto”*¹⁰, devendo ser analisado pelo valor nominal, em reais. E no julgamento do maior desconto *“será aquele que, existindo um preço único, preço tabelado, preço indicado ou preço uniformemente aplicado na praça em que ocorre a licitação, oferecer maior percentual de redução de preço”*¹¹. Os critérios de julgamento estão detalhados em capítulo mais adiante.

Na prática, o pregão ocorre com a sucessão de lances, de forma que os licitantes apresentam um lance inicial e então passam a apresentar novos lances, de valor nominal inferior ou de percentual de desconto superior, até que alcance um valor nominal mais baixo, considerado vencedor do processo.

⁸ TCU, Acórdão n. 2.763/2013 - Plenário, Rel. Min. Weder de Oliveira, julgado em 09/10/2013. https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2763%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520

⁹ TCU, Acórdão n. 1.677/2014 - Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, julgado em 25/06/2014. https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1677%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520

¹⁰ Conceito de Fábio Mauro de Medeiros e Mônica Antinarelli em Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21. Comentada por Advogados Públicos / organizar Leandro Sarai – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. Pag. 513.

¹¹ Conceito de Fábio Mauro de Medeiros e Mônica Antinarelli em Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21. Comentada por Advogados Públicos / organizar Leandro Sarai – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. Pag. 513.

3. Da Concorrência

3.1. Considerações iniciais sobre a concorrência

Na NLLC, o rito procedimental, os critérios de julgamento, as possibilidades de utilização e as vedações da modalidade concorrência são tratadas no artigo 29 e seu parágrafo único, combinado com artigo 17, da lei. E a definição da concorrência está prevista no inciso XXXVIII do artigo 6º, como sendo a *“modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia”*.

Sobre as diferenças de objeto, se comum ou não, se obra ou serviço de engenharia, para definir se utiliza a modalidade pregão ou concorrência, Adriano Carrijo (2021) critica a nova lei afirmando que *“poderia ter estabelecido um critério objetivo de adoção das modalidades conforme o critério de julgamento e promovido alguma diferenciação em relação aos prazos mais criteriosa”*.¹²

Destaque-se, ainda, que a modalidade concorrência também pode ser utilizada nas licitações de concessões de serviços públicos, previstas na Lei n. 8.987/1995, e de parcerias público-privadas (PPPs), descritas na Lei n. 11.079/2004, juntamente com a nova modalidade denominada diálogo competitivo, que será vista adiante.

3.2. Possibilidades de utilização da concorrência

Analisando o conceito apresentado no inciso XXXVIII do artigo 6º da nova lei, concorrência é a *“modalidade de licitação utilizada para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia”*.

Realizar-se-á uma breve apreciação interpretativa dos itens dispostos em seu conceito, importante para que o leitor que atua na atividade de licitação possa adequar seu caso prático à nova legislação. Assim, desmembrar-se-á o conceito em partes individuais, seguindo as explicações conforme cada tipo de contratação:

¹² CARRIJO, Adriano et al. *Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei 14133/21. Comentada por Advogados Públicos / Organizar Leandro Sarai – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. Pag. 519.

- a. bens e serviços especiais;
- b. obras;
- c. serviços comuns de engenharia;
- d. serviços especiais de engenharia.

Os “*bens e serviços especiais*” (item a) contratados nesta modalidade referem-se àqueles que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não podem ser especificados com padrões de desempenho e qualidade objetivos, definidos pelo edital.¹³ Atenta-se que se consideram estes serviços residuais aos “*bens e serviços comuns*”¹⁴ que podem ser realizados na modalidade pregão.

As “*obras*” (item b) referem-se às atividades de engenharia que resultam em uma alteração significativa no meio, que inova o espaço físico da natureza, ou acarreta alteração substancial das características originais de bem imóvel.¹⁵ Obrigatoriamente, as obras só podem ser executadas com a responsabilidade de arquiteto ou engenheiro.

Os “*serviços comuns de engenharia*” (item c) referem-se às atividades com a finalidade de atingir determinada utilidade, intelectual ou material, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens.¹⁶

Importante destacar que as contratações dos “*serviços comuns de engenharia*” também podem ser realizadas na modalidade pregão. Existe entendimento da Corte de Contas Federal no sentido de que obras e serviços comuns de engenharia ensejam a adoção da modalidade pregão em detrimento da concorrência, como evidenciado em julgado do TCU:

É irregular a adoção injustificada da modalidade concorrência em detrimento do pregão eletrônico para a contratação de serviços comuns de engenharia, a exemplo da contratação conjunta de serviços de conservação e manutenção de infraestrutura predial

¹³ Art. 6º, inciso XIV, da Lei n. 14.133/2021.

¹⁴ Art. 6º, inciso XIII, da Lei n. 14.133/2021.

¹⁵ Art. 6º, inciso XII, da Lei n. 14.133/2021.

¹⁶ Art. 6º, inciso XXI, alínea “a”, da Lei n. 14.133/2021.

(facilities), uma vez que pode resultar na prática de ato de gestão antieconômico.¹⁷ (TCU, Acórdão n. 1534/2020).

Os “*serviços especiais de engenharia*” (item d) referem-se às atividades de alta heterogeneidade ou complexidade, que tornam impossível a padronização de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis.¹⁸ Observa-se que a indicação desses serviços é residual, quando comparadas com os “*serviços comuns de engenharia*”.

Na execução prática de uma contratação para obras ou serviços de engenharia são diversas as dúvidas que aparecem na fase preparatória do processo licitatório, principalmente, para definir se o objeto é comum ou especial. Adriano Carrijo é feliz ao pronunciar seus ensinamentos:

Muito já se descreveu sobre a **diferenciação entre serviços comuns e serviços especiais, notadamente sobre os serviços de engenharia, mas pouco sobre as chamadas “obras comuns” e “obras especiais”**. Assim, em uma primeira aproximação, **proponho que o critério diferenciador seja o previsto no § 3º do art. 18¹⁹ desta lei**, que trata do estudo Técnico Preliminar, e **dispensa o projeto básico de engenharia e arquitetura quando demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados**.²⁰ (CARRIJO et al, 2021, p. 519).

Importante trazer a este estudo informação sobre a modalidade concorrência na nova legislação, que é a característica de subsidiariedade prevista nos artigos 179 e 180 da NLLC, perante outras legislações federais, como a Lei n. 8.987/1995, a Lei n. 11.079/2004 e a Lei n. 12.232/2010, abordadas abaixo de forma pragmática.

¹⁷ TCU, Acórdão n. 1534/2020 - Plenário, Rel. Min. André de Carvalho, julgado em 17/06/2020. https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1534%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520

¹⁸ Art. 6º, inciso XXI, alínea “b”, da Lei n. 14.133/2021.

¹⁹ Art. 18, § 3º, da Lei n. 14.133/2021: “§ 3º *Em se tratando de estudo técnico preliminar para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensa da elaboração de projetos*”.

²⁰ CARRIJO, Adriano et al. **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 14133/21. Comentada por Advogados Públicos / organizar Leandro Sarai – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. Pag. 519.

A Lei n. 8.987/1995, a qual dispõe sobre o “*regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal*”, em seu artigo 2º, incisos II e III, respectivamente, determina que a “*concessão de serviço público*” e a “*concessão de serviço público precedida da execução de obra pública*” deverão ocorrer mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo.

Já a Lei n. 11.079/2004, que institui as “*normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública*”, em seu artigo 10, define que a “*contratação de parceria público-privada*” será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo.

Como também a Lei n. 12.232/2010, que trata sobre as “*normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda*”, vê-se no artigo 5º a obrigatoriedade da utilização dos critérios de “*melhor técnica*” ou “*técnica e preço*”, os quais são executados na modalidade concorrência. Atenta-se, ademais, para o fato de essa norma citar o artigo 22 da Lei n. 8.333/1993, ainda carecendo de atualização pela NLLC.

3.3. Rito procedimental da concorrência

Como o pregão, a modalidade concorrência também deve seguir o rito procedimental comum, previsto no artigo 17 da NLLC, respeitando as seguintes fases: preparatória; divulgação do edital de licitação; apresentação de propostas e lances (quando for o caso); julgamento; habilitação; recursal e homologação.

A grande inovação foi a inversão entre as fases de apresentação de propostas e a fase de habilitação. Se a Lei n. 8.666/1993 determinava que a fase de habilitação precedia à fase de propostas, agora ocorre primeiro a fase de propostas e depois segue à fase de habilitação, analisando apenas a documentação do licitante arrematante.

Não obstante, mediante ato motivado com a explicitação dos seus benefícios, a fase de habilitação poderá ocorrer antes das fases da apresentação

da proposta de preços e de julgamento²¹, como ocorria na Lei n. 8.666/1993, consoante ao previsto no artigo 63, inciso II, da NLLC.

Outra mudança importante no rito procedimental da modalidade concorrência refere-se à fase recursal. Na antiga Lei n. 8.666/1993²², o licitante poderia interpor recurso após cada fase, na habilitação e na proposta de preços, tornando bastante moroso o processo licitatório. Na NLLC existe apenas uma fase recursal, que se dá após o julgamento das duas fases, habilitação (*caput* do artigo 17) e propostas (§ 1º do artigo 17).

Da mesma forma que o pregão, a modalidade concorrência também poderá ocorrer de forma eletrônica ou presencial, conforme artigo 17, §§ 2º, 4º e 5º, já comentados anteriormente na modalidade pregão.

A realização de análise de conformidade da amostra como fase de julgamento²³ e a exigência de certificação por organização credenciada pelo INMETRO²⁴ também são admitidas, com as advertências já exibidas no tópico da modalidade pregão.

3.4. Critérios de julgamento da concorrência

O artigo 6º, inciso XXXVIII, em sua parte final, traz que o critério de julgamento da modalidade concorrência poderá ser:

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

Quanto ao modo de disputa das propostas, tema que será abordado em detalhes em capítulo adiante, a modalidade concorrência aceita tanto o modo de disputa aberto, como o modo de disputa fechado.

²¹ Art. 17, § 1º, da Lei n. 14.133/2021.

²² Art. 109, da Lei n. 8.666/1996.

²³ Art. 17, § 3º, da Lei n. 14.133/2021.

²⁴ Art. 17, § 6º, da Lei n. 14.133/2021.

4. Do Concurso

4.1. Considerações iniciais sobre o concurso

A modalidade concurso teve seu conceito estabelecido no inciso XXXIX do artigo 6º da NLLC como sendo a *“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”*, bem semelhante ao conceito previsto na Lei n. 8.666/1993, devendo o prêmio ou a remuneração já estarem estabelecidos em edital.

4.2. Possibilidades de utilização do concurso

A modalidade concurso, como estabelecido no inciso XXXIX do artigo 6º da NLLC, é utilizada para eventos bens específicos, como a *“escolha de trabalho técnico, científico ou artístico”*.

4.3. Rito procedimental do concurso

Na modalidade concurso, a qual segue o rito procedimental especial estabelecido no artigo 30 da NLLC, os interessados executam e apresentam o trabalho técnico, científico ou artístico para obtenção de prêmio ou remuneração, sendo submetidos à análise da Administração, de acordo com as regras e critérios previstos no edital de licitação.

4.4. Critérios de julgamento do concurso

No inciso XXXIX do artigo 6º da NLLC, também podem-se encontrar os critérios de julgamento aceitos para a utilização da modalidade concurso: *“melhor técnica”* ou *“conteúdo artístico”*.

5. Do Leilão

5.1. Considerações iniciais sobre o leilão

O inciso XL do artigo 6º da NLLC conceitua leilão como sendo a modalidade de licitação utilizada para *“alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou*

legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance”, independentemente do valor do bem. Sendo seu disciplinamento disposto artigo 76 da lei.

5.2. Possibilidades de utilização do leilão

O emprego da modalidade leilão é bem específico e está registrado em seu conceito, quando menciona que ocorre para *“alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos”*.²⁵

5.3. Vedações ao leilão

As hipóteses em que não devem ser realizado o leilão estão relacionadas NA NLLC, de forma vinculada e taxativa, no rol do inciso I do artigo 76 (bens imóveis) e no rol do inciso II do artigo 76 (bens móveis), situações em que ocorrem a alienação direta dos bens da Administração Pública.

5.4. Rito procedimental do leilão

Na modalidade leilão, a qual segue o rito procedimental especial estabelecido no artigo 31 da NLLC, observar-se-ão as regras e condições para condução do leilão, divulgação do edital, e suas exigências e liberalidades, e sua condução poderá ser confiada a *“leiloeiro oficial”* ou a *“servidor designado pela autoridade competente da Administração”*, sendo este último um procedimento mais simplificado.

5.5. Critérios de julgamento do leilão

O critério de julgamento na modalidade leilão é único: *“maior lance”*, e está disposto no texto do seu conceito, conforme inciso XL do artigo 6º da NLLC. O *“leilão”* é a única modalidade de licitação que utiliza o maior lance em seu critério de julgamento. Romanticamente, pode-se dizer que um nasceu para outro.

²⁵ Art. 6º, inciso XL, da Lei n. 14.133/2021.

6. Do Diálogo Competitivo

6.1. Considerações iniciais sobre o diálogo competitivo

A origem do diálogo competitivo está no artigo 29 da Diretiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu, de 31 de março de 2004, que tratou da coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

Na legislação brasileira, o diálogo competitivo é uma modalidade de licitação inovadora protagonizada pela NLLC, e, por isso, alguns procedimentos ainda precisam ser regulamentados, para evitar mal uso, trazer segurança jurídica e responsabilidade dos gestores públicos.

O diálogo competitivo tem sua definição no inciso XLII do artigo 6º, como sendo:

(...) modalidade de licitação para **contratação de obras, serviços e compras** em que a Administração Pública realiza **diálogos com licitantes** previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de **desenvolver uma ou mais alternativas** capazes de atender às suas necessidades, devendo os **licitantes apresentar proposta final** após o encerramento dos diálogos.

Como curiosidade, cita-se que, logo após a publicação da NLLC, já surgiu o primeiro diálogo competitivo sob a nova legislação. Trata-se do Diálogo Competitivo nº 1/2021, criado pela Diretora da Central de Compras da Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, sob a Portaria 4.951, de 29 de abril de 2021²⁶, a qual designou servidores para a comissão de contratação que visa à contratação de solução para o desenvolvimento de medidas sustentáveis para a eficiência energética dos prédios situados na Esplanada dos Ministérios.

6.2. Possibilidades de utilização do diálogo competitivo

Vez ou outra, a Administração Pública coloca-se diante de um problema complicado, ou, ainda, do interesse em realizar um investimento complexo, e, em ambas as situações, não existe capacidade e viabilidade de definição

²⁶ <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-4.951-de-29-de-abril-de-2021-317003862>

das especificações técnicas e não existem soluções plenas disponíveis no mercado, necessitando de uma atuação conjunta entre o Estado e o particular, por meio de diálogos, com a finalidade de buscar soluções inovadoras tecnológicas ou técnicas. Assim, nasce a possibilidade de utilização da modalidade diálogo competitivo.

Na NLLC registram-se 2 (dois) momentos em que se identifica a possibilidade do uso dessa modalidade.

Primeiro, no inciso XLII do artigo 6º da NLLC, já apresentado em tópico anterior, o qual vale ressaltar 4 (quatro) pontos que trazem uma melhor compreensão sobre seus usos e suas fases, que são: *“contratação de obras, serviços e compras”*; *“diálogos com licitantes”*; *“desenvolver uma ou mais alternativas”*; e *“licitantes apresentar proposta final”*.

Segundo, no artigo 32 da NLLC, o qual determina, de forma vinculada e restritiva, as condições em que a Administração Pública poderá utilizar o diálogo competitivo. Sendo que o inciso I do artigo 32 trata de requisitos e condições da contratação, e o inciso II do artigo 32 versa sobre controles e instrumentos da formalização da contratação, a saber:

6.2.1.REQUISITOS E CONDIÇÕES DA CONTRATAÇÃO

- a.** inovação tecnológica ou técnica;
- b.** impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado;
- c.** impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração.

6.2.2.CONTROLES E INSTRUMENTOS DA FORMALIZAÇÃO DA CONTRATAÇÃO

- 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.

Em síntese, a modalidade diálogo competitivo ocorre quando a Administração tem conhecimento de sua necessidade, mas não sabe como supri-la e não existe solução pronta no mercado, tendo que buscar parceria com a área

privada, por meio de diálogos, para encontrar soluções inovadores, tudo de modo transparente e legítimo.

Da mesma forma, como já mencionado no estudo da modalidade concorrência, o diálogo competitivo também poderá ser adotado nas concessões e permissões de serviços públicos e na contratação de parcerias público-privadas, conforme previsto nos artigos 179 e 180 da NLLC, que alteraram a Lei n. 8.987/1995 e a Lei n. 11.079/2004.

Como a modalidade diálogo competitivo é um procedimento inovador, carecendo, inclusive, de algumas regulamentações, adverte-se que seu uso deve ser restrito aos parâmetros dispostos na nova legislação de licitação, sem interpretações subjetivas, evitando que o gestor venha a responder por improbidade administrativa.

6.3. Rito procedimental do diálogo competitivo

O rito procedimental da modalidade diálogo competitivo é peculiar, sendo definido nos parágrafos do artigo 32 da NLLC e dividido em duas complexas fases (Fase de Diálogos e Fase da Competição), adotando os passos a seguir.

Inicialmente, ocorre a definição da comissão de contratação para conduzir a licitação, devendo ser composta, no mínimo, por 3 (três) servidores efetivos ou empregados da Administração.²⁷

A comissão de contratação poderá contratar especialistas, para obter assessoramento técnico, que deverão assinar termo de confidencialidade e abster-se de atividades que possuam conflito de interesses.²⁸

6.4. Fase de diálogos (*edital para desenvolvimento de soluções*):

A primeira fase (Fase de Diálogos) inicia com a publicação do primeiro edital da licitação, no qual a Administração Pública deverá divulgar suas necessidades e as exigências para participação, em sítio eletrônico oficial, e com

²⁷ Art. 32, § 1º, parte inicial do inciso XI, da Lei n. 14.133/2021.

²⁸ Art. 32, § 1º, parte final do inciso XI e § 2º, da Lei n. 14.133/2021.

prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, para que os interessados possam manifestar interesse e apresentar documentos.²⁹

Em seguida, a comissão de contratação analisa as documentações oferecidas pelos interessados, confere com as exigências do edital, promove a pré-seleção e divulga os interessados aprovados.

Neste momento, começam os diálogos entre a Administração, através da comissão de contratação, e os interessados pré-selecionados, com a finalidade de escutar e registrar as soluções viáveis, vinculadas ao caso concreto, com prazo indeterminado, até identificar as que atendam às necessidades do órgão público.³⁰

Destaca-se, outrossim, que as reuniões (diálogos) podem ser divididas em etapas sucessivas de acordo com os assuntos e sem prazo determinado, devendo acontecer com cada interessado, individualmente, registradas em atas, gravadas em áudio e vídeo e juntadas ao processo administrativo da licitação, respeitando a imparcialidade sobre as informações e a confidencialidade das soluções propostas.³¹

Salienta-se a importância da obediência dos agentes públicos ao sigilo dos projetos apresentados pelos interessados, pois podem incorrer em penalidades previstas no Estatuto dos Servidores Públicos³², na Lei de Improbidade Administrativa³³ e no Código Penal Brasileiro³⁴.

Após todas as reuniões com os interessados e identificada a solução mais viável para atender às necessidades da Administração, que poderá ser única

²⁹ Art. 32, § 1º, incisos I e II, da Lei n. 14.133/2021.

³⁰ Art. 32, § 1º, inciso V, da Lei n. 14.133/2021.

³¹ Art. 32, § 1º, incisos III, IV, VI e VII, da Lei n. 14.133/2021.

³² Art. 116, inciso VIII, da Lei n. 8.112/1990: “Art. 116. São deveres do servidor: [...] VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;”

³³ Art. 11, inciso III, da Lei n. 8.429/1992: “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: [...] III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado;”

³⁴ Art. 153, § 1º-A, do Decreto n. 2.848/1940: “§ 1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

ou combinada entre as propostas apresentadas, será concluída a Fase de Diálogos e os autos juntados ao processo licitatório.

6.5. Fase da competição (*edital para julgamento das propostas*):

A segunda fase da licitação (Fase da Competição) inicia-se com a publicação do segundo edital, o qual deverá conter a especificação da solução aprovada na Fase de Diálogos e os critérios objetivos de julgamento a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa, visando a realização do projeto.³⁵

A divulgação desse edital deverá acontecer com prazo mínimo de 60 (sessenta) dias úteis, e poderão apresentar propostas todos os licitantes pré-selecionados na Fase de Diálogos.³⁶

A Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas.³⁷

A Fase de Competição finaliza-se com a definição da proposta vencedora de acordo com critérios objetivos de julgamento estabelecidos no segundo edital, garantida a contratação mais vantajosa.³⁸

6.6. Critérios de julgamento do diálogo competitivo

A NLLC não define quais critérios de julgamento serão utilizados na modalidade diálogo competitivo, devendo serem definidos pela Administração Pública no Edital de Julgamento das Propostas (Fase de Competição), conforme a complexidade da contratação e do objeto da licitação.

7. Jurisprudência

- *A vistoria ao local da prestação dos serviços somente deve ser exigida quando imprescindível, devendo, mesmo nesses casos, o edital prever a possibilidade de substituição do atestado de visita técnica por declaração do responsável técnico da licitante de que possui pleno conhecimento do obje-*

³⁵ Art. 32, § 1º, parte inicial do inciso VIII, da Lei n. 14.133/2021.

³⁶ Art. 32, § 1º, parte final do inciso VIII, da Lei n. 14.133/2021.

³⁷ Art. 32, § 1º, inciso IX, da Lei n. 14.133/2021.

³⁸ Art. 32, § 1º, inciso X, da Lei n. 14.133/2021.

to, das condições e das peculiaridades inerentes à natureza dos trabalhos. (Acórdão 1737/2021-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA. ÁREA: Licitação | TEMA: Habilitação de licitante | SUBTEMA: Vistoria - Outros indexadores: Declaração, Responsável técnico. Publicado: Boletim de Jurisprudência nº 366 de 09/08/2021).

- No pregão, eletrônico ou presencial, o juízo de admissibilidade das intenções de recurso deve avaliar tão somente a presença dos pressupostos recursais (sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse e motivação), constituindo irregularidade a denegação fundada em exame prévio do mérito do pedido. Acórdão 721/2023-TCU-Primeira Câmara (Representação, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues) INDEXAÇÃO Licitação. Pregão. Intenção de recurso. Admissibilidade. Mérito. Vedação. Boletim de Jurisprudência 435/2023.
- O pregão, presencial ou eletrônico, não permite a conjugação de fatores para seleção da proposta vencedora, visto que, nessa modalidade licitatória, o preço é o único critério a ser utilizado para aferir o vencedor do certame. RELATÓRIO DE AUDITORIA. Vedação, Combinação, Preço, Critério. ACÓRDÃO Acórdão 2050/2014-Plenário, sessão em: 06/08/2014 RELATOR WALTON ALENCAR RODRIGUES
- DESESTATIZAÇÃO. CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO DE DEZ UNIDADES DE MANEJO FLORESTAL LOCALIZADAS NAS FLORESTAS NACIONAIS DE JATUARANA, PAU ROSA E NA GLEBA CASTANHO, DO ESTADO DO AMAZONAS. SUFICIÊNCIA TÉCNICA DOS ELEMENTOS APRESENTADOS PARA A ANÁLISE. INCONSISTÊNCIAS NAS ESTIMATIVAS DE PREÇOS DE COMERCIALIZAÇÃO DE MADEIRA. DESATUALIZAÇÃO DA REFERÊNCIA PARA VALORES DE PRODUTIVIDADE. POSSÍVEL DIFICULDADE DE OBTENÇÃO DE DECLARAÇÃO DE VIABILIDADE E EXEQUIBILIDADE DAS PROPOSTAS DE PREÇO. DEFICIÊNCIAS QUANTO ÀS EXIGÊNCIAS DE CAPACIDADE TÉCNICA E ÀS ESTIMATIVAS DOS CUSTOS DE OBRAS CIVIS E INSTALAÇÕES. PENDÊNCIA DE APROVAÇÃO DE RESOLUÇÃO RELATIVA À IMPLEMENTAÇÃO DOS ENCARGOS ACESSÓRIOS. ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA SANEAR AS FALHAS. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. CIÊNCIA.
- 172. Avalia-se que o ateste de viabilidade econômica das propostas não representa, por si só, garantia da boa execução da concessão ou da exequibilidade dos lances ofertados no certame, uma vez que não gera corresponsabilidade e suas premissas não são conhecidas pelo Poder Concedente. Além disso, os custos envolvidos para adquirir a declaração acabam por onerar os licitantes e têm o potencial de reduzir o caráter competitivo do procedimento licitatório. ACÓRDÃO 1549/2023 - PLENÁRIO RELATOR: JORGE OLIVEIRA, PROCESSO: 028.972/2022-8. DATA DA SESSÃO: 26/07/2023.

- *Representação em face de possíveis irregularidades no âmbito de pregão conduzido pela Administração Regional em Roraima do Serviço Social do Comércio (Sesc/RR). REPRESENTAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ADOÇÃO SEM JUSTIFICATIVA ADEQUADA DA FORMA DO PREGÃO PRESENCIAL EM DETRIMENTO DO ELETRÔNICO. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO. ACÓRDÃO 9248/2023 - SEGUNDA CÂMARA RELATOR: VITAL DO RÊGO. PROCESSO: 008.380/2023-6. DATA DA SESSÃO: 12/09/2023*

CAPÍTULO IV

Do Critério de Julgamento

UMA ANÁLISE DOS ARTIGOS 33 À 39 DA NLLC

João Vicente Leitão

1. Introdução

A Lei n. 8.666/1993 considerava os critérios de julgamento como “*tipos de licitação*” e o seu artigo 45, § 1º apresentava 4 (quatro) possibilidades: “*menor preço*”; “*melhor técnica*”; “*técnica e preço*”; e “*maior lance ou oferta*”.

Já o artigo 33 da Lei n. 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC) alterou seu conceito para “*critérios de julgamento*”, que estão vinculados às modalidades de licitação, e estabeleceu 6 (seis) possibilidades: I – “*menor preço*”; II – “*maior desconto*”; III – “*melhor técnica ou conteúdo artístico*”; IV – “*técnica e preço*”; V – “*maior lance*”; VI – “*maior retorno econômico*”.

Uma consideração importante trazida pela nova lei foram os modos de disputa utilizados para formatação dos critérios de julgamento, definindo que o modo de disputa aberto, aquele em que os licitantes apresentam suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes¹, não deverá ser utilizado no critério de julgamento de “*técnica e preço*”², ficando liberado para as outras formas de julgamento.

Por sua vez, o modo de disputa fechado, aquele em que as propostas permanecem em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação³, não poderá ser adotado nos critérios de julgamento de “*menor preço*” ou de “*maior desconto*”⁴.

¹ Art. 56, inciso I, da Lei n. 14.133/2021.

² Art. 56, § 2º, da Lei n. 14.133/2021.

³ Art. 56, inciso II, da Lei n. 14.133/2021.

⁴ Art. 56, § 1º, da Lei n. 14.133/2021.

2. Menor Preço

Na Lei n. 8.666/1993, o critério de “*menor preço*” pode ser encontrado no artigo 45, § 1º, inciso I, e exige apenas que o licitante ofereça o “*menor preço*” para que seja vencedor do certame. Já a NLLC, em seu artigo 34, traz uma novidade sobre este critério, enfatizando que deverá ser considerado o “*menor dispêndio para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação*”.

Assim, observa-se que o valor nominal passou a não ser o único parâmetro que define quem será o contratado, devendo também ser levado em conta o “*menor dispêndio*” e os “*parâmetros mínimos de qualidade*”, cumulativamente.

Para aferição do menor dispêndio, a comissão de contratação deve analisar a compatibilidade do preço ofertado com os parâmetros mínimos de qualidade especificados do edital, como despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, sempre que objetivamente mensuráveis.⁵

Vale ressaltar que um produto de baixo valor também pode ser de qualidade precária, que venha a exigir manutenções constantes e causar impactos ao meio ambiente, e, conseqüentemente, ocasionando altos custos para a Administração.

O critério de “*menor preço*” pode ser utilizado nas modalidades pregão e concorrência.

3. Maior Desconto

O critério de “*maior desconto*” não possuía previsão expressa na Lei n. 8.666/1993, porém já existia disposição para sua utilização na modalidade pregão (Decreto n. 10.024/2019), no regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei n. 12.462/2011) e na Lei das Estatais (Lei n. 13.303/2016).

A NLLC, no artigo 34, dispôs sobre esse critério, porém não trouxe grandes novidades, apenas sinalizando a ênfase no “*menor dispêndio para a Adminis-*

⁵ Art. 34, § 1º, da Lei n. 14.133/2021.

tração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação”, da mesma forma que especificado no critério de menor valor.⁶

Na prática, ocorre que, o licitante que ofertar o maior desconto em percentual sobre o valor global fixado no edital de licitação, que equivale ao menor valor nominal, e for aprovado quando da análise de menor dispêndio e dos parâmetros mínimos de qualidade, resultando no maior “*delta de economia*” à Administração, será o vencedor do certame.⁷

Adverte-se, ademais, que o desconto será estendido aos eventuais termos aditivos, obedecendo o mesmo padrão de cálculos econômicos para os reajustes futuros, medida que visa a evitar eventual “*jogo de planilha*”.⁸

Importante destacar que, caso não seja respeitado o desconto nos aditivos ao contrato, será considerado jogo de planilha e erro grosseiro, passível de responsabilidade do gestor, como discorre o julgamento do TCU:

Na celebração de aditivos contratuais, deve ser mantido o desconto proporcional oferecido pela contratada em relação ao valor total estimado pela Administração, de modo a se evitar o “jogo de planilhas”, tanto para modificação de quantidades de itens existentes quanto para inclusão de novos serviços. [...] 8. Ocorre que, além disso, conforme bem explica a Serur, trata-se de “jogo de planilhas”, questão há tempos discutida neste Tribunal, que considera essa prática afronta grave à manutenção do equilíbrio financeiro do contrato, previsto no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993. 9. Via de regra, esse artifício ocorre com a celebração de aditivos contratuais, fundamentados na necessidade técnica de corrigir falhas no projeto inicial, em que se operam modificações das seguintes naturezas: aumento da quantidade de itens com preços superestimados; supressão de quantitativos de insumos que estavam depreciados; e criação de novos serviços sem que sejam aplicados os descontos da proposta da licitante contratada.⁹ (TCU, Acórdão 1153/2015)

O critério de “*maior desconto*” pode ser utilizado nas modalidades pregão e concorrência.

⁶ Art. 34, § 1º, da Lei n. 14.133/2021.

⁷ Art. 34, parte inicial do § 2º, da Lei n. 14.133/2021.

⁸ Art. 34, parte final do § 2º, da Lei n. 14.133/2021.

⁹ TCU, Acórdão 1153/2015 - Primeira Câmara, Rel. Ministro José Mucio Monteiro, julgado em 24/02/2015. https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1153%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520

4. Melhor Técnica ou Conteúdo Artístico

Primeiramente, cabe esclarecer que o critério de “*melhor técnica ou conteúdo artístico*” da NLLC não se confunde com a “*melhor técnica*” prevista no artigo 45, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993. Existem 2 (duas) diferenças:

1. a nova lei não considera o preço, ao passo que a lei antiga o considerava;
2. a lei nova adota esse critério para a modalidade concurso, enquanto a antiga lei não autorizava.

O artigo 35 da NLLC aborda o critério de “*melhor técnica ou conteúdo artístico*” e menciona 2 (duas) características essenciais sobre o julgamento e a premiação:

1. Que o edital “*deverá definir o prêmio ou a remuneração que será atribuída aos vencedores*”; e,
2. Que o julgamento “*considerará exclusivamente as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes*”.

Esse critério de julgamento poderá ser utilizado em licitações que promovam a contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística.¹⁰

Como também ocorre com o critério de “*técnica e preço*”, é facultado, ainda, a utilização do critério de “*melhor técnica*” nas licitações para contratação dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas “a”, “d” e “h” do inciso XVIII do *caput* do art. 6º desta lei, cujo valor estimado da contratação seja superior a R\$ 359.436,08 (trezentos e cinquenta e nove mil quatrocentos e trinta e seis reais e oito centavos)¹¹, ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação.¹²

¹⁰ Art. 35, parágrafo único, da Lei n. 14.133/2021.

¹¹ Valor atualizado pelo Decreto n. 11.871, de 29 de dezembro de 2023, atendendo ao artigo 182 da Lei n. 14.133/2021: “Art. 182. O Poder Executivo federal atualizará, a cada dia 1º de janeiro, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) ou por índice que venha a substituí-lo, os valores fixados por esta Lei, os quais serão divulgados no PNCP”.

¹² Art. 37, § 2º, da Lei n. 14.133/2021.

O julgamento da proposta técnica deste critério vincular-se-á aos incisos do artigo 37 desta lei, em síntese:¹³

- I. atribuição de notas à capacitação e experiência comprovadas por meio de atestados;
- II. atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa realizada por banca de servidores efetivos ou empregados públicos, no mínimo de 3 (três) membros;
- III. de notas a desempenhos em contratações pretéritas anteriores, por meio de consulta ao sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).¹⁴

Além disso, vale destacar que, no critério de “*melhor técnica*”, a pontuação referente à qualificação técnico-profissional exigirá que a execução contratual tenha a participação direta e pessoal dos profissionais relacionados na proposta técnica do licitante.¹⁵

5. Melhor Técnica e Preço

O critério de “*melhor técnica e preço*” está disposto nos artigos 45, § 1º, inciso III, e 46 da Lei n. 8.666/1993, sendo replicado com pequenas alterações nos artigos 36, 37 e 38 da NLLC. Explicado abaixo em detalhes.

O artigo 36 da NLLC dispõe que o julgamento do critério de “*melhor técnica e preço*” deve ser feito por meio da ponderação entre as “*notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta*”, sob o olhar de fatores objetivos previstos no edital.

As licitações que deverão utilizar esse critério de julgamento são aquelas que possuam os objetos elencados, taxativamente, nos incisos do § 1º do artigo 36, sendo precedidas de estudo técnico preliminar que demonstrem a vantagem da qualificação técnica para os fins pretendidos pela Administração, assim discriminados:

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

¹³ Art. 37, caput e § 1º, da Lei n. 14.133/2021.

¹⁴ <https://www.gov.br/pncp/pt-br> e <https://pncp.gov.br/app/>

¹⁵ Art. 38, da Lei n. 14.133/2021.

- II. serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;
- III. bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação;
- IV. obras e serviços especiais de engenharia;
- V. objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.

Contudo, por outro lado, a utilização do critério de *“melhor técnica e preço”* já foi vedado em julgados do TCU *“quando não estiver caracterizada a natureza predominantemente intelectual da maior parte do objeto que se pretende contratar, à vista do disposto no art. Caput da Lei n. 8.666/1993”* e no sentido de pautar pelo respeito ao princípio da proporcionalidade nas valorações atribuídas à proposta técnica e à proposta de preços.^{16 17 18}

É facultado, ainda, a utilização desse critério de julgamento também nas licitações para contratação dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas “a”, “d” e “h” do inciso XVIII do *caput* do art. 6º dessa lei, cujo valor estimado da contratação seja superior a R\$ 359.436,08 (trezentos e cinquenta e nove mil quatrocentos e trinta e seis reais e oito centavos)¹⁹, ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação.²⁰

¹⁶ TCU, Acórdão n. 710/2018 – Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julgado em 04/04/2018.

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A710%2520ANOA-CORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520

¹⁷ TCU, Acórdão n. 607/2017 – Plenário, Rel. Min. Weder de Oliveira, julgado em 29/03/2017.

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A607%2520ANOA-CORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520

¹⁸ TCU, Acórdão n. 479/2015 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, julgado em 11/03/2015.

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A479%2520ANOA-CORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520

¹⁹ Valor atualizado pelo Decreto n. 11.871, de 29 de dezembro de 2023, atendendo ao artigo 182 da Lei n. 14.133/2021. (Art. 182. O Poder Executivo federal atualizará, a cada dia 1º de janeiro, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) ou por índice que venha a substituí-lo, os valores fixados por esta Lei, os quais serão divulgados no PNCP).

²⁰ Art. 37, § 2º, da Lei n. 14.133/2021.

A avaliação e ponderação entre as pontuações das propostas técnicas e de preços pela Administração, seguindo obrigatoriamente essa sequência, deverá respeitar a proporção de 70% (setenta por cento) de valoração para a proposta técnica.²¹

Também serão consideradas na pontuação da proposta técnica a comprovação de bom desempenho em contratações anteriores com a Administração Pública, por meio de consulta ao sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).²²

O julgamento da proposta técnica precisará vincular-se ao que determina os incisos do artigo 37 da nova lei, em resumo:

- I. verificação da capacitação e da experiência do licitante, comprovadas por meio da apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados;
- II. atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por banca²³ designada para esse fim, de acordo com orientações e limites definidos em edital, considerados a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues;
- III. atribuição de notas por desempenho do licitante em contratações anteriores aferida nos documentos comprobatórios de que trata o § 3º do art. 88²⁴ desta Lei e em registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)²⁵.

Outrossim, objetivando evitar subjetivismos no julgamento da proposta técnica, para uma avaliação do grau de vantajosidade das propostas de modo isonômico e satisfatório para a Administração Pública, o Tribunal de Contas da União trata sobre essa matéria na Súmula n. 272, *in verbis*:

²¹ Art. 36, § 2º, da Lei n. 14.133/2021.

²² Art. 36, § 3º, da Lei n. 14.133/2021.

²³ A banca terá no mínimo 3 (três) membros (Art. 37, 1º, da Lei n. 14.133/2021).

²⁴ Art. 88, § 3º, da Lei n. 14.133/2021: “A atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas será avaliada pelo contratante, que emitirá documento comprobatório da avaliação realizada, com menção ao seu desempenho na execução contratual, baseado em indicadores objetivamente definidos e aferidos, e a eventuais penalidades aplicadas, o que constará do registro cadastral em que a inscrição for realizada”.

²⁵ <https://www.gov.br/pncp/pt-br> e <https://pncp.gov.br/app/>

No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.²⁶ (TCU, Súmula n. 272)

Importante salientar, ainda, que a pontuação referente à qualificação técnico-profissional exigirá que a execução contratual tenha a participação direta e pessoal dos profissionais relacionados na proposta técnica do licitante.²⁷

6. Maior Lance, no Caso de Leilão

O critério de “*maior lance*” já estava abordado na Lei n. 8.666/1993, no inciso IV, do § 1º, do artigo 45, sendo utilizado somente nos julgamentos da modalidade leilão e restringia-se aos casos de “*alienação de bens ou concessão de direito real de uso*”.

Já na NLLC, o critério de “*maior lance*” manteve sua atuação exclusiva à modalidade leilão, porém, a grande alteração foi a ampliação de sua abrangência, passando a ser utilizado para bens móveis e imóveis.

Não se pode deixar de registrar a utilização do critério de “*maior lance*” nos julgamentos do pregão negativo ou pregão invertido, pois invertem a lógica tradicional da modalidade: a busca por lances cada vez menores ao longo da sessão pública, como se dá, por exemplo, na contratação do serviço de gerenciamento de folhas de pagamento, no fornecimento de vale-refeição e na concessão remunerada de uso de bem público (funcionamento de restaurantes para os servidores).

Em síntese, a prática desse critério ocorre quando a Administração oferece um bem em troca de um pagamento, ofertado pelo contratado.

²⁶ <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C-20F0157679AA5617071&inline=1> - pág. 19.

²⁷ Art. 38 da Lei n. 14.133/2021.

7. Maior Retorno Econômico

O critério de “*maior retorno econômico*” não era previsto na Lei n. 8.666/1993, mas estava na Lei n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC) e na Lei n. 13.303/2016 (Lei das Estatais).

Na NLLC, o artigo 39 define que esse novo critério de julgamento deve ser utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, visando a maior economia para a Administração.

O inciso LIII do artigo 6º dessa nova lei replica o conceito de contrato de eficiência do § 1º do artigo 23 Lei n. 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, como aquele “*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*”.

A participação dos interessados nas licitações que adotarem esse critério de julgamento exigirá a apresentação de 2 (duas) propostas.²⁸

1. Proposta de trabalho: que conterá a indicação das obras a serem realizadas, dos serviços a serem prestados ou dos bens a serem fornecidos, com seus respectivos prazos de realização ou fornecimento, como também a economia que estima gerar à Administração Pública, expressa em reais;
2. Proposta de preço: que conterá a indicação do percentual a ser cobrado pelo licitante, calculados sobre a economia que estima gerar à Administração, expressa em reais.

Adverte-se que todos os parâmetros e critérios de mensuração da economia gerada à Administração com a execução do contrato deverão ser definidos de forma objetiva no edital de licitação, já que essa economia servirá de base de cálculo para a remuneração do contratado.²⁹

²⁸ Art. 39, § 1º, da Lei n. 14.133/2021.

²⁹ Art. 39, § 2º, da Lei n. 14.133/2021.

Sobre a transparência e os parâmetros objetivos contidos no edital, salientam-se as palavras de Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios, citadas pela Raquel Nogueira de Souza:³⁰

De acordo com os princípios que regem as licitações públicas, o instrumento convocatório deverá rever parâmetros objetivos de mensuração de economia gerada com a execução do contrato. Essa economia gerada servirá de base de cálculo da remuneração de ida ao contratado. (SOUZA et al, 2021, p. 513 apud DIOS; ZYMLER;2014, p. 136)

No exemplo abaixo, observa-se que a empresa “*Licitante Z*”, apesar de ter cobrado a maior remuneração entre todas as empresas licitantes, em percentual (25%) e em valor (\$ 150.000), ainda assim será a vencedora, pois, ao final, ofereceu o melhor “*Retorno Econômico Líquido*” absoluto para a Administração Pública (\$ 450.000).

MAIOR RETORNO ECONÔMICO LÍQUIDO (exemplo prático)

EMPRESA LICITANTE	RETORNO ECONÔMICO BRUTO	PROPOSTAS DAS EMPRESAS LICITANTES		RETORNO ECONÔMICO LÍQUIDO
X	\$ 500.000	20%	\$ 100.000	\$ 400.000
Y	\$ 400.000	15%	\$ 60.000	\$ 340.000
Z	\$ 600.000	25%	\$ 150.000	\$ 450.000

Ratifica-se que o julgamento da proposta mais vantajosa basear-se-á sempre no maior retorno econômico, considerado o resultado da diferença entre a economia estimada com a execução da proposta de trabalho e a proposta de preço apresentada pelo licitante.³¹

Após a execução do contrato de eficiência, a remuneração do contratado deverá ser fixada em percentual, diretamente proporcional à economia efetivamente gerada à Administração. Pode-se comparar a uma onda positiva de eventos (círculo virtuoso), em que, quanto maior for a eficiência do desem-

³⁰ SOUZA, Raquel. Et al. **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 14133/21. Comentada por Advogados Públicos / organizar Leandro Sarai – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. Pag. 513.

³¹ Art. 39, § 3º, da Lei n. 14.133/2021.

penho do contratado, maior o retorno econômico do órgão público e maior a remuneração do contratado.

Por outro lado, essa onda de eventos poderá ser negativa (círculo vicioso), se o desempenho do contratado, durante a execução do contrato, não alcançar a economia prevista no contrato de eficiência. E, neste caso, os incisos do § 4º do artigo 39 estabelecem 2 (duas) penalidades que incidem diretamente na remuneração do contratado, evitando licitantes oportunistas e propostas aventureiras, a saber:

7.1. Primeiro exemplo:

Quando o resultado da execução do objeto não alcança a economia prevista no contrato de eficiência: neste caso, deverá ser descontada da remuneração do contratado, a diferença entre a economia contratada e a economia efetivamente obtida, preservando a economia prevista para a Administração.³²

RETORNO ECONÔMICO LÍQUIDO ALCANÇADO PARCIALMENTE (exemplo prático)

EMPRESA CONTRATADA	RETORNO ECONÔMICO LÍQUIDO PREVISTO	RETORNO ECONÔMICO LÍQUIDO REAL	DIFERENÇA PREVISTO X REAL	SALDO DA EMPRESA CONTRATADA
Retorno Econômico Líquido conforme Contrato de Eficiência:				
Z	\$ 450.000	\$ 450.000	\$ -	\$ 150.000
Retorno Econômico Líquido ALCANÇADO PARCIALMENTE:				
Z	\$ 450.000	\$ 350.000	\$ 100.000	\$ 50.000

CÁLCULO:	
SALDO PREVISTO DA CONTRATADA	\$ 150.000
DIFERENÇA PREVISTO X REAL DO RETORNO ECONÔMICO	(-) \$ 100.000
SALDO REAL DA CONTRATADA	\$ 50.000

Observando a simulação acima, o contrato de eficiência com a “Contratada Z” continha o “Retorno Econômico Líquido” PREVISTO de \$ 450.000, mas, na execução do contrato, a empresa alcançou o “Retorno Econômico Líquido” REAL de \$ 350.000, resultando em \$ 100.000 a menos.

³² Art. 39, § 4º, inciso I, da Lei n. 14.133/2021.

Nesta situação, a diferença de \$ 100.000 será retirada do valor que a “Contratada Z” teria que receber. Ou seja, em vez de \$ 150.000, a “Contratada Z” receberá apenas o valor de \$ 50.000, sendo penalizada por uma previsão inadequada da proposta ou uma execução ineficiente do contrato

7.2. Segundo exemplo:

Quando o resultado da execução do objeto é menor que a diferença entre a economia contratada e a economia efetivamente obtida: nesta situação, o contratado, além de não receber a remuneração prevista, sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis na NLLC.³³

RETORNO ECONÔMICO LÍQUIDO NÃO ALCANÇADO (exemplo prático)

EMPRESA CONTRATADA	RETORNO ECONÔMICO LÍQUIDO PREVISTO	RETORNO ECONÔMICO LÍQUIDO REAL	DIFERENÇA PREVISTO X REAL	SALDO DA EMPRESA CONTRATADA
Retorno Econômico Líquido conforme Contrato de Eficiência:				
Z	\$ 450.000	\$ 450.000	\$ -	\$ 150.000
Retorno Econômico Líquido NÃO ALCANÇADO:				
Z	\$ 450.000	\$ 200.000	\$ 250.000	\$ - 100.000

CÁLCULO:	
SALDO PREVISTO DA CONTRATADA	\$ 150.000
DIFERENÇA PREVISTO X REAL DO RETORNO ECONÔMICO	(-) \$ 250.000
SALDO REAL DA CONTRATADA	(-) \$ 100.000

Analisando a situação vexatória acima, a “Contratada Z” alcançou o “Retorno Econômico Líquido” REAL de apenas \$ 200.000, uma diferença a menor de \$ 250.000. Neste caso, a “Contratada Z”, além de não receber o valor de \$ 150.000, ainda terá que pagar o valor de \$ 100.000 ao Órgão Público, que deverá cobrar conforme a legislação pertinente.

Destaca-se que as penalidades previstas acima foram criadas pelo legislador na intenção de evitar participação de “empresas aventureiras” que su-

³³ Art. 39, § 4º, inciso II, da Lei n. 14.133/2021.

peravaliavam os valores do retorno econômico nas propostas de preços para vencerem as licitações, mesmo cientes da inviabilidade técnica e econômica na execução do contrato de eficiência.

8. Jurisprudência

- *A exigência, como condição de habilitação, de declaração ou de atestado de fabricante ou de seu canal oficial de revenda para assegurar a garantia ofertada pelo licitante, por configurar restrição à competitividade, somente é admitida em casos excepcionais, quando for necessária à execução do objeto contratual, situação que deverá ser justificada de forma expressa e pública. (Acórdão 9277/2021-Segunda Câmara | Relator: AROLDO CEDRAZ. ÁREA: Licitação | TEMA: Qualificação técnica | SUBTEMA: Exigência. Outros indexadores: Exceção, Garantia, Fabricante, Declaração. Publicado: Boletim de Jurisprudência nº 366 de 09/08/2021).*
- *É irregular a aceitação de atestado emitido por pessoa física para fins de comprovação da capacidade técnica de empresa licitante (art. 30, § 1º, da Lei 8.666/1993). Acórdão 927/2021-Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES. ÁREA: Licitação | TEMA: Qualificação técnica | SUBTEMA: Atestado de capacidade técnica. Outros indexadores: Pessoa física, Emissão. Publicado: Boletim de Jurisprudência nº 354 de 17/05/2021).*
- *9.2.1. inabilitação indevida de licitante que havia apresentado melhor proposta para os grupos 4 e 5 do referido pregão, sob o argumento de ausência de comprovação do item 8.4.4.3 do edital, quando a informação estava parcialmente disponível no registro da Anvisa para o item grampeador cirúrgico, com indicação do número da AFE, fato apontado em recurso dirigido ao pregoeiro, o que poderia ser confirmado mediante a realização de diligência para complementar a informação, nos termos do art. 47 do Decreto 10.024/2019, do art. 56, § 2º, do Regulamento de Licitações da Ebserh, do item 21.10 do edital do certame e da jurisprudência desse Tribunal (a exemplo do Acórdão 1.795/2015-TCU-Plenário), que entende irregular a inabilitação de licitante quando a informação supostamente faltante estiver contida em outro documento, e em observância ao formalismo moderado (Acórdão 2.239/2018-TCU-Plenário, dentre outras deliberações). (Acórdão 234/2021 - Plenário - Relator: RAIMUNDO CARREIRO).*
- *É irregular a exigência de que a atestação de capacidade técnico-operacional de empresa participante de certamelicitatório seja registrada ou averbada junto ao Crea, uma vez que o art. 55 da Resolução-Confea 1.025/2009*

veda a emissão de Certidão de Acervo Técnico (CAT) em nome de pessoa jurídica. A exigência de atestados registrados nas entidades profissionais competentes deve ser limitada à capacitação técnico-profissional, que diz respeito às pessoas físicas indicadas pelas empresas licitantes. (Acórdão 1542/2021-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER. ÁREA: Licitação | TEMA: Qualificação técnica | SUBTEMA: Conselho de fiscalização profissional. Outros indexadores: Pessoa jurídica, Pessoa física, CREA, Atestado de capacidade técnica. Publicado: Boletim de Jurisprudência nº 363 de 19/07/2021).

- Para participação em licitação regida pela Lei 8.666/1993, o microempresendedor individual (MEI) deve apresentar, quando exigido para fins de qualificação econômico-financeira, o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social (art. 31, inciso I, da Lei 8.666/1993), ainda que dispensado da elaboração do referido balanço pelo Código Civil (art. 1.179, § 2º, da Lei 10.406/2002). (Acórdão 133/2022-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES. ÁREA: Licitação | TEMA: Qualificação econômico-financeira | SUBTEMA: Exigência. Outros indexadores: Balanço patrimonial, Microempresendedor individual. Publicado: Informativo de Licitações e Contratos nº 429 de 15/02/2022; Boletim de Jurisprudência nº 387 de 14/02/2022).
- A exigência de comprovante de qualificação técnica (art. 30 da Lei 8.666/1993) contendo quantitativos superiores a 50% do previsto para a execução, sem motivação específica, constitui restrição indevida à competitividade. (Acórdão 2595/2021-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS. ÁREA: Licitação | TEMA: Qualificação técnica | SUBTEMA: Atestado de capacidade técnica. Outros indexadores: Comprovação, Capacidade técnico-operacional, Quantidade, Limite máximo. Publicado: Boletim de Jurisprudência nº 379 de 16/11/2021).

CAPÍTULO V

Planejamento das Contratações

UMA ANÁLISE DOS ARTIGOS 40 A 45 DA NLLC

João Vicente Leitão
Abraão Bezerra de Araújo

1. Introdução

No presente tópico, tratar-se-á do “*planejamento de compras*”, contextualizado no artigo 40 da Lei n. 14.133/2021 (também chamada de Nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC), procedimento estratégico que será de grande importância em processo licitatório, a partir da aplicação dessa norma, tendo a finalidade de gerenciar as aquisições e a expectativa de consumo anual, seguindo as previsões orçamentárias.

Para viabilizar o planejamento de compras e as respectivas contratações, a nova lei prevê a criação do “*plano de contratação anual*” (PCA), disposto no inciso VII do artigo 12 e regulamentado pelo Decreto n. 10.947, de 25 de janeiro de 2022, que atuará como um banco de informações que conterá todas as aquisições e prorrogações de contratos da Administração Pública, referente a cada exercício.

Cabe lembrar que o “*plano de contratação anual*” deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e execução dos contratos.¹

A matéria também é vista no artigo 18 da Lei n. 14.133/2021, que trata da instrução do processo licitatório, estabelecendo que o “*planejamento de compras*” deve ser compatível com o PCA e com as leis orçamentárias vigentes.

¹ Art. 12, § 1º, da Lei n. 14.133/2021.

Destaca-se ainda, que o PCA dos órgãos públicos será alimentado no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)², sítio eletrônico oficial que objetiva a divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por essa lei e as contratações pelos órgãos e entidades dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.

2. Planejamento de Compras sob o Enfoque da NLLC

2.1. Condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado

Ao determinar que o setor público realize suas compras adotando condições de aquisição e pagamento semelhantes às conduzidas pelo setor privado³, a NLLC conserva a finalidade de aumentar a eficiência e reduzir os custos das compras na Administração Pública, já previstas no inciso III, do artigo 15, da Lei n. 8.666/1993.⁴

Sobre o tema, Alyne Gonzaga de Souza (2021) afirma que *“o alinhamento ao setor privado, segundo o dispositivo, representa, sem dúvida, a potencialidade de se alcançarem preços mais atrativos, a fim de contribuir para a racionalização do emprego dos recursos públicos”*.⁵

Ainda neste contexto, vale destacar que na iniciativa privada existe a possibilidade de ocorrer o pagamento antecipado, conforme negociações específicas e previamente acordadas, fato que é defeso nos contratos administrativos. Contudo, a Lei n. 8.666/1993 já previa esta possibilidade, caso tal procedimento fosse tecnicamente justificável e estivesse previsto no instrumento convocatório, nos termos do artigo 38 do Decreto n. 93.872/1986⁶,

² Sítios do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP): <https://www.gov.br/pncp/pt-br> e <https://pncp.gov.br/app/>

³ Art. 40, inciso I, da Lei n. 14.133/2021.

⁴ Art. 15, inciso III, da Lei n. 8.666/1993: *“III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;”*

⁵ SOUZA, Alyne et al. **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 14133/21. Comentada por Advogados Públicos / organizar Leandro Sarai – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. Pag. 552.

⁶ Decreto n. 93.872/1986: Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional.http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d93872.htm

combinado com os artigos 62 e 63 da Lei n. 4.320/1964⁷, e artigo 65, II, “c”, da Lei n. 8.666/1993.⁸

Sobre o tema, a NLLC, em seu artigo 145, trouxe a possibilidade do pagamento antecipado, ainda que tratando-a como exceção, condicionada à comprovação de sensível economia de recursos ou à representação de condição indispensável para obtenção do bem ou para prestação do serviço, hipótese que deverá ser previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta.

A Orientação Normativa n. 37/2011, da Advocacia Geral da União – AGU, assim dispõe sobre o tema do pagamento antecipado:

A ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO SOMENTE DEVE SER ADMITIDA EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, DEVIDAMENTE JUSTIFICADA PELA ADMINISTRAÇÃO, DEMONSTRANDO-SE A EXISTÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO, OBSERVADOS OS SEGUINTE CRITÉRIOS: 1) REPRESENTAÇÃO DE CONDIÇÃO SEM A QUAL NÃO SEJA POSSÍVEL OBTER O BEM OU ASSEGURAR A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, OU PROPICIE SENSÍVEL ECONOMIA DE RECURSOS; 2) EXISTÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL DE LICITAÇÃO OU NOS INSTRUMENTOS FORMAIS DE CONTRATAÇÃO DIRETA; E 3) ADOÇÃO DE INDISPENSÁVEIS GARANTIAS, COMO AS DO ART. 56 DA LEI Nº 8.666/93, OU CAUTELAS, COMO POR EXEMPLO A PREVISÃO DE DEVOLUÇÃO DO VALOR ANTECIPADO CASO NÃO EXECUTADO O OBJETO, A COMPROVAÇÃO DE EXECUÇÃO DE PARTE OU ETAPA DO OBJETO E A EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO PELO CONTRATADO, ENTRE OUTRAS.⁹

A NLLC, seguindo as decisões do Tribunal de Contas da União em situações sensíveis, facultou a Administração Pública acolher a possibilidade de pagamento antecipado, prescrevendo a obrigação de prévia e explícita previ-

⁷ Lei n. 4.320/1964: Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm

⁸ Artigo 65, II, “c”, da Lei n. 8.666/1993: “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II - por acordo das partes: [...] c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;”

⁹ AGU. Orientação Normativa n. 37/2011. <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/onsagu>

são no edital de licitação, incluindo garantias indispensáveis à segurança da despesa, aptas a permitir reaver os recursos empregados, caso o objeto não seja executado no prazo contratual.

Alguns julgamento do Tribunal de Contas da União sobre o tema:

Apesar de não ser essa a via recursal adequada para a discussão suscitada, reafirmo que, em regra, a prática é vedada, consoante o disposto no artigo 62, da Lei 4.320/1964. **Apenas em situações excepcionais, devidamente justificadas e exigidas as garantias necessárias é que esta Corte admite a realização de pagamentos antecipados**, como exposto pelo Ministro Benjamin Zymler, no seguinte excerto do voto condutor do Acórdão 3.614/2013 – Plenário [...].¹⁰ (TCU, Acórdão 1739/2015)

Quanto à antecipação de pagamento observada, com efeito, a **jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de somente admiti-la em situações excepcionais e mediante as devidas garantias, para evitar expor a Administração, desnecessariamente, a riscos decorrente de eventual inexecução contratual**. Apesar de os gestores afirmarem que a compra foi protegida com seguro garantia, não foi apresentada documentação comprobatória do fato.¹¹ (TCU, Acórdão 1565/2015)

A jurisprudência do TCU é firme em coibir a realização de pagamento sem a prévia liquidação da despesa, salvo para situações excepcionais devidamente justificadas e com as garantias indispensáveis [...] Isso se deve ao fato de tal prática, além de deixar a Administração ao desabrigo de eventuais riscos de inadimplências do contratado, contrariando expressas disposições normativas contidas nos artigos 62 e 63, § 2º, inciso III, da Lei 4.320/1964, e nos artigos 38 e 43 da Decreto 93.872, de 23/12/1986.¹² (TCU, Acórdão 0158/2015)

Ressalto que os doutrinadores citados pelo recorrente consideram a possibilidade de antecipação de pagamentos desde que prevista no instrumento convocatório e no contrato, e acompanhada de prestação de garantia por parte do contratado.

¹⁰ TCU, Acórdão 1739/2015 – 1ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 24/03/2015.
<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1389424%22>

¹¹ TCU, Acórdão 1565/2015 – Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, julgado em 24/06/2015.
<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1360937%22>

¹² TCU, Acórdão 0158/2015 – Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 04/02/2015.
https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1328122/NUMACORDAOINT%20asc/0

A jurisprudência do TCU também é firme no sentido de admitir o pagamento antecipado apenas em condições excepcionais, contratualmente previstas, sendo necessárias ainda garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto.¹³ (TCU, Acórdão 1614/2013)

Jessé Torres Pereira Júnior (2021, p. 441) abre duas exceções: *“correspondência com a antecipação da execução da obrigação, propiciando descontos para a Administração (art. 40, XIV, ‘d’, Lei nº 8.666/93) e nas licitações internacionais, onde poderá prevalecer disposição especial (art. 42, § 5º)”*.

Marçal Justen Filho (2021, p. 466)¹⁴ aduz a necessidade de dois requisitos: *“previsão no ato convocatório”*, de modo a aumentar a possibilidade de acorrerem mais interessados à licitação, e *“prestação de garantias pelo contratado”*, destinadas a evitar prejuízos à Administração.

2.2. Processamento por meio de sistema de registro de preços

Prosseguindo o exame sobre o planejamento de compras, o inciso II do artigo 40 da NLLC prioriza a utilização do sistema de registro de preços, já que nesse procedimento a Administração Pública apenas registra o valor do produto ofertado pelo licitante vencedor, para quantidade estimada durante um ano, não obrigando-se à contratação total.

Sobre o tema, o artigo 77 da NLLC classifica o sistema de registro de preços como procedimento auxiliar, e não como modalidade de licitação, sendo seu procedimento disposto nos artigos 82 ao 86. Como o instituto do registro de preços será visto em detalhes, em capítulo posterior, reservar-se-á, neste momento, apenas a trazer seu conceito.

O artigo 6º, inciso XLV, define o registro de preços como *“conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos à prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras”*.

¹³ TCU, Acórdão 1614/2013 – 1ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 26/03/2013. <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1265814%22>

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2015) o conceitua como “*procedimento especial de licitação, que se efetiva por meio de uma concorrência ou pregão sui generis, selecionando a proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, para eventual e futura contratação pela Administração*”.¹⁵

2.3. Aquisições baseadas em consumo de anos anteriores

No inciso III do artigo 40 da NLLC, destaca-se um ponto bastante significativo a ser trabalhado pela Administração Pública, que é o “*planilhamento*” das aquisições dos últimos anos, contendo as descrições e especificações detalhadas dos produtos, quantidades, preços unitários e valores totais, a fim de serem utilizadas como referências para evitar compras excessivas ou insuficientes.

Esse dispositivo ainda faz alusão à possibilidade de fornecimento contínuo, quando a Administração Pública necessita, permanentemente, não apenas de serviços, mas também de produtos. Amplia-se, assim, a abrangência da Lei n. 8.666/1993 que autorizava apenas a prorrogação contínua de serviços.

Lembrando também que o TCU já admitia, em caráter excepcional, que os contratos de compra/fornecimento fossem considerados serviços de natureza contínua, possibilitando, do mesmo modo, a prorrogação dos respectivos ajustes até o limite de 60 (sessenta) meses, nos termos do art. 57, inc. II, da Lei n. 8.666/1993, como se observa do julgado abaixo:

É patente que a solução de continuidade no fornecimento dos fatores de coagulação pode causar enormes prejuízos à saúde de seus dependentes. A adoção da medida sugerida trará, sem dúvida, maior segurança à classe de hemofílicos, além de satisfazer necessidade pública permanente e atender a obrigação constitucional. Portanto, **é essencial, nesse momento, que o Tribunal admita que o Ministério da Saúde realize as compras dos medicamentos com base no art. 57, II, da Lei n.º 8.666/93.**¹⁶ (TCU, Acórdão 0766/2010)

¹⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico. Coleção Jacoby de Direito Público. Edição 6ª, V. 7, p. 27. Editora Forum, 2015.*

¹⁶ TCU, Acórdão 0766/2010 – Plenário, Rel. Min. José Jorge, julgado em 14/04/2010.
<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1145827%22>

Destaca-se a Decisão Normativa n. 3/1999 do Tribunal de Contas do Distrito Federal – TCDF. A saber:

Considerando a inexistência de melhores alternativas, como exaustivamente demonstrado nos autos do Processo 4.942/95, que possibilitem à Administração fazer uso do fornecimento contínuo de materiais;

Considerando o pressuposto de que a Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993, não tem por objeto inviabilizar as aquisições de forma continuada de materiais pela Administração, nem foi esta a intenção do legislador;

Considerando que, dependendo do produto pretendido, torna-se conveniente, em razão dos custos fixos envolvidos no seu fornecimento, um dimensionamento do prazo contratual com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração;

Considerando a similaridade entre o fornecimento contínuo e a prestação de serviços contínuos, vez que a falta de ambos “paralisa ou retarda o trabalho, de sorte a comprometer a correspondente função do órgão ou entidade” (Decisão nº 5.252/96, de 25.06.96 – Processo nº 4.986/95);

Considerando a prerrogativa conferida a esta Corte no art. 3º da Lei Complementar nº 01, de 09 de maio de 1994;

Resolve baixar a seguinte DECISÃO NORMATIVA:

a) **é admitida a interpretação extensiva do disposto no inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, às situações caracterizadas como fornecimento contínuo, devidamente fundamentadas pelo órgão ou entidade interessados, caso a caso;**¹⁷ (TCDF, Decisão Normativa n. 3/1999)

2.4. Atenção às condições de guarda e armazenamento dos bens

O inciso IV do artigo 40 da NLLC adverte ao Administrador Público sobre a preservação dos produtos adquiridos, para que sejam adotadas as condições adequadas de guarda e armazenamento, como controle de lote, validade e vencimento, que evitem deteriorações dos produtos e eventuais prejuízos à Administração Pública.

¹⁷ TCDF. Decisão Normativa n. 3/1999.

http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/69734/Decis_o_Normativa_3_10_11_1999.html

2.5. Respeito aos princípios da padronização, do parcelamento e da responsabilidade fiscal

A NLLC, nas alíneas do inciso V do artigo 40, dentro do contexto do planejamento de compras, também recomenda a observação aos princípios da padronização, do parcelamento e da responsabilidade fiscal, que serão abordados, individualmente, já trazendo à discussão os respectivos artigos dessa lei que tratam de cada assunto.

i) Princípio da padronização

Primeiramente, traz-se o princípio da padronização, disposto na alínea “a” do inciso V do artigo 40 da NLLC¹⁸, o qual trata da compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho dos produtos adquiridos pela Administração Pública.

A finalidade do princípio da padronização consiste na aquisição de produtos com particularidades análogas, que facilitem a operacionalidade e a eficiência no uso pela equipe do órgão, como também as condições de manutenção e assistência técnica.

Como exemplo do respeito ao princípio da padronização, cita-se uma escola pública que em suas salas de aula, contenham mesas e cadeiras de madeiras para os alunos. Desta forma, no caso da realização de uma licitação para a reposição de mesas e cadeiras danificadas, certamente deverá estar especificado no termo de referência do edital que o material também deverá ser de madeira, atendendo ao padrão existente e facilitando o uso e sua manutenção.

Aproveita-se esse tema para discorrer sobre a formatação do processo administrativo de padronização de compras, textualizado no artigo 43 da NLLC, o qual determina procedimentos e documentações a serem seguidas pela Administração Pública.

Para melhor visualização da situação prática, explica-se que o processo se inicia com ofício do órgão requerente manifestando o interesse em adquirir um determinado produto, com especificações padronizadas, e o encaminha para autorização superior. Empós, a autoridade superior do órgão aprecia o

¹⁸ Art. 40, inciso V, alínea “b”, da Lei n. 14.133/2021: “a) da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;”.

pedido de padronização e, caso acolhido, remete à comissão de contratação para a devida instrução do processo com os documentos relacionados abaixo, seguindo as determinações dos incisos do artigo 43 da NLLC:

- I. parecer técnico sobre o produto, considerados especificações técnicas e estéticas, desempenho, análise de contratações anteriores, custo e condições de manutenção e garantia;
- II. despacho motivado da autoridade superior, com a adoção do padrão;
- III. síntese da justificativa e descrição sucinta do padrão definido, divulgadas em sítio eletrônico oficial.

Assim, com o processo de padronização concluído, a comissão de contratação do órgão público, utilizando as especificações-padrão do produto ou serviço a ser adquirido, dá andamento ao processo licitatório, ou, caso o produto ou serviço em questão só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, conduzir-se-á a uma contratação certa e direta, como prevê o inciso I, do artigo 74 da NLLC, referente a possibilidade de contratação tratada em capítulo adiante.

Interessante mencionar que, como ocorre na ata de registro de preços, determinado órgão público interessado pode “*pegar carona*” na padronização de outro órgão ou entidade de nível federativo igual ou superior, nunca inferior. Ou seja, os órgãos municipais podem aderir as atas de registro de preços de todos os outros; os órgãos estaduais podem aderir à padronização de órgãos estaduais e da união; e os órgãos da união apenas aderir destes.¹⁹

Nesse procedimento de “*adesão à padronização*”, o órgão requerente formata o processo com o ofício manifestando o interesse em adquirir um determinado produto, de forma padronizada, já indicando o processo de padronização existente em outro órgão de nível federativo igual ou superior, que deseja “*pegar carona*”, anexando informações e cópia do processo mencionado.

Com o despacho da autorização pela autoridade superior do órgão requerente, os autos seguem para a comissão de contratação instruir o processo, analisando os documentos do processo de padronização do órgão conce-

¹⁹ Art. 43, § 1º, da Lei n. 14.133/2021.

dente, elencados nos incisos do artigo 43, quanto a sua viabilidade para utilização no órgão interessado.

A utilização da padronização possui a ressalva de que *“as contratações de soluções baseadas em software de uso disseminado serão disciplinadas em regulamento que defina processo de gestão estratégica das contratações desse tipo de solução”*.²⁰ Nesses casos, remete-se aos procedimentos ainda a serem definidos por norma regulamentadora, de cada respectivo ente federado.

ii) Princípio do parcelamento

Outro princípio a ser considerado no planejamento de compras é o do parcelamento, mencionado na alínea “b” do inciso V do artigo 40 da NLLC²¹, que deve ser aplicado às aquisições da Administração Pública, sempre que tecnicamente viável e economicamente vantajoso, sem que comprometa a qualidade e a integridade do produto.

Enfatiza-se que parcelamento é diferente de fracionamento. O primeiro refere-se a divisão dos produtos adquiridos por lotes em uma mesma licitação, seguindo o planejamento de compras; e o segundo trata da realização de várias licitações para adquirir o mesmo produto, demonstrando a falta de planejamento.

O parcelamento objetiva a eficiência e a economicidade da Administração Pública, por meio da aquisição e do consumo planejado dos produtos, além de garantir a competitividade, em razão da divisão na entrega dos produtos pelos fornecedores. Assim, mesmo que o licitante não disponha de condições de disputar o conjunto completo dos produtos, ele poderá concorrer apenas ao lote que contemple a parte do objeto que possa atender à Administração Pública.

O bom emprego do princípio do parcelamento está condicionado ao atendimento de algumas considerações a serem satisfeitas, estabelecidas no § 2º do artigo 40 da NLLC, que é o loteamento dos produtos ou serviços pretendidos na disputa licitatória (dividir o objeto em lotes pequenos), visando a equilibrar a competitividade (aumento do número de licitantes), a isonomia (redução nas exigências e igualdade de possibilidades para os licitantes), a

²⁰ Art. 43, § 2º, da Lei n. 14.133/2021.

²¹ Art. 40, inciso V, alínea “b”, da Lei n. 14.133/2021: *“b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso;”*.

economicidade (redução dos preços ofertados) e a eficiência (maior vantagem para a Administração Pública).

Sobre o assunto, o entendimento do Tribunal de Contas da União já está consolidado na Súmula n. 247/2004, *in verbis*:

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.”²² (TCU, Súmula n. 247)

Verificam-se algumas restrições ao uso do parcelamento, conforme previsto no § 3º do artigo 40 da NLLC, em destaque:

- a.** quando a economia de escala (redução de preços com as altas quantidades), a redução de custos de gestão de contratos (poucos contratos) ou a maior vantagem apontar para a contratação de um único fornecedor, não devendo o objeto ser dividido em lotes, sob pena de anular a vantagem da Administração Pública;
- b.** quando o objeto da contratação se referir a um sistema único e integrado, havendo risco a eficiência do produto ou serviço no caso de um parcelamento, em razão da indivisibilidade do objeto; e,
- c.** quando o processo de padronização ou escolha da marca levar a fornecedor exclusivo, inviabilizando o parcelamento, opção prevista no inciso I do artigo 41 da NLLC.

Deixa-se claro que a padronização está relacionada à formatação dos produtos dentro de um procedimento de aquisições em sua fase interna, que poderá, na fase externa, ser concretizada por um processo licitatório ou, em determinados casos excepcionais, por uma inexigibilidade de licitação.

²² TCU. Súmula n. 247. <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C-20F0157679AA5617071&inline=1> -pág.44.

iii) Princípio da responsabilidade fiscal

O terceiro e último princípio a ser seguido na execução do planejamento de compras é o da responsabilidade fiscal, previsto na alínea “c” do inciso V do artigo 40 da NLLC²³, o qual determina o respeito à compatibilidade entre o valor estimado de compras e a previsão orçamentária.

Alinham-se a esse princípio as regras do parágrafo único do artigo 11 da NLLC, ao se estabelecer que a *“administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações [...], direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, [...] assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis”*.

No mesmo sentido, o texto do caput do artigo 18 e seu inciso IV, que dispõe sobre a condição do processo licitatório em *“compatibilizar-se com o plano de contratações anual [...] e com as leis orçamentárias”*, devendo ser compreendido o *“orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação”*. Assim, para que ocorra a aquisição por meio de uma licitação, conforme seu planejamento de compras, é condição indispensável a existência de uma dotação financeira e orçamentária correspondente, para que ocorra seu empenho e pagamento, sob o alicerce da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A Lei da responsabilidade Fiscal, igualmente cúmplice desse princípio, determina que a lei de diretrizes orçamentárias disporá sobre *“equilíbrio entre receitas e despesas”, “critérios e forma de limitação de empenho”, “normas relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos” e “demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas”*.²⁴

E, por fim, menciona-se a Constituição Federal, que em seus artigos 165, § 2º e 167, trata, respectivamente, de um lado, sobre a necessidade de o Poder Executivo estabelecer *“o plano plurianual”, “as diretrizes orçamentárias”, e “os orçamentos anuais”*, e de outro lado, sobre a vedação da Administração Pública na *“realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais”*.

²³ Art. 40, inciso V, alínea “c”, da Lei n. 14.133/2021: *“(c) da responsabilidade fiscal, mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento”*.

²⁴ Art. 4º, inciso I, alíneas “a”, “b”, “e” e “f” da Lei Complementar n. 101/2000 (Lei da Responsabilidade Fiscal).

3. Termo de Referência

O termo de referência, considerado o guia mestre de um processo licitatório, inicialmente é apresentado no inciso XXIII do artigo 6º como o *“documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos”*.

No § 1º do artigo 40 da NLLC, o termo de referência é associado ao planejamento de compras, trazendo em seus 3 (três) incisos a exigência de algumas informações adicionais em seu conteúdo, no caso de aquisições de produtos.

O inciso I determina a especificação do produto, quanto aos requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança. Sendo, preferencialmente, retirado do *“catálogo eletrônico de padronização”*, para uma melhor padronização dos produtos adquiridos. O *“catálogo eletrônico de padronização”* será tratado em detalhes no próximo tópico.

O inciso II refere-se, de forma objetiva, a indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, disciplinadas no inciso II do artigo 140 da NLLC. Destaca-se a importância das informações mencionadas acima para subsidiar o licitante na elaboração da proposta, já que poderá envolver custos com o transporte do produto.

O inciso III preconiza a especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, dependendo do produto, também essencial para a composição do preço do licitante, já que poderá gerar incremento de custos durante a execução do contrato.

Salienta-se que a vigência da garantia exigida, mencionada no disposto acima, não está vinculada à vigência do contrato, ou seja, o fornecedor poderá ser responsabilizado pela ineficiência do produto mesmo após o término do contrato. Sobre esse fato, a Advocacia Geral da União – AGU assim se manifestou:

A GARANTIA LEGAL OU CONTRATUAL DO OBJETO TEM PRAZO DE VIGÊNCIA PRÓPRIO E DESVINCULADO DAQUELE FIXADO NO CONTRATO, PERMITINDO EVENTUAL APLICAÇÃO DE PENALIDADES EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE ALGUMA DE

SUAS CONDIÇÕES, MESMO DEPOIS DE EXPIRADA A VIGÊNCIA CONTRATUAL.²⁵ (AGU, Orientação Normativa n. 51/2014)

Sobre os serviços de manutenção e assistência técnica, também disposto no inciso III acima, enfatiza-se que a Administração Pública poderá exigir duas possibilidades:²⁶

- a. que sejam prestados mediante deslocamento do técnico ao órgão público contratante (hipótese em que o produto não pode ser retirado do órgão público, pelo seu porte ou pela complexidade de seu transporte); ou,
- b. que sejam prestados mediante deslocamento do produto à unidade mais próxima do contratado, localizada em distância máxima prevista no edital de licitações e compatível com suas necessidades (hipótese em que o órgão público se localiza distante dos grandes centros urbanos).

Adverte-se que a definição de qual procedimento a ser escolhido pela gestão, entre as opções mencionadas acima, deverá ser fundamentada em estudo técnico preliminar, informando a melhor vantagem para a Administração Pública.

4. Catálogo Eletrônico de Padronização

O “*catálogo eletrônico de padronização*”, mencionado no inciso I do § 1º do artigo 40 da NLLC, com uma das informações adicionais que deverá conter no termo de referência, merece uma explicação mais apurada.

Observa-se que no inciso LI do artigo 6º o conceitua como “*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*”.

Dessa forma, entende-se que o “*catálogo eletrônico de padronização*” é uma ferramenta tecnológica que visa a inventariar informações sobre características e preços de itens adquiridos pela Administração Pública, e assim

²⁵ AGU. Orientação Normativa n. 51/2014.

<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:advocacia.geral.uniao:orientacao.normativa:2014-04-25;51>

²⁶ Art. 40, § 4º, da Lei n. 14.133/2021.

auxiliar na formatação do processo de padronização de que trata o artigo 43 da NLLC, aprimorando o planejamento de compras e a eficiência nas contratações. Porém, cabe destacar que não existe vínculo de dependência entre o catálogo e o processo de padronização.

Os órgãos da Administração Pública deverão regulamentar a criação do “*catálogo eletrônico de padronização*”, sendo admitida a adoção do catálogo do Poder Executivo Federal por todos os entes federativos.²⁷

O catálogo poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja o de menor preço ou o de maior desconto, e sua não utilização deverá ser justificada por escrito e anexada ao respectivo processo licitatório.²⁸

Por fim, enfatiza-se que os “*catálogos eletrônicos de padronização*” dos órgãos públicos estarão disponibilizados no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)²⁹, sítio eletrônico oficial que objetiva a divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por essa lei e as contratações pelos órgãos e entidades dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.

5. Procedimentos Excepcionais da Administração Pública

5.1. Indicação de marcas ou modelos

A Lei n. 8.666/1993 já tratava sobre a indicação de marcas no processo licitatório, tanto condicionando o seu caráter de excepcionalidade e respeito ao princípio de padronização, como evitando a caracterização de limites à isonomia e à competitividade, especificamente, no artigo 7º, § 5º; artigo 15, inciso I e § 7º, inciso I; e artigo 25, inciso I.

O entendimento da doutrina e da jurisprudência dos tribunais de contas já se consolidou no sentido de que a indicação de marca nos editais é constitucional e legal, desde que robustamente justificada por critérios técnicos

²⁷ Art. 19, inciso II, da Lei n. 14.133/2021.

²⁸ Art. 19, §§ 1º e 2º, da Lei n. 14.133/2021.

²⁹ <https://www.gov.br/pncp/pt-br> e <https://pncp.gov.br/app/>

ou expressamente indicativa da qualidade do material a ser adquirido, bem como a demonstração de vantagens que a opção oferece.³⁰

Sobre a matéria, a NLLC, em seu inciso I do artigo 41, dispõe que, nos casos em que *“envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá excepcionalmente”* [...] *“indicar uma ou mais marcas ou modelos, desde que formalmente justificado”*. E relaciona as possibilidades em suas 4 (quatro) alíneas:

- a.** em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
- b.** em decorrência da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração;
- c.** quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os únicos capazes de atender às necessidades do contratante;
- d.** quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo aptos a servir apenas como referência;

Assim, nota-se que as alíneas “a” (padronização do produto) e “b” (produto já utilizado pelo órgão) indicam vinculação às situações de padronização do objeto a ser adquirido pela Administração, alicerçada por comprovações técnicas das suas vantagens.

Sob esse espectro, cita-se a Súmula n. 270/2012 do Tribunal de Contas da União, fundamentada no inciso I, do artigo 15 da Lei n. 8.666/1993, que evoca o princípio da padronização e respaldou o texto da NLLC sobre a indicação de marcas ou modelos que envolva o fornecimento de bens, a saber:

Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificação.³¹ (TCU, Súmula n. 270)

³⁰ TCU, Acórdão 0481/2007 – Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, julgado em 28/03/2007.
<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/%253A481%2520ANOA-CORDAO%253A2007/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>

³¹ TCU. Súmula TCU n. 270. <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A-25753C20F0157679AA5617071&inline=1> - pág. 21.

Já a alínea “c” ocorre quando uma única marca é capaz de satisfazer às necessidades da Administração Pública, devendo advir a realização de um procedimento licitatório, caso o produto seja comercializado por múltiplos fornecedores, ou a possibilidade da contratação por inexigibilidade, condição em que exista apenas um único fornecedor.

Importante compreender que o requisito essencial para indicação da marca é a satisfação das necessidades da Administração Pública, não tendo qualquer vinculação com a exclusividade do produto ou do fornecedor. Estes apenas definirão a forma de contratação, se por licitação ou por inexigibilidade.

Neste contexto, Márcio Cammarosano, Augusto Neves Dal Pozzo e Rafael Valim (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Lei n, 12.462/2011; Decreto n. 7.581/2011 – Aspectos Fundamentais. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 42), citados por Alyne Gonzaga de Souza (2021), afirmam que:

[...] a exclusividade de fornecimento implicará, obviamente, inexigibilidade do certame. Mas nem por isso implicará impossibilidade de indicação de marca, **cujo pressuposto é a indeclinável necessidade da Administração Pública**, e, não a exclusividade ou não fornecimento, relevando para a configuração ou não, isto sim, da inviabilidade da licitação.³²

E por fim, a condição da alínea “d” é utilizada para facilitar e auxiliar a compreensão do objeto que o Órgão pretende adquirir, quanto às características e qualidade.

Enfatiza-se que na situação prevista na alínea “d” limita-se a indicação da marca ou modelo apenas no termo de referência, parte integrante do edital licitatório, como modelo de referência de similaridade, equivalência ou qualidade.

Os mecanismos de prova de qualidade dos produtos ofertados como similares das marcas eventualmente indicadas estão previstos mais adiante, no artigo 42.

³² SOUZA, Alyne Gonzaga, et al. *Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei 14133/21. Comentada por Advogados Públicos / organizar Leandro Sarai – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021, p. 575.

5.2. Exigência de amostra ou prova de conceito do bem

Normalmente, o termo de referência, o edital e seus anexos trazem o suficiente para descrever o bem que a Administração pretende adquirir, possibilitando aos licitantes apresentarem suas propostas, apesar de em determinados casos sejam necessários informações adicionais com a amostra ou prova de conceito do produto.

Conforme prevê o inciso II do artigo 41 da NLLC, a exigência de amostra ou prova de conceito do bem deve estar *“previsto no edital da licitação e justificada a necessidade de sua apresentação”*.

Destaca-se ainda, que os momentos em que amostras podem ser exigidas são:

- a. No procedimento de pré-qualificação permanente (procedimento seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, destinado à análise das condições de habilitação, total ou parcial, dos interessados ou do objeto);³³
- b. Na fase de julgamento das propostas ou de lances (procedimento mais comum – albergado pelo parágrafo único do artigo 41);³⁴
- c. No período de vigência do contrato ou da ata de registro de preços (procedimento novo).

Nessa análise, ponderar-se-á apenas sobre o terceiro momento de apresentação da amostra (item c), em razão de ser uma inovação na NLLC, frisando que necessita de justificativa quanto à sua necessidade e de seu exposto detalhamento no instrumento convocatório, como bem leciona Marcos Antônio Souto Maio Filho (Princípio e processo de padronização e a utilização da marca. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/marca.pdf>), citado pela Alyne Gonzaga de Souza (2021).³⁵

Deixa-se claro, conceitualmente, que é considerada amostra o exemplar do objeto a ser adquirido e prova de conceito a demonstração do produto pretendido, muito comum no universo de tecnologia da informação. Porém, em

³³ Art. 6º, inciso LI, Art. 78, inciso II, e Art. 80, da Lei n. 14.133/2021.

³⁴ Art. 41, parágrafo único, da Lei n. 14.133/2021: *“Parágrafo único. A exigência prevista no inciso II do caput deste artigo restringir-se-á ao licitante provisoriamente vencedor quando realizada na fase de julgamento das propostas ou de lances.”*

³⁵ SOUZA, Alyne Gonzaga, et al. *Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21*. Comentada por Advogados Públicos / organizar Leandro Sarai – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021, p. 578.

ambas as circunstâncias, objetiva-se averiguar a compatibilidade dos produtos oferecidos pelos licitantes às especificações e exigências editalícias.

Contudo, vale salientar que a análise de amostras e prova de conceito requer tempo para sua realização, e às vezes, precisa de intervenção de pessoa especializada, devendo respeitar todas as regras apontadas para compatibilizar essa análise com as notas características da modalidade licitatória.

5.3. Vedação de marca ou produto

O inciso III do artigo 41 da NLLC prevê a possibilidade de vedação de marca ou produto, mediante processo administrativo e com decisão fundamentada, em razão de comprovações de ineficiência técnicas, falta de assistência técnica, baixa resistência ou durabilidade, venham a causar prejuízos à Administração Pública.

5.4. Exigência de carta de solidariedade emitida pelo fabricante

A Administração poderá solicitar “*carta de solidariedade emitida pelo fabricante*”, que assegure a execução do contrato, quando o licitante for “*revendedor ou distribuidor*”, de acordo com inciso IV do artigo 41 da NLLC.

Certamente, a apresentação da carta de solidariedade emitida pelo fabricante estabelece responsabilidade recíproca entre o fabricante e o revendedor sobre o bem ou serviço a ser fornecido, munindo a Administração Pública com garantias adicionais para realizar o pagamento dos produtos ao fornecedor contratado.

Contudo, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, em momento algum, foi favorável à exigência de carta de solidariedade, sendo pacífico o entendimento de que “[...] *se deve obter garantias da qualidade do produto ou da prestação do serviço por outros mecanismos, tais como fixação de prazos ou multas, especificação do objeto de forma clara e precisa, atestados de capacidade técnica e garantia contratual, conforme o art. 56 da Lei 8.666/93*”.³⁶

³⁶ TCU, Acórdão 1333/2020 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, julgado em 27/05/2020. https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/?NUMACORDAO%253A1333%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520

6. Prova de Qualidade dos Produtos

O artigo 42 estabelece os mecanismos a serem utilizados para certificar a prova de qualidade de produto apresentado pelos proponentes como similar àqueles com as marcas ou modelos indicados no edital, como:

- I. comprovação de que o produto está de acordo com as normas técnicas determinadas pelos órgãos oficiais competentes, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT ou por outra entidade credenciada pelo Inmetro;
- II. declaração de atendimento satisfatório emitida por outro órgão ou entidade de nível federativo equivalente ou superior que tenha adquirido o produto;
- III. certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar que possibilite a aferição da qualidade e da conformidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, emitido por instituição oficial competente ou por entidade credenciada.

Sobre o inciso I, primeiro vale destacar as atuações da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e do Inmetro (Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia):

ABNT

ABNT é responsável pela elaboração das Normas Brasileiras (ABNT NBR), elaboradas por seus Comitês Brasileiros (ABNT/CB), Organismos de Normalização Setorial (ABNT/ONS) e Comissões de Estudo Especiais (ABNT/CEE). Seu objetivo é *“prover a sociedade brasileira de conhecimento sistematizado, por meio de documentos normativos e avaliação de conformidade, que permita a produção, a comercialização e o uso de bens e serviços de forma competitiva e sustentável nos mercados interno e externo, contribuindo para o desenvolvimento científico e tecnológico, proteção do meio ambiente, defesa do consumidor e para inovação”*.³⁷

³⁷ ABNT. <https://www.abnt.org.br/institucional/sobre>

INMETRO

Inmetro (Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia) é uma autarquia federal, vinculada à Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade, do Ministério da Economia. O Instituto atua como Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro), colegiado interministerial, que é o órgão normativo do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Sinmetro). Sua finalidade é *“viabilizar soluções de infraestrutura da qualidade que adicionem confiança, qualidade e competitividade aos produtos e serviços disponibilizados pelas organizações brasileiras, em prol da prosperidade econômica e bem-estar da nossa sociedade”*.³⁸

No entanto, o entendimento do Tribunal de Contas da União é de que não existe garantia de que o produto de uma empresa certificada é melhor ou vai oferecer maior vantajosidade à Administração Pública que o produto de uma empresa não certificada, além da possibilidade de limitar a competitividade e o leque de participantes do processo licitatório. Destarte, a exigência só seria aceitável caso exista uma lei, norma ou faça parte da característica do próprio produto a ser adquirido.

Certamente, com a NLLC, haverá entendimentos divergentes e poderá surgir regulamentação sobre essa nova possibilidade de exigência.

Tratando do inciso II, observa-se a possibilidade da emissão de uma declaração quanto à satisfação de um órgão sobre determinado produto adquirido. Atenta-se que hoje utiliza-se o atestado de capacidade técnica para comprovar a satisfação de um órgão pelo produto ou serviço adquirido de um fornecedor. Ambos os documentos são semelhantes e possuem o mesmo objetivo. Por isso, o gestor deve estar atendo quando da utilização deste documento no procedimento licitatório, para evitar ultrapassar sua alçada legal.

³⁸ INMETRO. <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/acesso-a-informacao/institucional>

Avaliando o inciso III, observa-se a possibilidade de utilização de documento emitido por instituição oficial competente ou por entidade credenciada, para certificação de determinado produto, quanto à qualidade, à conformidade e ao impacto ambiental. Nesses casos, deve ser observado com atenção os produtos que exijam a certificação compulsória, por meio de imposição legal ou norma administrativa, que envolvam aspectos ambientais, de saúde e segurança, como botijões de GLP, extintores de incêndio, caldeiras, produtos infantis, entre outros.

Por fim, ratifica-se que a identificação de determinada marca ou determinado modelo no edital serve apenas como referência do objeto a ser licitado, para uma melhor compreensão dos licitantes, nos termos do artigo 41, inciso I, alínea “d”, da NLLC, como já estudado.

O artigo 42 da NLLC dispõe sobre as provas da qualidade dos produtos adquiridos pela Administração Pública, e seu § 1º faculta que o instrumento editalício contenha exigência de certificação de qualidade do produto por instituição credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Conmetro, como condição de aceitabilidade da proposta.

Explica-se que o Conmetro é um colegiado interministerial que exerce a função de órgão normativo do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Sinmetro e que tem o Inmetro como sua secretaria executiva, tendo suas atribuições estabelecidas no artigo 2º da Lei n. 5.966/1973.³⁹

O § 2º do artigo 42 da NLLC também faculta à Administração oferecer protótipo do objeto pretendido e exigir, na fase de julgamento das propostas, amostras do licitante provisoriamente vencedor, para atender a diligência ou, após o julgamento, como condição para firmar contrato. Este assunto foi abordado no artigo 41, inciso II, da NLLC, que trata da exigência de amostra ou prova de conceito do bem.

Nessa situação, destaca-se que protótipo é um modelo de um produto que a Administração Pública pretende adquirir, sendo apresentado aos licitantes para que possam elaborar os custos e suas propostas, garantindo as características e a qualidade do produto.

³⁹ Lei n. 5.966/1973. Institui o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5966.htm#art3

Sendo que, neste caso, a amostra deverá ser exigida apenas ao licitante provisoriamente vencedor das fases da licitação, após o julgamento final, como condição de firmar contrato. Ressalta-se que é mais uma inovação da NLLC, pretexto que ensejará uma maior atenção do gestor no momento da justificativa e regramento no edital de licitação.

Sobre a utilização de protótipo durante um processo licitatório, o Tribunal de Contas da União é rígido quanto às regras pré-definidas no edital, obediência aos prazos estabelecidos, clareza das características, funcionalidade e qualidade dos protótipos, isonomia dos licitantes e a publicidade dos critérios de julgamento.⁴⁰

E, por último, o § 3º do artigo 42 da NLLC proporciona a possibilidade das amostras a que se refere o § 2º, explanado acima, serem examinadas por instituição com reputação ético-profissional na especialidade do objeto, previamente indicada e justificada no edital.

7. Aquisição ou Locação de Bens

O artigo 44 da NLLC vem orientar como resolver um grande dilema dos gestores de órgãos públicos: se é mais vantajoso para a Administração Pública alugar ou comprar determinado bem.

Como exemplo, pode-se mencionar a necessidade impressoras, nobreaks ou computadores de um determinado órgão. Para o gestor tomar a decisão de alugar ou comprar, deverá solicitar ao departamento de informática um estudo técnico preliminar, com os respectivos custos e benefícios de cada possibilidade.

Neste sentido, o Tribunal de Contas da União já se manifestou:

Mesmo que assim não fosse, não é demais lembrar que entre opções de igual resultado, **no caso a utilização de equipamentos de informática pela Administração, não há discricionariedade para o gestor não adotar a opção mais econômica, de acordo com os princípios que regem a Administração Pública.**

Já quanto à alegação de que não foi considerado que os equipamentos locados foram utilizados pelo órgão, afasto-a de plano, pois, caso assim

⁴⁰ TCU, Acórdão 3028/2012 – Plenário, Rel. Min. Ana Araes, julgado em 08/11/2012. https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3028%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520

fosse, o débito imputado seria pela totalidade do valor dos contratos de locação e não pela diferença entre esse valor e o que seria pago mediante aquisições dos produtos.

Ademais, ao contrário do que quer fazer crer o embargante, esta Corte não reconheceu a legalidade da contratação, pois somente admitiu a hipótese de locação de equipamentos quando fosse comprovada a vantagem de tal procedimento, o que não ocorreu. Ou seja, **questionou-se a economicidade da locação e não sua possibilidade jurídica**. Destaco ainda que o fato de a empresa não ter sido condenada em débito decorre de não ter sido apontado superfaturamento nos serviços de locação. Ou seja, **o prejuízo decorreu de escolha equivocada de como seriam fornecidos os produtos/serviços de informática, fato não atribuível à contratada**.⁴¹ (TCU, Acórdão 2814/2010)

Dessa forma, para oferecer mais segurança ao gestor e minimizar os riscos de prejuízo, resultando numa maior vantajosidade à Administração Pública, esse dispositivo determina que seja realizado um estudo técnico preliminar considerando os custos e os benefícios de cada opção.

8. Planejamento nas Licitações de Obras e Serviços de Engenharia.

Tendo em vista a complexidade técnica e jurídica das licitações de engenharia e obras públicas, a NLLC destinou um dispositivo inteiro à regulação do planejamento envolto nesse tipo de contratação.

Os incisos do artigo 45 da NLLC⁴² iniciam estabelecendo novamente a importância dos critérios ESG⁴³ nas contratações públicas. Determinando-se

⁴¹ TCU, Acórdão 2814/2010 – 2ª Câmara, Rel. Min. Benjamin Zymler, julgado em 01/06/2010. <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1150353%22>

⁴² Art. 45 da Lei n. 14.133/2021: “As licitações de obras e serviços de engenharia devem respeitar, especialmente, as normas relativas a: I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; III - utilização de produtos, de equipamentos e de serviços que, comprovadamente, favoreçam a redução do consumo de energia e de recursos naturais; V - avaliação de impacto de vizinhança, na forma da legislação urbanística; V - proteção do patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; VI - acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.”

⁴³ “Meio ambiente, social e governança. É assim que se traduz do inglês a sigla ESG (Environmental, social and Governance). Essas três letras praticamente substituíram a palavra sustentabilidade no universo corporativo.” Definição extraída do site: <https://exame.com/esg/o-que-e-esg-a-sigla-que-virou-sinonimo-de-sustentabilidade/>, acesso em 14 de nov. de 2024.

inicialmente que os instrumentos licitatórios devem: (i) definir o tratamento dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas. Isso para que ambientalmente sejam cumpridas as normativas tocantes ao Direito Ambiental e demais tratados aplicáveis ao tratamento de resíduos.

Como ensina Marçal Justen Filho (2021, p. 577):

Ao conceber a execução do contrato, a Administração Pública e os particulares devem buscar as alternativas menos danosas ao meio ambiente. Isso envolve a utilização de recursos e soluções que reduzam o consumo de energia e de recursos naturais, inclusive no intento de limitar a emissão de gases de efeito estufa.⁴⁴

Em mesma toada, o dispositivo legal define que se deve: (ii) adotar condicionantes e compensações ambientais de modo a promover a manutenção da preservação ambiental e desempenho de atividades de forma sustentável. Ademais, que: (iii) utilização de produtos, equipamentos e serviços que sejam produzidos ou exercidos de maneira sustentável, reduzindo resíduos, consumo energético e dispêndio de recursos naturais.

Em conclusão, o dispositivo também ordena que seja realizado: (iv) estudo do impacto de vizinhança na forma da legislação urbanística correspondente. Além de que: (v) sejam tutelados patrimônios culturais. E, neste último caso, se necessário, que se formalize parecer avaliativo do impacto causado. Igualmente, o dispositivo estabelece: (vi) dever de que, em obras contratadas pela Administração, atenda-se a acessibilidade para pessoas com deficiências ou mobilidade reduzidas.

Vale dizer a importância de todos esses ditames inovadores e exigíveis no planejamento das contratações de obra e engenharia. Isso se deve ao fato de que o atendimento a normas e instrumentos aplicáveis ao dever de sustentabilidade, para além da preservação do meio ambiente, resulta sobretudo na eficiência financeira, tendo em vista que o ganho em economia e *compliance* evita autuações e demandas judiciais indesejadas.

Acertadamente, Marçal Justen Filho (2021, p. 577) ratifica o resultado do planejamento na eficiência econômica, conforme o seguinte ensinamento:

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Cabe reiterar as considerações anteriores, relativamente à questão da eficiência econômica. A escolha da solução mais apropriada deverá tomar em vista a relação custo-benefício.

Um equívoco a ser evitado consiste em considerar que a defesa do meio ambiente não é limitada por ponderações econômicas. Esse enfoque é incorreto porque pode gerar resultados despropositados, dotados de elevado potencial de nocividade para a sociedade.

É evidente que, entre soluções ambientalmente equivalentes, deve ser adotada aquela que apresentar maior eficiência econômica.⁴⁵

Dessa forma, para oferecer mais segurança ao gestor e minimizar os riscos de prejuízo, resultando numa maior vantajosidade à Administração Pública, esse dispositivo determina que seja realizado um estudo técnico preliminar considerando os custos e os benefícios de cada opção.

9. Jurisprudência

- *Representação - Superintendência Regional de Administração do Ministério da Economia no Estado do Paraná* SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO DE LICITANTE. INABILITAÇÃO INDEVIDA. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR E REALIZAÇÃO DE OITIVAS. ANÁLISE DOS ELEMENTOS REMETIDOS. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. ASSINATURA DE PRAZO PARA ADOÇÃO DAS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS AO RETORNO DO CERTAME À FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. CIÊNCIAS. A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro. (56723 – Aquisição – Veículo zero quilômetro – Aplicação do art. 12 da Lei nº 6.739/1979 – Apenas por concessionárias – Impossibilidade – TCU Plenário do TCU - TC 026.208/2021-0).
- *Precedente expedido na vigência da Lei nº 8.666/1993, cuja racionalidade poderá orientar a aplicação da Lei nº 14.133/2021: o TCU, em sede de representação, julgou a aplicação do art. 12 da Lei nº 6.739/1979 na aquisição de veículos zero quilômetros. O relator, ao analisar o caso, sustentou que “é comum em licitações a ocorrência de conflitos entre concessionárias de fabricantes ou montadoras e revendedoras multimarcas acerca do que seria considerado um*

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

veículo 0 km. As concessionárias invocam o art. 12 da Lei 6.729/1979, conhecida como Lei Ferrari, para afastar revendedoras não autorizadas da disputa; de outra sorte, as revendedoras sustentam que veículo ‘zero’ é o não usado, havendo amparo a essa posição na lei, na jurisprudência e na doutrina, pois aceitar somente concessionárias nos processos licitatórios através da restrição do conceito de veículo 0 km, ofenderia os princípios do desenvolvimento nacional sustentável, da isonomia e da impessoalidade, e a livre concorrência, estabelecidos nos art. 3º, II, e 170, IV, da Constituição Federal e no caput do artigo 3º da Lei 8.666/1993”. (Grifamos.) (TCU, Acórdão nº 1.510/2022, do Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, j. em 29.06.2022.) Complementos da Anotação. TCU – Plenário Acórdão nº 1.510/2022).

- *Representação, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues – ENUNCIADO: A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro. (Informativo de Licitações e Contratos 415/2021 - Acórdão 1211/2021-TCU-Plenário).*
- **SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO REGIDO PELO DECRETO 10.024/2019. IRREGULARIDADE NA CONCESSÃO DE NOVA OPORTUNIDADE DE ENVIO DE DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO AOS LICITANTES, NA FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS, SEM QUE O ATO TENHA SIDO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. PROCEDÊNCIA. REVOGAÇÃO DO CERTAME. MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA PREJUDICADA. CIÊNCIA AO JURISDICIONADO ACERCA DA IRREGULARIDADE. OITIVA DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA SOBRE A CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE MELHORIAS NO SISTEMA COMPRASNET.** 1. Admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim). 2. O pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea “h”; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não

alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro. (TC 018.651/2020-8 : Representação - Órgão/Entidade: Diretoria de Abastecimento da Marinha).

- *Precedente expedido na vigência da Lei nº 8.666/1993, cuja racionalidade poderá orientar a aplicação da Lei nº 14.133/2021: trata-se de representação versando sobre supostas irregularidades em pregão eletrônico objetivando a contratação de “empresa especializada na prestação de serviços de manutenção preventiva, corretiva e assistência técnica para os veículos oficiais”. A licitante aponta, entre outras, irregularidade consistente na fixação de distância máxima de 12 km entre a sede das empresas interessadas em participar do certame e a sede da contratante. No mérito, o relator pontuou que a representação perdeu seu objeto, ante o cancelamento da licitação por iniciativa da Administração. Contudo, entendeu pertinente tecer algumas considerações acerca do caso. Nesse sentido, em relação à irregularidade mencionada, asseverou que “o emprego de critérios de distância máxima de fato pode restringir a participação de empresas. Todavia, trata-se de medida por vezes necessária, porquanto a remessa de veículos a oficinas mecânicas demanda gastos com combustível e mão de obra de motoristas. Assim, ao delinear a contratação, deve o gestor público sopesar tais fatores, de modo a atingir solução que garanta a economicidade almejada sem impelir restrições desnecessárias ao caráter competitivo do certame”. No caso concreto, entendeu que a exigência não foi fator determinante para a frustração do certame. Todavia, considerando que apenas um licitante ofertou proposta e em valor superior ao estimado, a 2ª Câmara recomendou à contratante que “ao elaborar o edital referente à contratação para manutenção e reparo de veículos automotores, avalie a possibilidade de agrupar os lotes do certame segundo a marca dos veículos, bem como avaliar se a disposição geográfica das oficinas mecânicas na cidade (...) é não uniforme, com vistas a ampliar a competitividade da disputa e atingir maior número de empresas participantes”. (Grifamos.) (TCU, Acórdão nº 520/2015, 2ª Câmara, Rel. Min. Vital do Rêgo, j. em 24.02.2015.). 53570 – Manutenção de veículos – Fixação de distância máxima – Possibilidade – Considerações – TCU).*
- **ENUNCIADO:** A mera comparação dos valores constantes em ata de registro de preços com os obtidos junto a empresas consultadas na fase interna de licitação não é suficiente para configurar a vantajosidade da adesão à ata, haja vista que os preços informados nas consultas, por vezes superestimados, não serão, em regra, os efetivamente contratados. Deve o órgão não participante (“carona”), com o intuito de aferir a adequação dos preços pra-

ticados na ata, se socorrer de outras fontes, a exemplo de Administração Pública. (Acórdão 1794/2023-Primeira Câmara RELATOR: AUGUSTO SHERMAN).

- As pesquisas de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral devem ser baseadas em uma ‘cesta de preços’, devendo-se dar preferência para preços praticados no âmbito da Administração Pública, oriundos de outros certames. A pesquisa de preços feita exclusivamente junto a fornecedores deve ser utilizada em último caso, na ausência de preços obtidos em contratações públicas anteriores ou cestas de preços referenciais (Instrução Normativa Seges-ME 73/2020). (Acórdão 1875/2021-Plenário | Relator: RAIMUNDO CARREIRO).
- ENUNCIADO: As pesquisas de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral devem ser baseadas em uma “cesta de preços”, devendo-se dar preferência para preços praticados no âmbito da Administração Pública, oriundos de outros certames. A pesquisa de preços feita exclusivamente junto a fornecedores deve ser utilizada em último caso, na ausência de preços obtidos em contratações públicas anteriores ou cestas de preços referenciais (Instrução Normativa Seges-ME 73/2020). (Acórdão 4958/2022-Primeira Câmara RELATOR: AUGUSTO SHERMAN).
- A apresentação de atestado de capacidade técnica com conteúdo falso, à evidência de conluio entre as empresas envolvidas, fere os princípios da moralidade, da isonomia e da competitividade e conduz à declaração de inidoneidade, tanto da empresa que emitiu o atestado quanto da que o apresentou, para participar de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da Lei 8.443/1992). (Acórdão 917/2022-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER - ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Declaração de inidoneidade | SUBTEMA: Documento falso Outros indexadores: Conluio, Atestado de capacidade técnica. Publicado: Boletim de Jurisprudência nº 399 de 16/05/2022).
- É irregular a exigência de que a atestação de capacidade técnico-operacional de empresa participante de certamelicitatório seja registrada ou averbada junto ao Crea, uma vez que o art. 55 da Resolução-Confea 1.025/2009 veda a emissão de Certidão de Acervo Técnico (CAT) em nome de pessoa jurídica. A exigência de atestados registrados nas entidades profissionais competentes deve ser limitada à capacitação técnico-profissional, que diz respeito às pessoas físicas indicadas pelas empresas licitantes. (Acórdão 1542/2021-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER. ÁREA: Licitação | TEMA: Qualificação técnica | SUBTEMA: Conselho de fiscalização profissional. Outros indexadores: Pessoa jurídica, Pessoa física, CREA, Atestado de capacidade técnica. Publicado: Boletim de Jurisprudência nº 363 de 19/07/2021).

CAPÍTULO VI

O Papel Híbrido do Assessoramento Jurídico na NLLC

Rodrigo Martiniano Ayres Lins

1. Introdução

A evolução da legislação sobre licitações e contratos no Brasil demonstra um esforço contínuo para aprimorar os processos, aumentar a transparência e assegurar a efetividade na gestão dos recursos públicos. Neste contexto, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (BRASIL, 2021), representa um marco significativo, trazendo profundas mudanças que visam modernizar os procedimentos licitatórios no país.

Essa nova lei não apenas substitui e unifica as normas anteriores, como a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/2011), mas também introduz uma série de inovações com o objetivo de tornar mais eficientes os procedimentos licitatórios. Esta modernização reflete as lições aprendidas ao longo das últimas décadas, além das melhores práticas internacionais no que tange à gestão de recursos públicos.

Contudo, toda mudança legislativa, por mais benéfica que seja, traz em seu bojo desafios e dúvidas interpretativas. As nuances da Lei nº 14.133/2021 são muitas e seu texto legalrequer uma análise atenta para garantir sua correta aplicação. Surge, assim, uma demanda acentuada por profissionais capacitados, que possam orientar, assessorar e garantir que a legislação seja cumprida em sua plenitude, mantendo-se fiel ao espírito da lei e aos princípios que a norteiam.

É nesse cenário que a importância do assessoramento jurídico se torna ainda mais latente e foi expressamente previsto na Nova Lei de Licitações como uma das linhas de defesa da legalidade. A responsabilidade é imensa, pois os impactos de uma interpretação inadequada podem reverberar em con-

tratos milionários, litígios judiciais e, em última análise, na qualidade dos serviços prestados à população.

A Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), durante anos, moldou a estrutura dos processos licitatórios no Brasil. Dela, extraímos o papel de órgão de assessoria, responsável, entre outras coisas, pela aprovação de minutas de editais, contratos e demais documentos formais, bem como pareceres sobre dispensa e inexigibilidade, tal qual delineado no parágrafo único de seu artigo 38.¹ Contudo, o advento da Lei nº 14.133/2021 trouxe consigo uma evolução notável no papel desse órgão assessor.

Ao trazer para cena o artigo 52 da nova Lei, o legislador vislumbra uma mudança paradigmática. Em vez de se ater apenas à revisão de minutas de editais, o órgão de assessoramento jurídico agora é incumbido de realizar um controle prévio de legalidade, analisando juridicamente a totalidade da contratação. Esse controle não é superficial, mas, conforme expresse, uma avaliação aprofundada sobre todos os elementos indispensáveis, porém de conteúdo jurídico.

A nova Lei de Licitações, com sua ênfase renovada no papel do órgão de assessoramento jurídico, traz à luz uma perspectiva moderna e multidimensional da licitação pública. Onde antes víamos principalmente um papel de revisão e aprovação, agora encontramos uma figura ativa, envolvida em múltiplas etapas do processo, garantindo legalidade e, ao mesmo tempo, apoiando e orientando a administração pública. Esta reformulação reflete um compromisso legislativo com a transparência, eficiência e, acima de tudo, com a supremacia do interesse público.

Dentro dessa linha de ideias, na primeira seção do artigo será abordado como até então tem sido interpretada a emissão de pareceres jurídicos no âmbito dos procedimentos licitatórios. Em seguida, o artigo trata da responsabilidade dos pareceristas e, ao final, do papel verdadeiramente híbrido das assessorias jurídicas, que envolve posturas ativas e de revisão. Por fim, o artigo aborda a possibilidade de utilização de inteligência artificial para realização de certas tarefas jurídicas, sem desprezar o papel da assessoria jurídica.

¹ Embora a Lei n.º 8.666/93 apenas trouxesse essa disposição para a atividade de assessoria jurídica, é certo que no âmbito prático os órgãos também se manifestavam sobre outros temas, a exemplo de aditivos de prazo e de valor, pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro, aplicação de sanções, dentre outros temas.

Este artigo, portanto, busca elucidar a importância e as responsabilidades inerentes ao assessoramento jurídico no contexto da Lei nº 14.133/2021, destacando os principais pontos de inovação, os desafios na interpretação e aplicação da legislação e a centralidade deste papel na efetivação de licitações e contratos alinhados com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

2. O Parecer Jurídico em Procedimentos Licitatórios

Em meio às complexidades e nuances da administração pública, a figura do administrador é muitas vezes colocada sob escrutínio, não apenas por sua atuação direta, mas também por decisões que adota baseado em orientações e pareceres de terceiros. Contudo, é fundamental compreender que o papel do administrador, em grande medida, se constrói sobre o alicerce do assessoramento técnico e jurídico ao qual ele tem acesso. Deste modo, o parecer jurídico bem fundamentado torna-se uma peça crucial, não apenas para orientação, mas também como mecanismo de proteção jurídica do administrador.

O Tribunal de Contas da União (TCU), ao longo de sua atuação, tem consolidado o entendimento de que, quando o administrador age com base em parecer jurídico, que adota tese juridicamente razoável, ele, em princípio, não pode ser condenado por eventuais consequências dessa ação. Esse posicionamento reflete a percepção de que o administrador, ao seguir um parecer técnico-jurídico, demonstra boa-fé e zelo pelo cumprimento da legislação, mesmo que posteriormente aquela interpretação venha a ser questionada ou superada.

Essa perspectiva é corroborada pela doutrina administrativista, que compreende a necessidade de proporcionar ao agente público uma margem de segurança para que exerça suas funções sem o constante temor de retaliações jurídicas. O entendimento é de que a responsabilização do administrador deve ocorrer nos casos em que há dolo ou culpa grave (erro grosseiro), e não em situações em que ele age amparado por uma orientação jurídica robusta e fundamentada.

Porém, é importante ressaltar que essa salvaguarda não serve como um cheque em branco para o administrador. A tese jurídica adotada no parecer deve ser razoável e plausível dentro do universo jurídico. Ademais, o parecer jurídico não pode ser usado de maneira estratégica ou manipulativa para

justificar decisões que, à luz da boa administração pública, são evidentemente inadequadas ou desprovidas de bom senso.

A atuação do administrador, portanto, deve ser pautada pela legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. E, quando ele se orienta por pareceres jurídicos que reflitam estes princípios, alicerçados em fundamentos sólidos e teses razoáveis, ele está não só agindo em conformidade com a lei, mas também fortalecendo as bases do Estado Democrático de Direito.

Pelo que se observa, portanto, o parecer técnico jurídico está dentro de uma centralidade que lhe torna essencial no âmbito dos procedimentos de licitação e, diante desse fato e de suas notórias repercussões, há de se analisar também a responsabilidade daqueles que os emitem, o que será abordado mais detidamente na segunda seção deste artigo.

Seguindo a conceituação de Celso Antônio Bandeira de Mello, o parecer técnico é, essencialmente, uma manifestação opinativa (MELLO, 2015, p. 454). É a voz de um órgão consultivo expondo sua análise sobre um determinado tema que lhe foi apresentado. O processo licitatório, como meio formal de contratação pela Administração Pública exige um meticuloso e detido escrutínio dos aspectos jurídicos e técnicos que o compõem. É uma opinião, mas que deve ser detidamente lastreada na estrita legalidade e entendimentos pacificados pelos órgãos de controle e judiciais, quando for o caso.

O parecer serve, antes de tudo, como um instrumento de segurança jurídica. O procedimento licitatório, com suas múltiplas fases, desde a habilitação até a homologação, é permeado de nuances legais que necessitam de análise detida para assegurar que a Administração Pública aja em estrito cumprimento à legislação vigente. Um parecer inadequado ou superficial pode levar a falhas processuais, com consequentes prejuízos financeiros e danos à imagem do ente público.

Em síntese, o parecer técnico jurídico nos procedimentos de licitação não é mera formalidade; é uma peça-chave que confere legitimidade, transparência e efetividade ao intrincado processo de contratação pública. Sem ele, o Gestor Público estaria navegando em águas turvas, vulnerável a questionamentos legais e insatisfações contratuais. Com o poder e a essencialidade do parecer vem também a responsabilidade daquele que o emite.

3. A Responsabilidade do Parecerista na Interpretação e Aplicação da Nova Lei de Licitações e Contratos

A atividade jurídica, especialmente no âmbito público, é repleta de nuances, controvérsias e reflexões. O advogado público parecerista, enquanto profissional que oferece subsídios técnicos e jurídicos para embasar decisões administrativas, ocupa uma posição central nesse processo. A confiança depositada em seu trabalho não é apenas um reconhecimento de sua expertise, mas também carrega consigo uma profunda responsabilidade ética, técnica e legal.

É incontestável que os integrantes da assessoria jurídica não podem se furtar das consequências decorrentes do desempenho inadequado de suas funções. (JUSTEN FILHO, 2011, p. 379). Um parecer mal elaborado, que omite riscos ou que não enfrenta questões jurídicas controversas, pode levar a Administração Pública a tomar decisões equivocadas, com graves repercussões para o interesse público. Quando o parecerista identifica um defeito jurídico, tem o dever inafastável de apontá-lo. Omitir-se, nesse contexto, equivale a falhar no desempenho de sua função essencial.

Entretanto, é importante destacar que o universo jurídico é marcado por constantes debates e evoluções. Há temas que, mesmo diante da vastidão de jurisprudência e doutrina, permanecem controversos e suscetíveis a diferentes interpretações. Nessas situações, o advogado público parecerista não deve, simplesmente, optar por uma visão e desconsiderar as demais. Ao contrário, é seu dever consignar as diversas perspectivas existentes, apresentando de maneira clara e objetiva os argumentos que sustentam cada uma delas.

O propósito dessa abordagem ampla não é gerar indecisão ou insegurança jurídica. Pelo contrário, é garantir que as autoridades executivas, ao tomarem suas decisões, o façam de maneira informada, estando cientes dos riscos e benefícios de cada opção. A responsabilidade do parecerista, assim, não se limita a apresentar uma resposta, mas a contextualizar essa resposta dentro do cenário jurídico mais amplo.

É preciso destacar que a responsabilidade do advogado público parecerista não se manifesta apenas em consequências administrativas ou profissionais. A ausência de diligência, a má-fé ou a negligência grave em sua atuação podem ter implicações em esferas mais amplas, incluindo a civil e a penal.

De se observar, contudo, que o Brasil não se reconhece a figura do “parecer vinculante”, de modo que não há previsão legal que obrigue o administrador a decidir estritamente de acordo com a opinião técnica expressa em um parecer ou a se abster de decidir. O parecer jurídico, independentemente de sua natureza mandatória ou facultativa, jamais retira do administrador a discricionariedade e responsabilidade final sobre a decisão. Inclusive, permite que o administrador possa revisar ou modificar sua proposta inicial e solicitar uma nova avaliação jurídica sobre o assunto.

O Supremo Tribunal Federal, ao longo do tempo, tem firmado compreensão nesse sentido. O Excelso Pretório sustenta que o papel desempenhado pelo parecerista não o transmuda em administrador (MS nº. 24.073-3/DF). Ele não assume, por exemplo, as responsabilidades típicas da gestão administrativa, como a prestação de contas perante tribunais de contas. Enquanto o administrador está incumbido de administrar, o parecer conserva sua natureza intrínseca de opinião. Sua compulsoriedade, quando existente, não lhe retira a natureza consultiva.

Mais especificamente sobre a responsabilidade do parecerista, entendeu-se no Mandado de Segurança (MS) 24.631/DF, que teve relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, que a responsabilização pessoal decorrente de parecer técnico-jurídico de natureza opinativa somente se manifestaria quando evidenciada a culpa ou erro grosseiro do agente. O conceito de “culpa” ali discutido está intrinsecamente associado ao de “erro grosseiro”. Isto é, não se trata de qualquer culpa, mas daquela que revela um descuido exacerbado, um desvio evidente da prudência que deveria nortear a conduta do servidor.

Este entendimento não ficou restrito ao MS 24.631/DF. O Supremo, em outras oportunidades, manteve coerência em suas decisões. É o que se verifica no MS 36.025 MC/DF, sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia. Neste, a Corte decidiu que a responsabilidade do parecerista se dá nos casos de dolo ou erro grosseiro, reforçando o padrão de atuação que deve ser esperado dos servidores e os limites dentro dos quais eles estão protegidos.

Deste modo, é imperativo que os agentes públicos estejam cientes de suas responsabilidades, porém, é igualmente importante que sejam resguardados quando estiverem atuando dentro da margem de discricionariedade que lhes é conferida. A jurisprudência do STF, nesse sentido, busca garantir que

servidores não sejam penalizados por decisões técnicas tomadas de boa-fé, mas que também não se desviem da prudência e da diligência exigidas por suas funções. Em síntese, o erro grosseiro e o dolo surgem como balizas para a responsabilização, promovendo um equilíbrio entre proteção ao interesse público e segurança jurídica aos servidores.

Neste prisma, torna-se evidente que os pareceristas públicos, ao desempenharem suas funções na advocacia do Estado, não podem ser responsabilizados pelo simples exercício de sua atividade opinativa. É uma prerrogativa inerente ao ofício daquele que emite o parecer. A eventual responsabilização, considerada excepcional, só encontra espaço na presença de comportamento doloso ou de um erro manifestamente inescusável. Assim, a mera divergência de interpretações ou a adoção de posicionamento jurídico que posteriormente venha a ser revisado não constituem fundamentos suficientes para imputar responsabilidade ao parecerista público.

De toda sorte, os advogados públicos estão sim sujeitos a determinados graus de responsabilidade decorrentes do exercício de suas atribuições, caso tenham agido com dolo ou erro inescusável (grosseiro). Seja no âmbito administrativo, civil, penal ou em casos de improbidade administrativa, a atuação desse profissional não está imune ao escrutínio e possíveis consequências, a seguir enumeradas.

- (i) **Responsabilidade Administrativa:** no âmbito interno de sua atuação, o advogado público pode ser responsabilizado por falhas, negligências ou omissões que violem normas e regulamentos internos do órgão ou entidade em que atua. Tal responsabilidade pode resultar em sanções disciplinares, que vão desde advertências até a demissão do serviço público. Demandará, por óbvio, o necessário Processo Administrativo Disciplinar (PAD), em que se garante ampla defesa e contraditório.
- (ii) **Responsabilidade Civil:** o advogado público pode ser responsabilizado civilmente quando suas ações, ou omissões, causam danos a terceiros. Embora o Estado geralmente seja o principal responsável pelos atos de seus agentes, em determinadas circunstâncias, especialmente quando há dolo ou culpa grave, o advogado público pode ser acionado para reparar o dano de forma regressiva pelo próprio Estado, após este ter indenizado a vítima. Essa responsabilidade tem natureza subjetiva, à luz do que

estabelece o art. 927, do Código Civil (BRASIL, 2002). Se o dano, contudo, for causado em face da própria administração pública, a responsabilização ocorre por Processo Administrativo Disciplinar – PAD e, quando decorrente de improbidade, em ação especial própria. (RIBOLI, 2016, p. 79).

- (iii)** Responsabilidade Penal: assim como qualquer cidadão, o advogado público está sujeito à legislação penal. Se, no exercício de suas funções, cometer um delito, devidamente tipificado em lei, pode ser processado e condenado penalmente. A responsabilidade penal visa punir condutas ilícitas que afetem bens jurídicos tutelados, como, por exemplo, a prática de corrupção.
- (iv)** Responsabilidade por Improbidade Administrativa: a Lei de Improbidade Administrativa, sancionada no Brasil em 1992 (BRASIL, 1992), veio como uma resposta firme e necessária contra os atos de corrupção e má gestão na administração pública. A norma tem como intuito proteger o patrimônio público de atos que possam acarretar prejuízos financeiros, além de garantir a integridade e os princípios da administração pública.

O processo licitatório, em particular, é uma das principais ferramentas utilizadas pela administração pública para adquirir bens ou serviços, sendo essencial que este procedimento ocorra com total transparência, legalidade e moralidade. A frustração da licitude deste processo, por exemplo, conforme destacado pelo artigo 10, VIII, da Lei, é considerada um ato de improbidade administrativa.

Nesse cenário, o papel do advogado público é de suma importância. Ele é o responsável por orientar e garantir que as ações da administração pública estejam em conformidade com as leis vigentes. Quando um advogado público emite um parecer relacionado ao processo licitatório, espera-se que ele atue de maneira imparcial, com base em conhecimento técnico-jurídico e em conformidade com os princípios éticos de sua profissão.

Se esse profissional, por ação ou omissão dolosa, emitir um parecer que venha a frustrar a licitude de um processo licitatório, ele pode ser considerado coautor ou partícipe do ato de improbidade. Isso implica que o advogado público pode sofrer as consequências previstas na Lei de Improbidade, como a perda de bens, ressarcimento ao erário, suspensão de direitos políticos, entre

outras sanções. Além disso, ele pode enfrentar repercussões disciplinares perante a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e outros órgãos competentes.

No entanto, é crucial distinguir entre pareceres que, por eventual equívoco ou interpretação jurídica divergente, possam resultar em alguma irregularidade e aqueles emitidos com a intenção clara de beneficiar partes ou causar prejuízos ao erário. A improbidade pressupõe a presença de dolo, ou seja, a intenção de cometer uma ação ímproba.

Em suma, o advogado público, assim como qualquer outro servidor, tem o dever de agir com probidade, ética e em conformidade com as leis. Quando atua na análise e orientação de processos licitatórios, seu papel é ainda mais relevante, visto que o impacto de suas decisões pode afetar diretamente a integridade dos recursos públicos e a confiança da sociedade na administração pública.

É fundamental ressaltar que a responsabilização do advogado público, em qualquer uma dessas esferas, sempre deve observar os princípios do contraditório e da ampla defesa. O exercício da advocacia pública possui particularidades e desafios que, muitas vezes, colocam o profissional diante de decisões complexas e cenários jurídicos ambíguos. Portanto, qualquer avaliação de sua conduta deve considerar o contexto, as circunstâncias e a natureza técnica de suas atribuições.

A responsabilidade do advogado público é um mecanismo essencial para garantir a integridade, eficiência e moralidade no exercício da função pública. No entanto, a aplicação dessas responsabilidades deve ser feita com prudência e justiça, reconhecendo a relevância e a complexidade da advocacia pública no âmbito do Estado Democrático de Direito. De toda forma, a “ausência de responsabilidade pressupõe a demonstração de estar o parecer alicerçado em tese aceitável, lastreada em doutrina e jurisprudência”, conforme decidiu o STF, nos autos do MS n.º 24.584-1/DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio.

A nova Lei de Licitações representa um avanço significativo na normatização das licitações no Brasil. Entretanto, com grandes mudanças vêm grandes responsabilidades. A correta interpretação e aplicação da lei são fundamentais para garantir a efetividade das licitações e proteger o interesse público.

Erros e omissões podem ter consequências graves, razão pela qual a formação contínua e a prudência devem ser nortes constantes para os profissionais envolvidos.

A atuação do advogado público transcende a mera elaboração de documentos: é um compromisso com a ética, com a transparência e, acima de tudo, com o bem comum. Ao desempenhar suas funções com rigor e integridade, o parecerista não apenas honra sua profissão, mas contribui de maneira decisiva para a construção de uma administração pública mais justa, eficiente e alinhada aos princípios democráticos.

4. O Papel Híbrido dos Órgãos de Assessoramento Jurídico na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

A evolução do ordenamento jurídico, sobretudo em matérias tão sensíveis quanto as licitações e contratações públicas, naturalmente exige a readaptação e reformulação das estruturas e procedimentos dos órgãos envolvidos. A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA) trouxe consigo uma série de inovações que impactam diretamente a função do assessoramento jurídico, demandando uma atenção especial à forma como a Advocacia Pública conduz suas atividades nesse setor.

Diferentemente da Lei nº 8.666/1993, a NLLCA dá um destaque notório ao órgão de assessoramento jurídico e a seus integrantes. Enquanto a lei anterior apresentava uma concepção mais limitada, focada principalmente na análise dos instrumentos contratuais, a nova legislação reconhece e valoriza a importância do papel consultivo dessa assessoria. Tal mudança não é meramente simbólica, mas reflete uma compreensão mais moderna e integrada do papel do jurídico na administração pública.

Em princípio, a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, conhecida como a Lei de Licitações e Contratos, estabeleceu, em seu art. 38, a necessidade de aprovação das minutas de editais, contratos, acordos, convênios ou ajustes pelo setor responsável pelo assessoramento jurídico da entidade licitante. Esta disposição consagrava uma fase obrigatória de análise jurídica que

se destinava a averiguar a conformidade dos instrumentos convocatórios e contratuais com o ordenamento jurídico vigente.

A doutrina já entendia, contudo, que o órgão jurídico poderia realizar outros tipos de análise, tais como: há autorização para a abertura do processo licitatório pela autoridade competente? Existe ato atestando previsão orçamentária? O termo de referência tem em seu conteúdo os elementos normativos mínimos a caracterizar o objeto? O objeto está descrito de forma clara e objetiva (minimamente compreensível)? Há justificativa para a aquisição? Há fundamento para o quantitativo solicitado? Há lastro (justificativa) para as especificações técnicas? (FRANCO NETO, 2022, p. 64) A atuação, portanto, não se dava na prática de modo tão restrito quanto se estabelecia na LLC/93.

Entretanto, com a promulgação da Nova Lei de Licitações, ocorreu uma evolução no tratamento dessa matéria. O art. 53 da referida norma substitui a antiga redação do art. 38 da Lei n.º 8.666/93 e institui o “controle prévio de legalidade” ao final da fase preparatória. Em vez de simplesmente se centrar na aprovação de minutas, o novo dispositivo adota uma perspectiva mais ampla, buscando assegurar a legalidade de todo o procedimento preparatório da licitação.

Esta mudança, mais do que semântica, reflete uma compreensão renovada sobre a importância do controle jurídico no processo licitatório. O controle prévio de legalidade proporciona um novo olhar, que visa identificar possíveis incompatibilidades, inconsistências ou desconformidades com a legislação em vigor, minimizando riscos de impugnações, recursos ou, até mesmo, anulações do procedimento licitatório.

Em suma, o órgão de assessoramento jurídico, ao realizar esse controle prévio, exerce uma função essencial de tutela do interesse público, garantindo que as licitações, desde sua fase preparatória, estejam alinhadas com os princípios e normas que regem a Administração Pública.

A nova lei reforça também o caráter propositivo do órgão de assessoramento jurídico, fazendo alusão ao seu papel constitucional de guia e suporte aos demais órgãos da administração. Neste sentido, o artigo 8º, §3º, da NLLC destaca a possibilidade de o assessoramento jurídico apoiar várias frentes, desde a atuação do agente de contratação até a atuação

dos fiscais e gestores de contratos. Este papel é ainda mais enfatizado ao se considerar o artigo 19, IV, que cita a sua função auxiliar na elaboração de modelos de minutas de editais. Adicionalmente, o artigo 168, parágrafo único, estipula que o assessoramento jurídico deve ser um suporte constante para o fiscal do contrato, auxiliando-o na prevenção de riscos durante a execução contratual.

A transição de um modelo mais restrito de controle para um formato que engloba a consultoria jurídica propriamente dita indica uma visão mais proativa do assessoramento jurídico, daí sua natureza híbrida ou de “dupla dimensão”. (JUSTEN FILHO, 2021, p. 642). Em vez de apenas analisar e apontar falhas ou incoerências apenas após sua ocorrência, a ideia é que o jurídico atue de maneira preventiva, orientando, esclarecendo dúvidas e colaborando na elaboração de editais, contratos e outros instrumentos. Tal atuação visa a prevenção de litígios, otimização dos processos licitatórios e maior segurança jurídica nas contratações públicas.

Em síntese, a Lei nº 14.133, ao detalhar o papel das unidades de assessoramento jurídico, não apenas reconhece sua importância estratégica na gestão e controle das contratações públicas, mas também estabelece um roteiro claro para sua atuação, ressaltando a necessidade de um trabalho propositivo e integrado com os demais órgãos da administração. A modernização e aprimoramento das licitações e contratações públicas passam, indubitavelmente, por um assessoramento jurídico eficiente e alinhado com os princípios da administração pública.

Ao atualizar esse mecanismo de controle jurídico nas licitações, a Nova Lei de Licitações reafirma a importância da atuação preventiva do assessoramento jurídico e consolida sua função como guardião da legalidade, reforçando os pilares de eficiência, transparência e probidade administrativa.

Avançando sobre o conteúdo da NLLCA, percebe-se que também deve ser consultado o órgão de assessoramento jurídico nas contratações diretas, nos termos de seu art. 72. Por meio desse parecer, busca-se uma validação legal das razões que fundamentam a opção pela contratação direta, seja por inexigibilidade, quando, por exemplo, trata-se de um fornecedor único, seja por dispensa, em casos onde a lei prevê expressamente a desnecessidade de licitar.

A análise jurídica, nesse contexto, confere uma camada adicional de segurança ao ato administrativo, protegendo a administração de possíveis questionamentos ou responsabilizações futuras. Ao mesmo tempo, assegura-se que a contratação direta não seja utilizada de maneira indiscriminada ou em desconformidade com os princípios administrativos.

No entanto, a própria lei reconhece que em determinadas situações, a análise jurídica, ao invés de ser um instrumento facilitador, pode representar um entrave burocrático. Por isso, o art. 72 permite que, em hipóteses pré-determinadas pela legislação, a análise jurídica seja dispensada. Tal disposição visa dar maior celeridade a determinadas contratações, sobretudo aquelas de menor complexidade ou risco, sem, contudo, descuidar da proteção ao interesse público.

Esse equilíbrio entre controle e eficiência é um dos grandes desafios do novo marco regulatório. A flexibilização de algumas etapas, como a possibilidade de dispensa da análise jurídica em contratações diretas específicas, não significa o afrouxamento dos controles, mas sim uma adaptação às realidades e necessidades variáveis da Administração Pública.

Concluindo, o órgão de assessoramento jurídico, com sua atuação estratégica, tanto em licitações quanto em contratações diretas, ratifica sua importância na efetivação dos princípios administrativos. Em um cenário de constantes mudanças e evoluções legislativas, essa atuação preventiva e orientativa torna-se fundamental para garantir que as contratações públicas sejam realizadas de maneira legal, eficiente e transparente.

A NLLC classificou o assessoramento jurídico como segunda linha de defesa, juntamente com o controle interno do próprio órgão contratante. Esta classificação, delineada no artigo 169 da referida lei, propõe um sistema tripartite de controle. Enquanto os agentes públicos são indicados como a primeira linha de defesa, a terceira linha é composta pelo órgão central de controle interno e pelo tribunal de contas, funcionando de forma interligada e complementar.

Este sistema tripartite, todavia, não é apenas uma simples divisão de funções. O § 3º do artigo 169, ao detalhar a operacionalidade dessas linhas de defesa, estabelece diretrizes claras para a atuação de cada órgão. Seja dian-

te de impropriedades formais ou de possíveis danos à administração, a lei estipula o caminho que esses órgãos de controle devem seguir.

Além disso, a NLLCA também estabelece a obrigatoriedade de representação extrajudicial e judicial dos agentes que atuam com licitações e contratações públicas. Isso sugere um papel mais ampliado para a Advocacia Pública, que agora se vê na linha de frente da defesa dos interesses da administração e seus agentes em eventuais controvérsias relacionadas a licitações e contratos.

Tal reformulação estratégica implica em uma necessária capacitação e atualização dos profissionais envolvidos, que inclusive é exigência do art. 7º, da NLLCA, bem como uma revisão dos protocolos e práticas internas. O assessoramento jurídico, neste novo cenário, assume uma posição ainda mais central na garantia da legalidade, eficiência e transparência das licitações e contratações públicas.

A NLLCA, portanto, ao reconhecer e ampliar as atribuições do órgão de assessoramento jurídico, sinaliza uma nova era na relação entre o Direito e a Administração Pública na esfera das licitações e contratos. Esta nova fase desafia a Advocacia Pública a se aprimorar, buscando sempre a excelência e a integridade no desempenho de suas funções, em prol do bem comum e do interesse público.

5. Portal Nacional de Contratações Públicas, Assessoramento Jurídico e Inteligência Artificial

O Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), previsto no artigo 174 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133, de 2021), representa uma inovação estratégica para reformular a paisagem das contratações públicas no Brasil. Concebido como uma plataforma eletrônica centralizadora, o PNCP almeja disponibilizar informações relativas a todos os processos licitatórios e contratos administrativos executados por órgãos e entidades da Administração Pública, englobando a União, Estados, Distrito Federal e municípios.

Ao democratizar o acesso às informações sobre licitações e contratos, o PNCP não somente amplifica a transparência na administração pública, mas

também fortalece o poder de monitoramento e fiscalização da sociedade sobre as atividades administrativas. A centralização destes dados, sob uma perspectiva integrada, facilita análises comparativas, permitindo discernir práticas exemplares, detectar ineficiências e identificar inconsistências nos procedimentos adotados por diferentes órgãos.

Para além do âmbito da transparência, o Portal é um marco para a eficiência administrativa. Através de suas funcionalidades, os gestores públicos podem conduzir suas decisões relativas a licitações e contratos de maneira mais informada. Adicionalmente, o cruzamento de dados proporcionado pelo PNCP é uma ferramenta de suma importância na identificação proativa de irregularidades, potencializando as ações de controle e minimizando cenários de corrupção e má gestão do erário.

A concretização do PNCP, assim, transcende sua natureza tecnológica, configurando-se como uma clara expressão do comprometimento legislativo com os pilares da transparência, eficiência e integridade nas contratações públicas. Trata-se de uma iniciativa que consolida uma visão de administração aberta e colaborativa, onde a sociedade, munida de informação adequada, se posiciona como agente ativo no controle e fiscalização dos atos administrativos. Esta reconfiguração, inaugurada pela Lei nº 14.133/2021, solidifica os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência no contexto da administração pública brasileira.

Entretanto, “o legislador parece também ter ignorado que o próprio desenvolvimento tecnológico e a evolução do Painel Nacional de Contratações Públicas (PNCP) (art. 174) farão com que esta análise de conformidade jurídica seja feita pelo próprio sistema e não pelo órgão de assessoramento jurídico”. (PEDRA; TORRES, 2022, p. 102). O legislador, ao mesmo tempo que concebeu um cenário propício para a implementação de ferramentas de inteligência artificial (IA), parece não ter antevisto a amplitude e as implicações dessa revolução tecnológica sobre a tradicional função de análise jurídica.

A capacidade da IA em analisar grandes volumes de dados e identificar padrões é notável. No contexto das contratações públicas, a implementação adequada de sistemas de IA no PNCP pode resultar em uma ferramenta capaz de verificar automaticamente a conformidade jurídica de processos licitatórios, considerando as diversas nuances do ordenamento jurídico. Uma

vez que o sistema esteja devidamente alimentado e treinado com a normatização pertinente, sua eficiência em garantir a adequação dos atos e minutas ao que é legalmente estabelecido pode superar, em termos de rapidez e precisão, o trabalho humano.

Esse cenário pressupõe uma uniformização de procedimentos, onde atos e minutas padronizados são gerados com pouca margem para discrepâncias. Contudo, isso não significa que a função do assessoramento jurídico torna-se obsoleta. Pelo contrário, a IA é uma ferramenta, e não um substituto para o discernimento, a ética e a expertise humanos.

A inteligência artificial pode identificar inconformidades baseadas nos padrões e nas normas que lhe foram ensinadas, mas a interpretação jurídica, especialmente em situações complexas e inéditas, ainda exige a atuação de profissionais qualificados. Além disso, o próprio processo de treinamento e atualização dos sistemas de IA necessitará da supervisão e do input de especialistas jurídicos.

Em conclusão, embora a incorporação da inteligência artificial no universo das contratações públicas promova uma maior eficiência e reduza o espaço para desvios, é essencial reconhecer que a tecnologia é uma aliada, e não uma substituta, do trabalho humano. A complementaridade entre IA e assessoramento jurídico oferece uma oportunidade única para otimizar processos, garantir conformidade e, ao mesmo tempo, valorizar a expertise e o julgamento humano no âmbito das licitações e contratos públicos.

6. Considerações Finais

A análise profunda e minuciosa da Lei nº 14.133/2021, conhecida como a Nova Lei de Licitações, demonstrou claramente a evolução da legislação brasileira sobre licitações e contratos, traduzindo-se em um esforço genuíno de modernização e aperfeiçoamento dos processos licitatórios no país.

Ao unificar normas pré-existentes e introduzir inovações significativas, a nova legislação responde aos anseios de uma administração pública mais transparente, eficiente e, principalmente, alinhada com as melhores práticas internacionais. Esta evolução é mais notável na mudança de perspectiva

atribuída ao órgão de assessoramento jurídico. Em vez de uma figura passiva, destinada apenas à revisão, agora se desenha um agente ativo, que deve se envolver em etapas multifacetadas do processo licitatório.

No entanto, com a evolução vem a responsabilidade. Como foi evidenciado ao longo da análise, a nova legislação trouxe consigo um ônus interpretativo e aplicativo. A necessidade de um assessoramento jurídico mais robusto e envolvente se torna crucial para a correta aplicação da lei, visto que as ramificações de uma interpretação inadequada podem ser vastas, impactando contratos de grande magnitude, desencadeando litígios judiciais e afetando a qualidade dos serviços fornecidos à população.

A jurisprudência dos tribunais superiores, como o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Contas da União, demonstra a centralidade dos pareceres jurídicos em licitações e contratações públicas, consolidando a relevância do papel das assessorias jurídicas. Estas, por sua vez, enfrentam um desafio dúbio: precisam ser pró-ativas, assessorando e orientando os processos, e também devem manter sua função revisora, assegurando a conformidade e legalidade de todos os documentos e procedimentos.

Em última análise, a Lei nº 14.133/2021, ao reformular o papel do assessoramento jurídico, não apenas moderniza os procedimentos licitatórios, mas também reafirma os princípios basilares da administração pública. Ela eleva a importância da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, por meio do assessoramento jurídico, busca assegurar que tais pilares sejam devidamente observados.

Assim, os profissionais da área jurídica, especialmente aqueles envolvidos no assessoramento de licitações e contratações públicas, são convidados a se adaptar, atualizar e, acima de tudo, entender profundamente a nova legislação, a fim de contribuir efetivamente para uma administração pública mais transparente, eficaz e alinhada com o interesse público.

7. Jurisprudência

- *As atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo são de competência exclusiva da Advocacia-Geral da União, entre as quais se inclui a emissão do parecer prévio e obrigatório sobre a aprovação de*

minutas de contratos e de convênios a que alude o artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993. Tais atribuições não podem ser substituídas pelas opiniões emitidas por servidores, civis ou militares, bacharéis em Direito, sendo-lhes facultado, no máximo, auxiliar os trabalhos jurídicos dos membros do AGU. Acórdão 3241/2013-Plenário. RELATOR MARCOS BEMQUERER. DATA DA SESSÃO 27/11/2013.

- *REPRESENTAÇÃO - O cargo em comissão de consultor jurídico dos ministérios é de livre nomeação do Presidente da República, com as delegações devidas (art. 49, inciso II, c/c art. 58 da Lei Complementar 73/1993) . Ressalvados esse e os demais cargos de livre nomeação expressamente previstos em lei, o exercício das atividades de consultoria e assessoramento jurídico dos órgãos do poder Executivo compete exclusivamente aos membros das carreiras da Advocacia-Geral da União. Acórdão 1270/2015-Plenário – RELATOR: ANA ARRAES, DATA DA SESSÃO - 27/05/2015.*
- *Tomada de contas especial referente a prejuízos causados pela implantação de programa de remuneração variável e pela contratação de pareceres jurídicos para respaldá-lo. - TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVERSÃO DE AUDITORIA. GESTÃO RUINOSA. PROGRAMA DE REMUNERAÇÃO ANUAL POR ATINGIMENTO DE METAS. DISTRIBUIÇÃO DESCOMPROMISSADA DE RECURSOS ENTRE FUNCIONÁRIOS, A TÍTULO DE BONIFICAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE PARECERES JURÍDICO NA BUSCA DE RESPALDAR O PROGRAMA DE CARÁTER ILEGÍTIMO. CITAÇÃO. TENTATIVA DE TRANSFERIR RESPONSABILIDADES. DEFESAS REJEITADAS. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTAS. NOTIFICAÇÕES. ACÓRDÃO 10388/2022 - PRIMEIRA CÂMARA, DATA DA SESSÃO 06/12/2022, RELATOR: VITAL DO RÊGO.*

CAPÍTULO VII

Da Divulgação do Edital de Licitação e Julgamento das Propostas

UMA ANÁLISE DOS ARTIGOS 53 À 61 DA NLLC

Lorena de Souza Tavares

1. Divulgação do Edital de Licitação

Ao final da fase interna ou preparatória do certame licitatório, a Administração realizará a divulgação do Edital de Licitação, observado o Parecer Jurídico emitido com antecedência pelo órgão de assessoramento jurídico, que realizará o controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços e outros instrumentos congêneres, conforme preconiza o art. 53 da Lei nº 14.133/2021.

A análise jurídica é dispensável 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.

Após a análise do edital, todos os seus elementos, como minuta de termo de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros anexos, deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso, com sua publicação realizada mediante divulgação e manutenção de seus documentos e anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), como dispõe o art. 54 da Nova Lei de Licitações.²

² O Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é o sítio eletrônico oficial destinado à divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, segundo definição extraída do endereço eletrônico: <https://www.gov.br/pncp/pt-br/acesso-a-informacao/sobre-o-pncp/sobre-o-pncp>.

Ademais, além da disponibilização dos arquivos no Portal Nacional de Contratações Públicas, a publicação do extrato do edital deverá ser realizada no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município; a publicação do extrato do edital também deve ocorrer no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal diário de grande circulação. Os avisos de licitação também poderão ser publicados, facultativamente, em sítios eletrônicos oficiais, instituídos pelos entes federativos.³

2. Dos Prazos para a Abertura do Certame

A Nova Lei de Licitações traz mudanças significativas quanto aos prazos para divulgação (art. 55), agora estabelecidos a partir da combinação entre a natureza do objeto e o critério de julgamento, com prazos mínimos para apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital. Após a publicação, o edital passará da fase interna (preparatória), para a fase externa, momento em que o mercado e a sociedade passam a ter ciência do interesse da Administração Pública em licitar determinado objeto.⁴

Ressalta-se que o descumprimento dos prazos mínimos de divulgação, conforme previsto na legislação pertinente, configura-se uma afronta aos princípios da legalidade e da competitividade, ensejando nulidade ao procedimento licitatório. A seguir, é apresentado um quadro-resumo com os prazos previstos na nova lei:

FORMA OU REGIME DE CONTRATAÇÃO	CRITÉRIO DE JULGAMENTO	PRAZO
Aquisição de bens	Menor preço ou de maior desconto	Prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis
	Outros critérios de julgamento	Prazo mínimo de 15 (quinze) dias úteis

³ Art. 54 c/c §1º do art. 174 da Nova Lei de Licitações.

⁴ MÓDULO II - Fases Interna e Externa do Procedimento Licitatório. Comprasnet/BA, 2021. Disponível em <https://comprasnet.ba.gov.br/sites/default/files/modulo_ii_-_fases_interna_e_externa_do_procedimento_licitatorio_1.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2022.

FORMA OU REGIME DE CONTRATAÇÃO	CRITÉRIO DE JULGAMENTO	PRAZO
Serviços comuns, obras e serviços comuns de engenharia	Menor preço ou de maior desconto	10 (dez) dias úteis
Serviços especiais, obras e serviços especiais de engenharia	Menor preço ou de maior desconto	25 (vinte e cinco) dias úteis
Regime de contratação integrada	Independente do critério de julgamento, observado apenas o regime de contratação	60 (sessenta) dias úteis
Regime de contratação semi-integrada e hipóteses não abrangidas pelas alíneas “a”, “b” e “c” do inciso II do art. 55	Independente do critério de julgamento, observado apenas o regime de contratação	35 (trinta e cinco) dias úteis
Independente da contratação ou do regime de contratação, observado apenas o critério de julgamento	Critério de julgamento de maior lance	15 (quinze) dias úteis
Independente da contratação ou do regime de contratação, observado apenas o critério de julgamento	Critério de julgamento de técnica e preço ou de melhor técnica ou conteúdo artístico	35 (trinta e cinco) dias úteis

3. Dos Atos Ocorridos no Período de Divulgação do Edital

Em sequência à divulgação do edital, surgem os possíveis pedidos de esclarecimentos ou impugnações, com prazo de apresentação de 03 (três) dias úteis anteriores à abertura da sessão. Qualquer licitante interessado em participar da licitação ou qualquer cidadão, titulares que são do direito subjetivo de petição aos poderes públicos (Constituição Federal, artigos 5º, incisos XIV e XXXIII, e 37, §3º, incisos I e II), é parte legítima a solicitar esclarecimentos com o objetivo de elucidar dúvidas ou apresentar Impugnações

aos quesitos jurídicos ou técnicos que, aparentemente, encontram-se em desconformidade com a Lei nº 14.133/2021.

As respostas aos pedidos de esclarecimentos e às Impugnações vinculam tanto a Administração quanto os participantes.

Uma das consequências às respostas aos pedidos de esclarecimentos e às Impugnações poderá ser a republicação do edital, com a recontagem do prazo previsto na legislação, nos termos do art. 55, § 1º:

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

Como efeito das modificações no Edital que alterem a formulação das propostas e, conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU, deverão ser reabertos os prazos para apresentação de propostas, conforme segue:

Registre-se que, segundo a jurisprudência pacífica do TCU, é necessária a republicação do edital e a reabertura de prazos para apresentação de propostas nos casos em que há alteração significativa de cláusulas editalícias, capaz de afetar as propostas dos licitantes, a exemplo do exposto nos Acórdãos 658/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Aroldo Cedraz, e 2.179/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Subs. Weder de Oliveira.⁵

Ademais, recente julgado do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE-SP reforça a necessidade de respeito aos princípios da publicidade e da isonomia, ao dispor sobre a necessidade de reabertura de prazo após respostas a pedidos de esclarecimentos que tenham alteração interpretativa e não apenas esclarecedora, conforme segue:

LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SISTEMAS E EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE TECNOLOGIA PELO MUNICÍPIO DE SANTOS. RESPOSTAS A PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS FEITOS POR MEIO DE MENSAGEM ELETRÔNICA QUE FLEXIBILIZARAM

⁵ Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2.032/2021 – Plenário. Relator: Min. Raimundo Carreiro. [S.l.: s.n.], 2021. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/Plen%25C3%25A1rio%2520Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%2520n%25C2%25BA%25202.032%252F2021/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%25C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520> > Acesso em: 27 jul. 2022.

EXIGÊNCIAS CONSTANTES DO EDITAL E IMPLICARAM ALTERAÇÃO SIGNIFICATIVA NAS REGRAS DO CERTAME, SEM AMPLA DIVULGAÇÃO DAS MODIFICAÇÕES AOS INTERESSADOS E SEM REABERTURA DE PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS. Violação aos princípios da publicidade e isonomia entre os licitantes. Nos termos do art. 21, § 4º da Lei de Licitação, qualquer alteração feita no edital de licitação exige a mesma divulgação que foi dada ao texto original. Ilegalidade caracterizada. **Sentença concessiva da segurança para que a autoridade coatora publique, por edital, o teor das respostas aos pedidos de esclarecimentos apresentados e reabra o prazo para apresentação das propostas.** Recurso oficial não provido.⁶

É de bom alvitre mencionar que a Nova Lei de Licitações expressou o prazo de resposta pela Administração aos pedidos de esclarecimentos e às Impugnações, sendo de até 03 (três) dias úteis, desde que seja obedecido o último dia anterior à abertura do certame, como forma de resguardar os princípios da competitividade, da transparência, da publicidade e da isonomia, conforme preconiza o art. 164 da Lei nº 14.133/2021.

A contagem do prazo para apresentação da impugnação é relevantemente doutrinada por Jacoby, em análise à antiga lei, sendo aplicável a mesma interpretação à Nova Lei:

A contagem do prazo para impugnação se faz com a observância da regra geral do art. 110 da Lei nº 8.666/1993, tendo por termo inicial a data estabelecida para o da apresentação da proposta”. Para facilitar o entendimento, exemplifica a seguinte situação: “O dia 19 foi fixado para a realização da sessão e, na forma da contagem geral de prazos, não se computa o dia do início. O primeiro dia na contagem regressiva é o dia 18; o segundo, o dia 17. Portanto, até o dia 16, último minuto do encerramento do expediente no órgão, poderá o licitante e qualquer cidadão impugnar o edital ou requerer esclarecimentos.⁷

É importante ressaltar que em posicionamento recente, o Tribunal da Contas da União manifestou-se pela irregularidade de limitar a impugnação ao horário de expediente do Órgão:

[...] limitação do prazo de impugnação do edital ao horário de funcionamento da entidade, vez que a impugnação pode ser feita de maneira remo-

⁶ TJ/SP – RN nº 1016331-13.2017.8.26.0562

⁷ FERNANDES, J.U. Jacoby. Sistema de registro de preços e pregão eletrônico presencial e eletrônico. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 539.

ta, pela internet, não exige funcionários da entidade de prontidão para o seu recebimento e não interfere no horário de início da análise de impugnação, sendo tal condição excessivamente formal; [...] Além disso, as impugnações seriam enviadas de forma eletrônica, e, independentemente do horário de encaminhamento, 17:30h ou apenas as 23:59h. da data limite, por exemplo, só seriam analisadas pelo Sebrae-DN no dia seguinte.”⁸

Portanto, o horário para recebimento de impugnação ao edital não poderá ser condicionado ao funcionamento do Órgão ou Entidade, devendo ser aceito até às 23h:59min do último dia do prazo previsto na legislação.

4. Dos Modos de Disputa

Na fase preparatória do processo licitatório, conforme disciplina o art. 18 da Lei nº 14.133/2021, é necessário definir o modo de disputa, disciplinando como será realizada a seleção da proposta mais vantajosa que se caracteriza por aquela que segue os critérios objetivos definidos no edital, e não com base na escolha dos julgadores em considerar válida a proposta pela própria vantagem econômica que ela traria para a Administração.⁹

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

[...]

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

Os modos de disputa contemplados pela Nova Lei de Licitação são descritos como aberto e fechado, segundo o caput do art. 56, e podem ser utilizados de forma isolada ou conjuntamente:

⁸ ACÓRDÃO 969/2022 – PLENÁRIO – TCU.

⁹ TCU, Acórdão nº 683/2009, Plenário, Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, DOU de 09.04.2009.

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

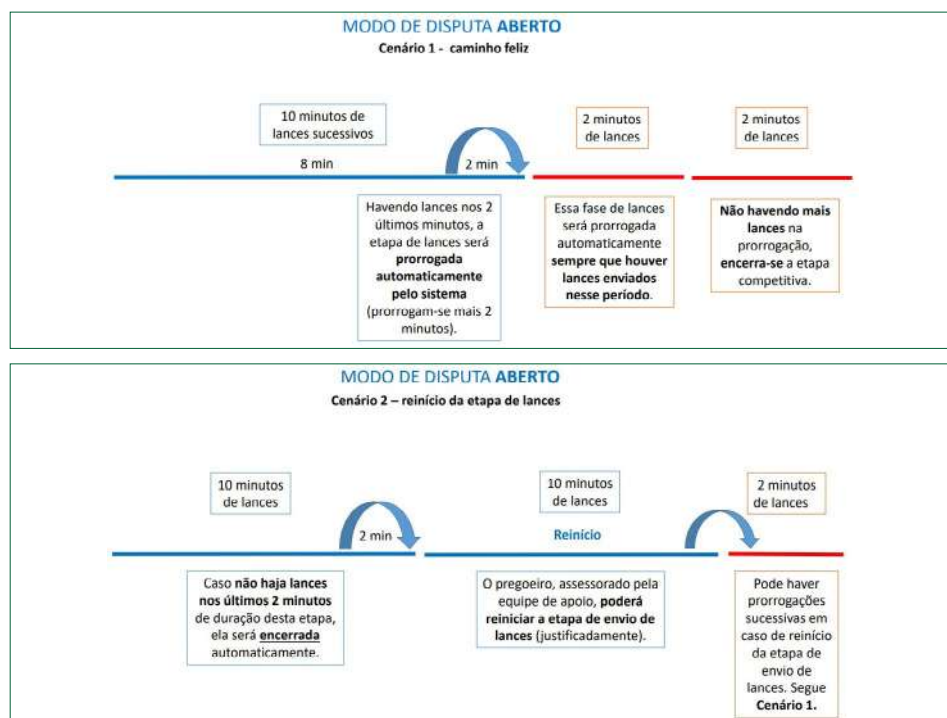
I - aberto, hipótese em que os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes; (grifo nosso)

II - fechado, hipótese em que as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação. (grifo nosso)

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

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

No modo de disputa denominado de “aberto”, os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, semelhante ao utilizado atualmente na modalidade pregão, sendo vedada a sua utilização quando adotado o critério de julgamento de técnica e preço.

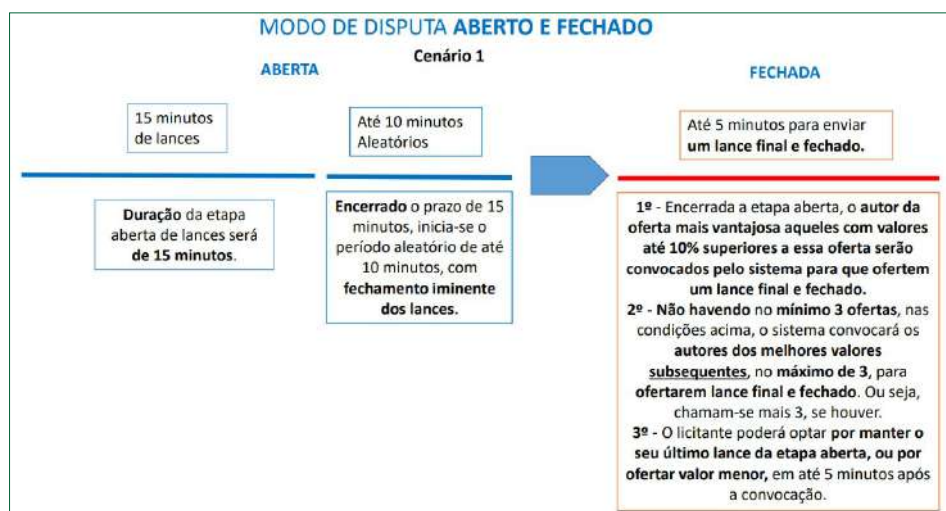


Fonte: gov.br¹⁰

¹⁰ MODOS de disputa. Disponível em < https://www.gov.br/compras/pt-br/images/ultimas_noticias/Modos-de-Disputa--passo-a-passo--05112019.pdf > Acesso em: 28 jul. 2022.

No modo de disputada “fechado”, todas as propostas permanecerão em sigilo até o momento designado para sua divulgação, sendo vedada a sua utilização quando o critério de julgamento for menor preço ou de maior desconto.

Logo, destaca-se que, como na modalidade pregão somente poderá ser adotado o critério de julgamento menor preço e maior desconto, o modo de disputa a ser utilizado será o “aberto” de forma isolada ou o modo “fechado/aberto” de forma conjunta, sendo vedada a utilização do modo fechado, o mesmo ocorre quando a concorrência for definida nos mesmos critérios de julgamento do pregão.



Fonte: gov.br¹¹

Dessa forma, o Administrador deverá estipular no edital o critério de julgamento e modo de disputa, seguindo as regras definidas na Nova Lei de Licitações:

MODO DE DISPUTA	CRITÉRIO DE JULGAMENTO
ABERTO (ISOLADO)	Menor preço, Maior desconto, Maior oferta, Maior retorno econômico
FECHADO (ISOLADO)	Melhor técnica e preço, Melhor técnica ou conteúdo artístico, Maior retorno econômico
ABERTO/FECHADO (CONJUNTAMENTE)	Menor preço, Maior desconto, Maior retorno econômico

¹¹ MODOS de disputa. Disponível em < https://www.gov.br/compras/pt-br/images/ultimas_noticias/Modos-de-Disputa---passo-a-passo--05112019.pdf > Acesso em: 28 jul. 2022.

5. Do Intervalo Mínimo Entre os Lances

Conforme preceitua o art. 57 da Nova Lei de Licitações, o edital poderá estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, impactando nos lances intermediários, considerados pela legislação como iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o critério de julgamento de maior lance; ou iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento, bem como na proposta que cobrirá a melhor oferta.¹

O Núcleo Zênite de Pesquisa e Desenvolvimento, plataforma de conteúdos pertinentes a contratações públicas, ressalta a finalidade e os benefícios da determinação de lances intermediários:

O licitante poderá efetuar lances intermediários, com a finalidade de conquistar posição mais vantajosa dentro da ordem de classificação. A Administração é beneficiada com essa possibilidade porque: a) permite que todos os licitantes ofereçam suas melhores propostas; e b) caso ocorra a inabilitação da vencedora do certame, os licitantes subsequentes terão sua oferta mais próxima da proposta vencedora.²

Portanto, caso o licitante arrematante/vencedor da disputa se recuse a celebrar o contrato, poderá a Administração convocar os demais licitantes, seguindo a ordem de classificação, para firmarem a contratação nos termos constantes em sua proposta já apresentada, ato que está em plena consonância com as regras licitatórias, mais precisamente no que diz respeito ao estabelecido no art. 89, §4º, I, da Nova Lei.

6. Da Ordem de Classificação das Propostas

Seguindo o disposto no art. 56, §4º da Nova Lei, após a definição da melhor proposta, se a diferença em relação à proposta classificada em segundo lugar for de pelo menos 5% (cinco por cento), o órgão poderá admitir o reinício

¹ Art. 56, §3º da Lei nº 14.133/2021.

² Orientação formulada em discussões realizadas pelo Núcleo Zênite de Pesquisa e Desenvolvimento. Disponível em: < <https://www.zenitefacil.com.br/zeniteFacil.jsp> > . Acesso em 27 jul 2022.

da disputa aberta, nos termos estabelecidos no instrumento convocatório, para a definição das demais colocações.

O legislador buscou resguardar a vantajosidade da contratação em todos os momentos do procedimento, visto que o reinício da disputa aberta proporcionaria preços ainda mais vantajosos para o erário. Portanto, corroborando com o explicitado anteriormente, caso o licitante melhor classificado tenha sua proposta desclassificada ou se recuse a assinar o contrato, os demais licitantes, que porventura sejam convocados, estarão com preços ainda mais próximos do melhor classificado.

7. Da Apresentação da Proposta Vencedora (Obras ou Serviços de Engenharia)

Nos termos do art. 56, §5º da Nova Lei, em se tratando de obras ou serviços de engenharia, após o julgamento, o licitante vencedor deverá reelaborar e apresentar à Administração, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como o detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES), com os respectivos valores adequados ao valor final da proposta vencedora, admitida a utilização dos preços unitários, no caso de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada, exclusivamente para eventuais adequações indispensáveis no cronograma físico-financeiro e para balizar excepcional aditamento posterior do contrato.³

8. Da Exigência de Garantia para Apresentação da Proposta

A Nova Lei de Licitações disciplinou mudanças quanto à exigência de garantia para apresentação de propostas, que anteriormente era definida como requisito de habilitação (qualificação econômico-financeira); agora é requisito de pré-habilitação, devendo ser apresentada juntamente com a proposta. A exigência de comprovação de garantia de proposta pelos licitantes deverá

³ Art. 56, §5 da Nova Lei de Licitações.

constar na fase preparatória do certame, pois, se for definida de forma indiscriminada, ferirá o princípio da competitividade, visto que restringirá a participação de licitantes interessados.

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

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

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

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

§ 4º A garantia de proposta poderá ser prestada nas modalidades de que trata o § 1º do art. 96 desta Lei.

A comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta não poderá ser superior a 1% (um por cento) do valor estimado para a contratação, conforme preceitua o art. 58 da Nova Lei, e deverá ser prestada nas modalidades descritas no art. 96 da mesma lei, quais sejam:

- a.** 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;
- b.** seguro-garantia;
- c.** fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.

A garantia prestada será devolvida aos licitantes participantes 10 (dez) dias úteis contados da assinatura do contrato ou da data em que for declarada fracassada a licitação. Ademais, caso o vencedor do certame se recuse a assinar o contrato ou documento hábil, bem como não apresente documentos pertinentes à formalização da contratação, será considerado executado o valor integral da garantia de proposta.

9. Do Julgamento Das Propostas

Nos termos do art. 59 da Nova Lei, as propostas serão desclassificadas quando:

- a.** contiverem vícios insanáveis;
- b.** não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital;
- c.** apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;
- d.** não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração;
- e.** apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.

A definição de vício insanável requer uma análise dos aspectos materiais, formais e de sua relevância. A falha formal ocorre quando o vício está na forma e não no conteúdo da proposta, como um erro na numeração de folhas ou o número do edital incorreto, por exemplo. Já a falha material está no conteúdo e não na forma do ato, que prejudica substancialmente o ato, maculando sua essência e substância, como a ausência na proposta de custos relativos a itens decorrentes de convenção coletiva de trabalho em categoria envolvida na contratação, por exemplo. Conforme definido pelo art. 139 do Código Civil, o erro é substancial quando a falsa percepção da realidade influenciar a própria iniciativa de realizar o negócio jurídico.⁴

O art. 12 da Nova Lei de Licitações aduz atenção ao formalismo exacerbado na análise das propostas, mais precisamente quanto às exigências meramente formais:

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;

⁴ Art. 19, do Código Civil.

Nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

A desconformidade ensejadora da desclassificação da proposta deve ser substancial e lesiva à Administração ou aos outros licitantes, pois um simples lapso de redação, ou uma falha inócua na interpretação do edital, não deve propiciar a rejeição sumária da oferta. Aplica-se, aqui, a regra universal do *utile per inutile non vitiatur*, que o Direito francês resumiu no *pas de nullité sans grief*. Melhor que se aprecie uma proposta sofrível na apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por um rigorismo formal e inconstante com o caráter competitivo da licitação.⁵

Mencionando a inteligência de Marçal Justen Filho, deliberam-se os seguintes ensinamentos:

Vale referir, ainda outra vez, decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do MS nº 5.418/DF.

O edital exigia que as propostas consignassem os valores em algarismos e por extenso. Um dos licitantes apresentou proposta onde o valor constava apenas em algarismo e grafada segundo padrão estrangeiro (com vírgulas e não pontos para indicar milhares). A proposta foi classificada como vencedora, em um primeiro momento.

Após e atendendo recurso, a Comissão desclassificou-a. O STJ concedeu o mandado para restabelecer a classificação original. Reputou que a redação da proposta, ainda que descoincidente com a exigência do edital, não acarretava dúvida acerca do montante ofertado.

Considerando que a diferença dessa proposta para a classificada logo após ultrapassava cem milhões de reais, seria contrário ao interesse público promover a desclassificação.

O precedente tem grande utilidade por balizar a atividade de julgamento das propostas pelo princípio da proporcionalidade. Não basta comprovar a existência de defeito. É imperioso verificar se a gravidade do vício é suficientemente séria, especialmente em face da dimensão do interesse público. Admite-se, afinal, a aplicação do princípio de que o rigor extremo na interpretação da lei e do edital pode conduzir à extrema injustiça ou ao comprometimento da satisfação do interesse público.⁶

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 11. ed. Malheiros, 1997. p. 124.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 5. ed. Dialética, 1998. p. 436.

Cabe destacar que a licitação tem, entre outras, duas finalidades inafastáveis: garantir a observância do princípio da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa. Entretanto, não poderá se desvincular das próprias normas impostas no edital, com a vinculação ao instrumento convocatório, encontrando-se os licitantes e a Administração vinculados aos seus termos.

Ocorre que, apesar da relevância da vinculação ao instrumento convocatório, o rigor exagerado, considerado inútil na avaliação da proposta, deverá ser repellido quando o erro não configurar prejuízo à Administração Pública.

Em julgamento do Tribunal de Justiça do Paraná – TJ-PR, colhe-se o seguinte entendimento:

O princípio da vinculação ao edital não é absoluto, cabendo à Administração analisar e decidir quanto à aceitação ou não de eventuais irregularidades formais, especialmente quando provocada, via recurso administrativo, pela Parte que incorreu no erro. Se a irregularidade formal – preenchimento manuscrito da proposta de preço – não implicou em prejuízo para a licitação, nem interferiu no julgamento objetivo da proposta mais vantajosa para a Administração, é razoável a mitigação do rigorismo da forma em prol do interesse público.⁷

No caso de propostas que não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital, estas não atendem aos anseios e necessidades da Administração Pública, ou seja, o objeto apresentado na proposta é incompatível ou inferior às especificações descritas no edital.

Referente a propostas com preços inexequíveis (definido pela Lei anterior como preços que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação), para o 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, nos termos do §4º do art. 59 da Lei nº 14.133/2021.

Nesse sentido, veja-se decisão do TCU acerca da possibilidade de demonstração de viabilidade da proposta de preços pela licitante:

⁷ TJ/PR, AC nº 554895-0, Rel. Leonel Cunha, j. em 28.04.2009.

CONTRATAÇÃO PÚBLICA – LICITAÇÃO – PROPOSTA – EXEQUIBILIDADE – AFERIÇÃO – PRESUNÇÃO RELATIVA – OPORTUNIDADE DE DEMONSTRAÇÃO – OBRIGATORIEDADE – TCU

O TCU ponderou que ‘a apreciação da **exequibilidade das propostas** não é tarefa fácil, pois há dificuldades em se fixar critérios objetivos para tanto e que não comprometam o princípio da busca da proposta mais vantajosa para a administração. **Nessa linha, esta Corte já se manifestou em diversas oportunidades que os critérios objetivos, previstos nas normas legais, de aferição da exequibilidade das propostas possuem apenas presunção relativa, cabendo à administração propiciar ao licitante que demonstre a viabilidade de sua proposta.** (TCU, Acórdão nº 2.143/2013, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, DOU de 22.08.2013). (MENDES, 2015.)⁸

No que diz respeito aos preços que permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação, resultado de pesquisa de preços realizada pela Administração, foi definido pelo legislador que as propostas não poderão ser superiores ao estabelecido no instrumento convocatório como preço estimado. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União entende que o estimado é o valor máximo da contratação, conforme Acórdão nº 3.381/2013 – Plenário:

O preço estimado pela Administração Contratante, em princípio, seja o tido por aceitável ou o máximo que ela se disporá a pagar na contratação pretendida, fazendo com que todos os esforços de negociação com os licitantes se desenvolvam em torno dessa importância.⁹

Quando o critério de julgamento for de “maior lance”, o valor estabelecido no instrumento convocatório é o preço mínimo, em que não serão aceitas propostas com preços inferiores, restando, então, a sua desclassificação.

Quando houver dúvida quanto à exequibilidade da proposta, poderá a Administração conferir a oportunidade ao licitante para a apresentação de documentos de demonstrem a exequibilidade dos preços. Caso o licitante não demonstre a exequibilidade da proposta apresentada, esta será desclassificada.

Serão igualmente desclassificadas propostas que apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.

⁸ TCU, Acórdão nº 2.143/2013, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, DOU de 22.08.2013). (MENDES, 2015.)

⁹ Acórdão nº 3.381/2013 – Plenário

O instrumento convocatório não favorece e nem desfavorece os participantes do certame, mantendo seus princípios da legalidade, igualdade e isonomia na disputa. O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive por meio dos instrumentos de controle interno da Administração Pública.

A conduta da Administração na condução do pleito deverá ser de estrita observância e vinculação ao edital, sendo o direito prejudicado pertencente a terceiro que não observou as prescrições editalícias, sendo descabida a pretensão de beneficiar-se de sua desídia.¹⁰

Com sapiência, Hely Lopes Meirelles ensina:

A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora.¹¹

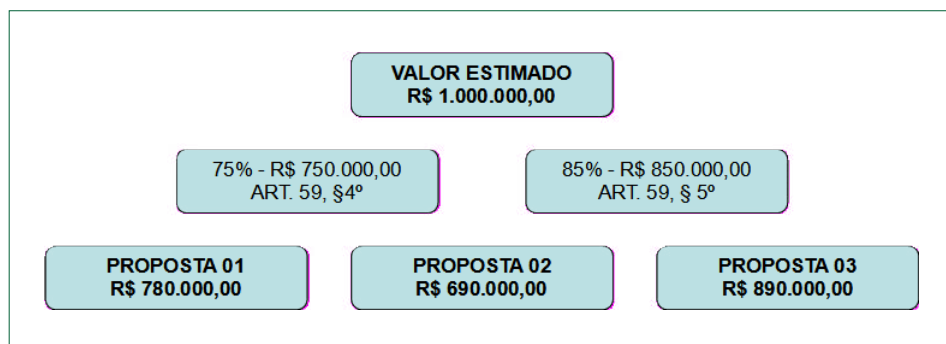
A desclassificação de propostas irregulares se deve ao fato do instrumento convocatório exigir condições mínimas para participação na licitação; no caso do pregão, exige-se observância às condições específicas indispensáveis à proposta, especialmente quanto ao termo de referência e/ou anexo ao edital, quando deverá a Administração assegurar que o respectivo cumprimento das propostas, dos lances e do consequente julgamento final se dê em estrita observância às condições do edital e seus anexos, em observância aos princípios constitucionais e legais, dentre os quais se destaca a legalidade, isonomia, ampla e justa competição, os quais devem ser observados em todo o procedimento licitatório. Do contrário, a Administração atuará em desconformidade com o que determinou no instrumento convocatório, principalmente se aceitar proposta irregular e diversa, com precedentes para ilegalidade de seus atos.

¹⁰ Justen Filho, Marçal; Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; 8ª ed., São Paulo, Dialética, comentários ao art. 41, pgs. 417/420.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. in Licitação e contrato administrativo, 14º ed. 2007, p. 39.

10. Da Apresentação da Proposta e da Garantia Adicional

Além dos critérios de aceitabilidade das propostas, para obras e serviços de engenharia, será exigida garantia adicional quando a proposta for inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, observado ainda que são consideradas inexequíveis as propostas pertinentes a obras e serviços de engenharia que forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do estimado pela Administração, por exemplo:



Em análise as propostas apresentadas, observa-se que a Proposta 02, por ser inferior a 75% (setenta e cinco por cento) do estimado para a contratação é considerada inexequível e, conseqüentemente, será desclassificada. A Proposta 01 possui valor aceitável, por ser inferior ao estimado e superior aos 75% (setenta e cinco por cento); porém, é inferior a 85% (oitenta e cinco por cento). Logo, deverá prestar a garantia adicional no valor de R\$ 70.000,00 ($R\$ 850.000,00 - R\$ 780.000,00 = R\$ 70.000,00$).

Entende-se que, quanto menor o valor apresentado, maior deverá ser a garantia para resguardar a Administração de possíveis danos, com o objetivo de assegurar a manutenção da proposta como ofertada. No que diz respeito à Proposta 03, esta é considerada exequível, por ser superior a 75% (setenta e cinco por cento) e não precisará prestar garantia adicional, pois o valor é superior a 85% (oitenta e cinco por cento) do estimado pela Administração. Portanto, estão classificadas as Propostas 01 e 03 por possuírem valores compatíveis com a contratação e por seguirem os critérios de exequibilidade definidos na legislação.

11. Da Diligência Quanto às Propostas

De acordo com o Tribunal de Contas da União, a vedação à inclusão de novo documento não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta. Portanto, há possibilidade de realização de diligência para remediar possíveis equívocos ou falhas:

Admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim). O pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts.8º, inciso XII, alínea “h”; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.¹²

Logo, a possibilidade de inclusão de documento novo é admitida pela lei, desde que seja para complementar ou esclarecer fatos materialmente existentes e apresentados pelos licitantes no momento da abertura da sessão de licitação. Ressalta-se que, depois de concedida a realização de diligência para um licitante a respeito de determinado fato, tal tratamento deverá ser estendido a todos, em igualdade de condições, de forma isonômica para, consequentemente, resguardar o interesse público.

Ressalta-se que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório garante a segurança jurídica do processo licitatório, não sendo aplicável o princípio da razoabilidade para justificar condutas contrárias às normas previstas no edital em conformidade com a lei:

¹² Acórdão nº 1211/2021 – Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Processo nº 018.651/2020-8

Como cediço, a licitação é regida, dentre outros, pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, de sorte que a Administração e os licitantes estão sujeitos à fiel observância do conteúdo das cláusulas editalícias, em prol da segurança jurídica e da asseguuração da igualdade de concorrência.

No que diz respeito à realização de diligências, Renato Geraldo Mendes afirma que:

A terceira parte do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93 refere-se à finalidade da diligência. Diz o referido preceito que a diligência se destina a "esclarecer ou a complementar a instrução do processo". O teor do dispositivo revela que a diligência está intimamente relacionada à tomada de uma decisão. É em razão de uma decisão a ser tomada pela autoridade ou comissão que a diligência se torna uma possibilidade. A palavra "esclarecer" indica justamente isso, ou seja, para decidir, é preciso ter mais certeza, aclarar eventual dúvida existente e informar-se melhor a fim de que a decisão seja adequada. A palavra "complementar" cumpre basicamente a mesma função, mas indica também a necessidade de possibilitar que outros elementos comprobatórios ou de convicção, além dos já existentes, sejam trazidos para o processo. Reafirma-se, então, que a finalidade da diligência é viabilizar a melhor decisão possível.¹³

12. Das Amostras e dos Protótipos

O julgamento das propostas deverá seguir o definido na legislação e, consequentemente, atender às exigências do edital. Ocorre que, em alguns casos, é necessário ou recomendável solicitar amostra ou protótipo para verificar se o objeto apresentado na proposta do licitante vencedor é compatível com as necessidades da Administração. Tal situação está prevista no art. 42 da Nova Lei:

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

[...]

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

¹³ MENDES, Renato Geraldo. LeiAnotada.com. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 43, § 3º, categoria Doutrina. Disponível em: <http://www.leianotada.com>. Acesso em: 30 jul. 2022.

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

As amostras são apresentadas em momento anterior ao julgamento da proposta, para análise prévia e decisiva da Administração pela conciliação entre o licitante e o apresentado na proposta. No que diz respeito ao protótipo, que é uma peça modelo, confeccionada nos padrões definidos no edital, que é analisada após a fase de julgamento das propostas, sendo como condição de formalização contratual a sua aceitabilidade pela Administração.

Cabe destacar que a exigência de amostras deverá se basear em um critério de razoabilidade, ademais não pode a exigência ser condição de habilitação, mas apenas dirigida do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar:

[...] exigência de amostras de todas as licitantes, sob pena de vedação da participação das licitantes no pregão, o que contraria jurisprudência consolidada do TCU no sentido de que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório;¹⁴

É cabível a exigência de amostra quando uma análise meramente formal da proposta não é suficiente para conferir segurança à Administração quanto à adequação do objeto ofertado pelo particular.¹⁵

13. Critérios de Desempate de Propostas

O art. 60 da Lei nº 14.133/2021 estabeleceu que em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate:

I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

¹⁴ Acórdãos 1.291/2011-TCU-Plenário, 2.780/2011-TCU-2ª Câmara, 4.278/2009-TCU-1ª Câmara, 1.332/2007-TCU-Plenário, 3.130/2007-TCU-1ª Câmara e 3.395/2007-1ª Câmara

¹⁵ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*. 2. Ed. Brasília: SENADO FEDERAL, 2018. Disponível em < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/547165/licitacoes.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > Acesso em: 30 jul. 2022.

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

Ademais, ainda que os critérios citados anteriormente não sejam capazes de desempatar as propostas, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

- a.** empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize;
- b.** empresas brasileiras;
- c.** empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;
- d.** empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.

Em artigo disponível no sítio da Zênite Consultoria, Madeline Rocha Furtado e Marinês Restelatto Dotti sabiamente criticam o art. 60 da Nova Lei:

O art. 60 da Lei nº 14.133/2021 é norma de eficácia limitada, dependente de regulamentação ou complementação posterior para sua eficácia plena. No caso em tela, portanto, vislumbra-se que há um obstáculo material para que a norma relacionada ao desempate possua eficácia, já que carece de regulamentação a respeito. Uma norma jurídica é tecnicamente eficaz quando presentes, no ordenamento, todas as condições operacionais que garantem sua aplicação ou exigibilidade. Dito de outro modo, caracteriza-se a ineficácia da norma, a qual não poderá produzir seus efeitos, quando ausentes regras regulamentadoras, de igual ou inferior hierarquia.¹⁶

¹⁶ FURTADO, Madeline Rocha; DOTTI, Marinês Restelatto. A fase preparatória da licitação e seu rito procedimental – Lei nº 14.133/2021, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 22 out. 2021. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 31 jul 2022.

Destaca-se alteração da legislação pertinente ao programa de integridade, que era regido pelo Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, que foi revogado pelo Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022, que traz a seguinte definição:

DECRETO 11.129/2022

Art. 56. 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:

I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e

II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.

Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

14. Do Desempate e do Tratamento Destinado às Micro Empresa/Empresa de Pequeno Porte (ME/EPP)

A instituição de regras dispostas no art. 60 da Nova Lei como critério de desempate não prejudicarão a aplicação das disposições da Lei Complementar 123/2006:

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.

Portanto, na apresentação das propostas, será assegurada, como critério de desempate, a preferência de contratação para as microempresas e empre-

sas de pequeno porte. Entendem-se como critérios a serem seguidos, nos termos do art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006:

Art. 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.

Nos termos do art. 3º da Lei Complementar 123/2006, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufrá, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufrá, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Cabe destacar que, apesar de a receita bruta ser o principal critério de enquadramento, as hipóteses previstas no §4º do art. 3º afastam as microempresas e empresas de pequeno porte dos benefícios e privilégios disciplinados na Lei de Licitações.¹⁷

Outro ponto importante é sobre o empate das propostas, onde:

¹⁷ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência. 2. Ed. Brasília: SENADO FEDERAL, 2018. Disponível em < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/547165/licitacoes.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > Acesso em: 30 jul. 2022.

Art. 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.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

15. Da Negociação das Propostas

A literalidade do art. 61 da Lei nº 14.133/2021 estabelece que:

Art. 61. Definido o resultado do julgamento, a Administração poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.

§ 1º A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado em razão de sua proposta permanecer acima do preço máximo definido pela Administração.

§ 2º A negociação será conduzida por agente de contratação ou comissão de contratação, na forma de regulamento, e, depois de concluída, terá seu resultado divulgado a todos os licitantes e anexo aos autos do processo licitatório.

Ocorre que, antes ou até mesmo depois do resultado do julgamento, a Administração deverá negociar com o licitante, buscando condições mais vantajosas, ainda que o artigo mencione como faculdade, é considerado um poder-dever para a Administração, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, ainda que esteja dentro do estimado pela Administração Pública. Nesse sentido:

REPRESENTAÇÃO. SOLICITAÇÃO PARA ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR. PREGÃO ELETRÔNICO. SERVIÇOS CONTINUADOS DE LIMPEZA, CONSERVAÇÃO E HIGIENIZAÇÃO. INABILITAÇÃO DA REPRESENTANTE. FALHAS COMETIDAS PELO PREGOEIRO. PRESTAÇÃO EM CURSO. PERICULUM IN MORA REVERSO. GRAVIDADE INSUFICIENTE PARA PROVOCAR PUNIÇÃO DO PREGOEIRO, EXTINÇÃO ANTECIPADA DO CONTRATO OU PROIBIÇÃO A PRORROGAÇÕES. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. CIÊNCIA.

[...]

9.3.3. ausência de negociação com o licitante vencedor, visando a obtenção de melhor proposta de preços, providência a ser tomada mesmo que o valor da proposta seja inferior ao valor orçado pelo órgão licitante, considerando o princípio da indisponibilidade do interesse público e o disposto no art. 24, §8º, do Decreto 5.450/2005, com a interpretação dada pelo TCU mediante os Acórdãos 3.037/2009 e 694/2014, ambos do Plenário.

[...]

3.7. Conforme já noticiado nos autos, o pregoeiro não tentou negociar com as licitantes para que reduzissem o preço da proposta, não prosperando a alegação de que se negociou com a segunda colocada, pois, apesar de o chamamento ter ocorrido, tratou-se do

envio da proposta final ajustada e de documentos exigidos para habilitação, conforme se vê à peça 3, p. 30-31.

3.7.1. Esta questão foi objeto do Acórdão 3.037/2009-TCU-Plenário, no qual se recomendou à entidade licitante que, **mesmo nos casos em que o valor da proposta seja inferior ao valor orçado, se estabeleça efetiva negociação junto à licitante que tenha oferecido o lance mais vantajoso, visando à obtenção de melhor proposta de preços para a Administração**. Nesse sentido, também manifesta o TCU por meio do Acórdão 694/2014-TCU-Plenário:

[...]

3.7.3. Dessa forma, considerando a linha de entendimento que vem predominando no TCU, propõe-se dar ciência ao órgão que, mesmo nos casos em que o valor da proposta seja inferior ao valor orçado, se estabeleça efetiva negociação junto à licitante vencedora do pregão, considerando o princípio da indisponibilidade do interesse público, visando obter melhor proposta de preços, conforme fundamentos dos Acórdãos 3.037/2009 e 694/2014, ambos do Plenário do TCU.

Apesar de a redação da Lei nº 14.133/2021 não consignar a negociação como um poder-dever, entende-se que o interesse público é indisponível e o administrador não goza de livre disposição dos bens que administra, pois o titular desses bens é o povo. Logo, deverá negociar o valor da proposta apresentada pelo licitante vencedor, ainda que a proposta seja inferior ao valor orçado pela Administração.

16. Jurisprudência

- *Acórdão 1201/2020 - Plenário: “Como se depreende do excerto, é possível a participação de empresas em recuperação judicial em certames licitatórios, desde que demonstrada a viabilidade econômica e financeira da empresa. No entanto, não se trata de vedar a exigência editalícia da certidão negativa de falência ou recuperação judicial, e sim a relativização durante a fase de julgamento, conforme o caso e as circunstâncias da fase do processo de recuperação judicial, cabendo a empresa em tal situação demonstrar sua viabilidade econômica.”*
- *“Contratação pública – Licitação – Fase de abertura de propostas – Revogação – Fato superveniente – Garantia de contraditório e ampla defesa – Cabimento – STJ. A autoridade administrativa pode revogar licitação em andamento, em fase de abertura das propostas, por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado. (...) 5. Só há aplicabilidade do § 3º, do art. 49, da Lei nº 8.666/93, quando o procedimen-*

to licitatório, por ter sido concluído, gerou direitos subjetivos ao licitante vencedor (adjudicação e contrato) ou em casos de revogação ou de anulação onde o licitante seja apontado, de modo direto ou indireto, como tendo dado causa ao proceder o desfazimento do certame.” (STJ, MS nº 7.017/DF, Rel. Min. José Delgado, DJ de 02.04.2001.)

- Cabe ao pregoeiro indicar de forma clara e objetiva as inconsistências que devem ser corrigidas na planilha de preços apresentada pelo licitante, sem alteração do valor final da proposta, não se limitando a informar apenas os itens, submódulos ou módulos da planilha onde os erros se encontram, sem especificar o que está errado. Essa indicação, desde que realizada de forma indistinta em relação a todos os licitantes, favorece a transparência e viabiliza o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, possibilitando o aproveitamento de propostas mais vantajosas pela Administração. Acórdão 4370/2023-Primeira Câmara | Relator: JHONATAN DE JESUS - Informativo de Licitações e Contratos nº 461 de 27/06/2023; Boletim de Jurisprudência nº 451 de 26/06/2023.
- O fato de o licitante apresentar composição de custo unitário contendo salário de categoria profissional inferior ao piso estabelecido em acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho é, em tese, somente erro formal, o qual não enseja a desclassificação da proposta, podendo ser saneado com a apresentação de nova composição de custo unitário desprovida de erro, em face do princípio do formalismo moderado e da supremacia do interesse público. Acórdão 719/2018-Plenário | Revisor: BENJAMIN ZYMLER - Boletim de Jurisprudência nº 213 de 23/04/2018;
- É regular a aquisição, mediante credenciamento, de passagens aéreas em linhas regulares domésticas, sem a intermediação de agência de viagem, por ser inviável a competição entre as companhias aéreas e entre estas e as agências de viagem. Acórdão 1094/2021-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA; Informativo de Licitações e Contratos nº 414 de 08/06/2021; Boletim de Jurisprudência nº 356 de 31/05/2021
- Não se admite a transferência do acervo técnico da pessoa física para a pessoa jurídica, para fins de comprovação de qualificação técnica em licitações públicas, pois a capacidade técnico-operacional (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993) não se confunde com a capacidade técnico-profissional (art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993), uma vez que a primeira considera aspectos típicos da pessoa jurídica, como instalações, equipamentos e equipe, enquanto a segunda relaciona-se ao profissional que atua na empresa. Acórdão 927/2021-Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES.

- *Em pregão, é necessária motivação das decisões que desclassifiquem propostas, inabilitem licitantes ou julguem recursos, com nível de detalhamento suficiente para a plena compreensão pelos interessados, em observância ao princípio da motivação. (Acórdão 1467/2022-Plenário | Relator: AROLDO CEDRAZ ÁREA: Licitação | TEMA: Pregão | SUBTEMA: Princípio da publicidade. Outros indexadores: Recurso, Inabilitação, Princípio da motivação, Desclassificação, Detalhamento)*
- *Na falta de documento relativo à fase de habilitação em pregão que consista em mera declaração do licitante sobre fato preexistente ou em simples compromisso por ele firmado, deve o pregoeiro conceder-lhe prazo razoável para o saneamento da falha, em respeito aos princípios do formalismo moderado e da razoabilidade, bem como ao art. 2º, caput, da Lei 9.784/1999. (Acórdão 988/2022-Plenário | Relator: ANTONIO ANASTASIA. ÁREA: Licitação | TEMA: Habilitação de licitante | SUBTEMA: Documentação Outros indexadores: Ausência, Princípio do formalismo moderado, Princípio da razoabilidade, Declaração. Publicado: Informativo de Licitações e Contratos nº 436 de 31/05/2022; Boletim de Jurisprudência nº 400 de 23/05/2022)*
- *Em licitação eletrônica, é irregular, por configurar excesso de formalismo, a limitação do prazo de impugnação do edital ao horário de funcionamento da entidade promotora do certame, vez que a impugnação pode ser feita de maneira remota, pela internet, não exige funcionários da entidade de prontidão para o seu recebimento e não interfere no horário de início da análise de impugnação, não havendo razão para que não seja aceita até às 23h59min da data limite. (Acórdão 969/2022-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS ÁREA: Licitação | TEMA: Edital de licitação | SUBTEMA: Impugnação Outros indexadores: Prazo, Princípio do formalismo moderado, Recebimento Publicado: Boletim de Jurisprudência nº 400 de 23/05/2022)*
- *É lícita a admissão da juntada de documentos, durante as fases de classificação ou de habilitação, que venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame, sem que isso represente afronta aos princípios da isonomia e da igualdade entre as licitantes. (Acórdão 966/2022-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER ÁREA: Licitação | TEMA: Habilitação de licitante | SUBTEMA: Documentação - Outros indexadores: Princípio da isonomia, Juntada. Publicado: Boletim de Jurisprudência nº 400 de 23/05/2022)*
- *Licitação.Competitividade.Restrição.Exigência.Escritório.Local. É irregular a exigência de que o contratado instale escritório administrativo, ou outro tipo de estrutura física, em localidade específica sem a demonstração de que tal medida seja imprescindível à adequada execução do objeto licitado, devido ao potencial de restringir o caráter competitivo da licitação, afetar*

a economicidade do contrato e ferir o princípio da isonomia (art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 e arts. 5º e 9º, inciso I, alíneas a, b e c, da Lei 14.133/2021). (Acórdão TCU 1757/2022 Plenário - Representação, Relator Ministro Bruno Dantas. Boletim Número 413 – TCU)

- *A autoridade que homologa o pregão deve, sob pena de responsabilização, verificar a existência de fundamentos na manifestação do pregoeiro pelo não provimento de recurso interposto por licitante, especialmente se houve contraposição às razões recursais apresentadas, em observância ao princípio da motivação (art. 2º da Lei 9.784/1999). (ENUNCIADO - Acórdão 4834/2022-Primeira Câmara RELATOR: WALTON ALENCAR RODRIGUES)*

CAPÍTULO VIII

Habilitação e Encerramento do Processo Licitatório

UMA ANÁLISE DOS ARTIGOS 62 À 71 DA NLLC

João Tomaz Martins de Queiroz

1. Habilitação

Art. 62. A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em:

- I – jurídica; (Vide art. 66.)
- II – técnica; (Vide notas art. 67.)
- III – fiscal, social e trabalhista; (Vide notas art. 68.)
- IV – econômico-financeira. (Vide notas art. 69.)

A habilitação é tema com matriz constitucional, como disposto no art. 37, inciso XXI, da CF¹⁸, os requisitos de habilitação nas contratações públicas limitar-se-ão às exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, dividindo-se, ainda, em jurídica, fiscal, social e trabalhista.

Nas palavras de Marçal Justen Filho¹⁹:

A prova da habilitação jurídica corresponde à comprovação pelo licitante da existência, da capacidade de fato e da regular disponibilidade para exercício de suas faculdades jurídicas. Somente é

¹⁸ ART. 37, XXI da CF.

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.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei nº 14.133/21. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 799.

admitido a formular proposta aquele que disponha de condições de validamente contratar. (JUSTEN FILHO, 2021, p.799).

A novidade em relação à Lei nº 8.666/1993 diz respeito à exigência de documentação de habilitação “social”, uma metodologia ESG com foco de melhoria para as atividades institucionais: ambiental (Environmental), social (Social) e governança (Governance). A lei tem vários artigos conectados ao conceito ESG, que não estão sistematizados em um tópico, unidade ou capítulo.

Como destaca Mariana Avelar (2022, p. 591), a escolha dos requisitos de habilitação a serem aplicados em cada caso concreto deverá passar por processo de motivação que demonstre a necessidade e a adequação das exigências no contexto daquela pretensão contratual específica, sob pena de violar o disposto no parágrafo único do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).²⁰

É aqui, nos requisitos de habilitação, que é fundamental a motivação, razão pela qual exigimos aquele requisito de habilitação; ademais, releva de importância, além do princípio da motivação, o princípio da legalidade, pois só se pode exigir o que estiver na lei.

Também a habilitação tem nítida relação com o princípio do controle, pois os Tribunais de Contas dão especial destaque ao controle dos requisitos de habilitação, com mais possibilidade de se coletarem provas ou indícios de um direcionamento.

De toda sorte, cabe mencionar que alguns dos artigos da NLLC pertinentes à habilitação dependem de regulamentação por disposição expressa, quais sejam:

- a. Art. 60, III** - Ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho;
- b. Art. 61, § 2º** - Negociação após o resultado do julgamento;

²⁰ Lei nº 13.655/18 (LINDB)

“Artigo 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”

- c. **Art. 65, § 2º** - Realização da habilitação por processo eletrônico de comunicação à distância;
- d. **Art. 67, §3º** - Provas alternativas para substituição das exigências dos incisos I e II do caput do art. 67;
- e. **Art. 67, §12º** - Situações em que não serão admitidos atestados de responsabilidade técnica de profissionais que tenham dado causa à aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do caput do artigo 156;
- f. **Art. 70, § único** - Documentação a ser apresentada por empresas estrangeiras que não funcionem no País (regulamentação federal).

2. Da Declaração de Requisitos e Exigência da Apresentação de Documentos

Art. 63. Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições:

I – poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação, e o declarante responderá pela veracidade das informações prestadas, na forma da lei;

II – será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento;

III – serão exigidos os documentos relativos à regularidade fiscal, em qualquer caso, somente em momento posterior ao julgamento das propostas, e apenas do licitante mais bem classificado;

IV – será exigida do licitante declaração de que cumpre as exigências de reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, previstas em lei e em outras normas específicas.

§ 1º Constará do edital de licitação cláusula que exija dos licitantes, sob pena de desclassificação, declaração de que suas propostas econômicas compreendem a integralidade dos custos para atendimento dos direitos trabalhistas assegurados na Constituição Federal, nas leis trabalhistas, nas normas infralegais, nas convenções coletivas de trabalho e nos termos de ajustamento de conduta vigentes na data de entrega das propostas.

A exigência versada no inciso I é facultativa, dependerá da Administração Pública, em juízo de discricionariedade, incluí-la como requisito no edital de licitação; eventual declaração falsa poderá fundamentar a instauração de processos punitivos nas esferas administrativa e judicial.

Para Ivan Rigolin (2022, p. 218), a exigência é desnecessária e constitui um formalismo excessivo, na medida em que, pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o licitante, ao participar do certame, tem ciência de todos os requisitos do edital e pressupõe-se que ele cumpre as exigências de habilitação, porque o licitante pode no máximo assegurar que, *no seu entender*, atende a habilitação pedida, mas ele não pode decidir pelos julgadores, os quais poderão vir a entender diferente, ou seja, de que não atende.

Já para Sidney Bittencourt (2021, p. 433), é bastante salutar a inserção, na Nova Lei, da possibilidade de o edital exigir uma declaração dos licitantes de que atendem os requisitos de habilitação, pois, além dessa declaração ter o condão de afastar os aventureiros nas licitações, devido à severa punição por falsidade, justificava-se porque, em diversos casos, sua ausência poderia acarretar percalços no procedimento, diante da possibilidade de um “vencedor da licitação” configurar-se como um devedor ao erário público.

Nos termos do inciso II, o rito ordinário das licitações previsto no art. 17 da Lei posiciona a habilitação em momento posterior ao encerramento da fase de julgamento: tal posicionamento ocorre com vistas a imprimir maior celeridade e eficiência ao processo licitatório.

Ou seja, salvo quando adotada a inversão de fases de acordo com o previsto no § 1º do art. 17, em regra, deverá ser exigida a apresentação da documentação de habilitação apenas após a conclusão da fase de julgamento das propostas, já com a indicação do licitante provisoriamente vencedor. Fica consagrado, pois, o modelo do pregão, sendo a exceção agora o rito procedimental de habilitar antes e “precificar” depois.

Ainda no dizer de Mariana Avelar (2022, p. 602), nota-se que a antecipação da habilitação pode ocorrer pela mera alteração editalícia do rito ordinário previsto pelo art. 17 da Lei, ou, ainda, pelo uso do instituto da pré-qualificação, previsto no art. 6º, XLIV, c/c art. 80, I. Nesses casos, a própria lei permite

limitar a disputa aos licitantes pré-qualificados, tornando sua aplicação instrumento valioso para imprimir maior celeridade às contratações públicas.

A intenção do inciso III do art. 63 é evitar que a licitação seja utilizada como instrumento indireto para a cobrança de tributos, como ocorria nas licitações realizadas com base na Lei nº 8.666/1993.

Não se pode admitir que o licitante seja compelido ao pagamento de créditos fiscais por outro meio que não o da cobrança por via executiva, sob a imposição de condição no seguinte sentido: ou efetua o pagamento do tributo ou não participa do certame. Sob essa ótica, a comprovação da regularidade fiscal apenas após o julgamento das propostas parece permitir o cumprimento da real finalidade da exigência em questão, consubstanciada na verificação da idoneidade do particular que irá contratar com a Administração Pública. Além disso, a regra propicia ao licitante uma oportunidade para que venha a adquirir a regularidade fiscal²¹.

Como aduz Sidney Bittencourt (2021, p. 434, 435), o propósito é proporcionar às pessoas com deficiência e aos beneficiários da previdência social incapacitados para o pleno trabalho formas para inserção ou reinserção no mercado de trabalho, garantindo-lhes a observância de princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais e o direito social ao trabalho.

Dispõe o § 1º do art. 63 da NLL que constará do edital de licitação cláusula que exija dos licitantes, sob pena de desclassificação, a declaração que demonstre a sua idoneidade trabalhista.

O licitante, prestando uma declaração falsa, entra no campo da inidoneidade, porque a lei dividiu as sanções em dois grupos de motivos para sancionar: as situações que não envolvem inidoneidade (onde não há culpa ou se existe culpa, não existe dolo, ou o caso de irregularidade formal) e as sanções por dolo e inidoneidade.

Aqueles dois grupos de sanções são, então, os seguintes: o primeiro grupo se refere à culpa; a questões formais, de menor lesividade; às sanções de multa, advertência e, em algumas situações, até a suspensão de contratar com o próprio órgão.

²¹ LEFÈVRE. O procedimento licitatório e a fase de habilitação no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO; PEREIRA (Coord.). O regime diferenciado de contratações públicas (RDC). 3. Ed.

A declaração falsa, o conluio, o uso de laranja, o uso de empresa para burlar a licitação, a fraude processual e a fraude documental vão para o segundo grupo, a que atrai a sanção de inidoneidade.

3. Da Realização de Vistoria Prévia no Local da Execução

Art. 63. Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições:

(...)

§ 2º Quando a avaliação prévia do local de execução for imprescindível para o conhecimento pleno das condições e peculiaridades do objeto a ser contratado, o edital de licitação poderá prever, sob pena de inabilitação, a necessidade de o licitante atestar que conhece o local e as condições de realização da obra ou serviço, assegurado a ele o direito de realização de vistoria prévia.

§ 3º Para os fins previstos no § 2º deste artigo, o edital de licitação sempre deverá prever a possibilidade de substituição da vistoria por declaração formal assinada pelo responsável técnico do licitante acerca do conhecimento pleno das condições e peculiaridades da contratação.

§ 4º Para os fins previstos no § 2º deste artigo, se os licitantes optarem por realizar vistoria prévia, a Administração deverá disponibilizar data e horário diferentes para os eventuais interessados.

A visita técnica (ou vistoria) configura medida excepcional, sobretudo no contexto de valorização de procedimentos de contratação eletrônica, com prática de atos por meio digital, de modo a ampliar a competitividade do certame, já que inúmeras foram as decisões do TCU considerando a realização da visita técnica como uma faculdade do licitante, podendo a Administração optar pela declaração da licitante, não podendo exigir atestado de vistoria, nem agendar a realização da vistoria, salvo quando imperiosa a visita, justificando tecnicamente a necessidade.

Mariana Avelar (2022, p. 604), no Livro *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*, alinha-se à teoria de Ronny Charles, o qual considera que a vistoria ocasiona despesas antecipadas ao licitante, fato que eventualmente poderá inibir a participação de licitantes, bem como considera acertadas as cautelas anteriormente esti-

puladas pelo TCU no bojo do Acórdão nº 2.826/2014 — Plenário, que definiu que a exigência de prévia vistoria deveria atender ao menos três condições, quais sejam: (i) demonstração da imprescindibilidade da visita; (ii) liberdade quanto à definição do responsável por sua realização, não sendo possível que se exija que a vistoria seja realizada pelo engenheiro responsável pela obra e (iii) definição de prazo suficiente e adequado.

Sobre o assunto, cabe citar ainda a seguinte decisão do TCU:

A vistoria ao local da prestação dos serviços somente deve ser exigida quando imprescindível, devendo, mesmo nesses casos, o edital prever a possibilidade de substituição do atestado de visita técnica por declaração do responsável técnico da licitante de que possui pleno conhecimento do objeto, das condições e das peculiaridades inerentes à natureza dos trabalhos. (Acórdão 1737/2021-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA. BJ TCU nº 366 de 09/08/2021)

Caso o licitante opte por realizar a vistoria prévia, competirá à Administração disponibilizar data e horário diferentes para os eventuais interessados. A medida parece incorporar anterior recomendação do TCU, para que se evite a realização de vistorias coletivas. Na fundamentação do Acórdão nº 234/2015 — Plenário, indicou-se que:

31. Reputo ser particularmente preocupante a previsão editalícia de realização de visitas coletivas, exigência contrária aos princípios da moralidade e da probidade administrativa, na medida em que permite tanto ao gestor público ter prévio conhecimento das licitantes quanto às próprias empresas terem ciência do universo de concorrentes, criando condições propícias para a colusão.”¹.

4. Da Vedação Quanto à Substituição/Apresentação de Documentos

Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

¹ A Súmula nº 04 do Tribunal de Contas do Estado do Ceará destaca:
“EMENTA: RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE: “Restringe a competitividade do certame licitatório destinado à contratação de obras e serviços de engenharia cláusula editalícia que determine que a visita técnica de licitante ao local da obra seja realizada em dia e horário únicos.”

I – complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

II – atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.

§ 2º Quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

Essa diligência do caput do art. 64 faz referência à diligência permitida no parágrafo terceiro do art. 43 da Lei nº 8.666/93 que teve o poder dado ao pregoeiro bastante aumentado pela jurisprudência.

A complementação de informações não é exatamente um documento novo, mas um esclarecimento de algo que já tinha. O esclarecimento forma documento novo, mas ele se refere a fato antigo.

Entendimento do TCU, manifestado no julgamento do Acórdão nº 1.211/2021 - Plenário, no sentido de que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3o, da Lei nº 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por erro ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.

O Acórdão citado (1211/2021 – Plenário) é impactante porque o TCU entendeu que o Pregoeiro pode presumir que ele foi induzido a não trazer o documento, e pode reabrir o prazo para tal. Ele não deve inabilitar se houver indício de que foi induzido a erro; ou seja, essa nova dinâmica do TCU estabelece um conceito bem amplo de documento novo.

A interpretação do Tribunal de Contas da União, externada no Acórdão nº 1.211/2021 – Plenário é a de que, caso o licitante não tenha entregue um dado documento de habilitação ou de proposta no momento adequado (o Decreto

nº10.024/2019, em seu art. 26, caput e § 3º, exige o envio até a data e horário estabelecidos para sessão pública), poderá fazê-lo posteriormente, devendo ser requerido e aceito pela Administração, desde que o referido documento retrate condição material preexistente à abertura da sessão pública do certame.

Tal entendimento vale para complementação de informações necessárias à informação dos julgadores ou para atualizar documentos cuja validade expirou após terem sido entregues, pois está relacionada à necessidade de garantir a isonomia entre licitantes, podendo ser excluído apenas por fatos que invalidam a sua habilitação, conhecidos apenas após o encerramento da fase, como, por exemplo, seria no caso de se descobrir documento habilitatório falso ou uma declaração de inidoneidade.

Na falta de documento relativo à fase de habilitação em pregão que consista em mera declaração do licitante sobre fato preexistente ou em simples compromisso por ele firmado, deve o pregoeiro conceder-lhe prazo razoável para o saneamento da falha, em respeito aos princípios do formalismo moderado e da razoabilidade, bem como ao art. 2º, caput, da Lei 9.784/1999. (Acórdão 988/2022-Plenário | Relator: ANTONIO ANASTASIA. Informativo de Licitações e Contratos nº 436 de 31/05/2022. BJ TCU nº 400 de 23/05/2022)

Vide Acórdão 966/2022-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER - BJ TCU nº 400 de 23/05/2022

“ENUNCIADO

A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), não alcança documento destinado a atestar condição de habilitação preexistente à abertura da sessão pública, apresentado em sede de diligência. Vide Acórdão 2443/2021-Plenário

O que o TCU está estabelecendo aqui é a possibilidade de punir o pregoeiro ou agente de contratação se ele não abrir prazo, pois limitará a competitividade. É a primeira decisão sobre um artigo da Lei nova; em seguida, o Acórdão 2673/2021 – Plenário foi o segundo a falar do art. 64 da Lei nova, repetindo o acórdão anterior:

A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo li-

citante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro. (Acórdão 2673/2021 – P)

5. Da Realização de Vistoria Prévia no Local da Execução

Art. 65. As condições de habilitação serão definidas no edital.

§ 1º As empresas criadas no exercício financeiro da licitação deverão atender a todas as exigências da habilitação e ficarão autorizadas a substituir os demonstrativos contábeis pelo balanço de abertura.

§ 2º A habilitação poderá ser realizada por processo eletrônico de comunicação a distância, nos termos dispostos em regulamento.

O Tribunal de Contas da União já é pacífico sobre o assunto: “Empresas constituídas há menos de dois anos apresentarão as demonstrações relativas ao último exercício, já as empresas recém-criadas poderão substituir os demonstrativos contábeis pelo balanço de abertura.” (Manual de Licitações e Contratos do TCU, 5ª edição).

Tal disposição se harmoniza com o § 4º do artigo 17 da mesma lei².

Art. 17. [...] § 4º Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a Administração poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

6. Da Habilitação Jurídica

Art. 66. A habilitação jurídica visa a demonstrar a capacidade de o licitante exercer direitos e assumir obrigações, e a documentação a ser apresentada por ele limita-se à comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada. (Vide art. 62, inc. I.)

Nas palavras de Marçal Justen Filho:

² Na mesma linha, se aplica a regulamentação da Instrução Normativa nº 3, de 26 de abril de 2018.

A prova da habilitação jurídica corresponde à comprovação pelo licitante da existência, da capacidade de fato e da regular disponibilidade para exercício de suas faculdades jurídicas. Somente é admitido a formular proposta aquele que disponha de condições de validamente contratar. (JUSTEN FILHO, 2021)

Vejamos decisão do TCU que considera legítima a possibilidade de que o edital exija que haja nexo entre as atividades previstas no ato constitutivo do licitante e o objeto licitado:

9.4.1. Habilitação indevida (...), tendo em vista a inexistência de relação entre o objeto social da referida empresa e os objetos licitados, o que contraria os itens 9.11.1 e 9.11.2.1 do Edital do Pregão (...)/2020 e os itens 8.104 e 8.106 do Edital do Pregão (...)/2017, de cujo teor se infere a obrigatoriedade de a atividade do licitante ser compatível com o objeto do certame, bem como contraria a jurisprudência do TCU (Acórdão n° 2506/2006-TCU-Segunda Câmara, e n° 642/2014-Plenário), que estabelece a necessidade de nexo entre as atividades previstas no ato constitutivo do licitante e o objeto licitado. (TCU. Acórdão ri° 503/2021 — Plenário. Rel. Augusto Sherman. BJ TCU n° 347 de 29/03/2021)

7. Da Habilitação Técnica

Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

I – apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação; (Vide §§ 3º e 12 deste artigo.)

II – certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88³ desta Lei; (Vide § 3º deste artigo.)

³ Art. 88. Ao requerer, a qualquer tempo, inscrição no cadastro ou a sua atualização, o interessado fornecerá os elementos necessários exigidos para habilitação previstos nesta Lei.

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

III – indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

IV – prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;

V – registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso;

VI – declaração de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

§ 1º A exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação.

§ 2º Observado o disposto no *caput* e no § 1º deste artigo, será admitida a exigência de atestados com quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) das parcelas de que trata o referido parágrafo, vedadas limitações de tempo e de locais específicos relativas aos atestados.

§ 3º Salvo na contratação de obras e serviços de engenharia, as exigências a que se referem os incisos I e II do *caput* deste artigo, a critério da Administração, poderão ser substituídas por outra prova de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes, hipótese em que as provas alternativas aceitáveis deverão ser previstas em regulamento.

§ 4º Serão aceitos atestados ou outros documentos hábeis emitidos por entidades estrangeiras quando acompanhados de tradução para o português, salvo se comprovada a inidoneidade da entidade emissora.

§ 5º Em se tratando de serviços contínuos, o edital poderá exigir certidão ou atestado que demonstre que o licitante tenha executado serviços similares ao objeto da licitação, em períodos sucessivos ou não, por um prazo mínimo, que não poderá ser superior a 3 (três) anos.

§ 6º Os profissionais indicados pelo licitante na forma dos incisos I e III do *caput* deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, e será admitida a sua substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela Administração.

§ 7º Sociedades empresárias estrangeiras atenderão à exigência prevista no inciso V do caput deste artigo por meio da apresentação, no momento da assinatura do contrato, da solicitação de registro perante a entidade profissional competente no Brasil.

§ 8º Será admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição da disponibilidade do pessoal técnico referido nos incisos I e III do caput deste artigo.

§ 9º O edital poderá prever, para aspectos técnicos específicos, que a qualificação técnica seja demonstrada por meio de atestados relativos a potencial subcontratado, limitado a 25% (vinte e cinco por cento) do objeto a ser licitado, hipótese em que mais de um licitante poderá apresentar atestado relativo ao mesmo potencial subcontratado.

§ 10. Em caso de apresentação por licitante de atestado de desempenho anterior emitido em favor de consórcio do qual tenha feito parte, se o atestado ou o contrato de constituição do consórcio não identificar a atividade desempenhada por cada consorciado individualmente, serão adotados os seguintes critérios na avaliação de sua qualificação técnica:

I – caso o atestado tenha sido emitido em favor de consórcio homogêneo, as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada empresa consorciada na proporção quantitativa de sua participação no consórcio, salvo nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, em que todas as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada uma das empresas consorciadas;

II – caso o atestado tenha sido emitido em favor de consórcio heterogêneo, as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada consorciado de acordo com os respectivos campos de atuação, inclusive nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

§ 11. Na hipótese do § 10 deste artigo, para fins de comprovação do percentual de participação do consorciado, caso este não conste expressamente do atestado ou da certidão, deverá ser juntada ao atestado ou à certidão cópia do instrumento de constituição do consórcio.

§ 12. Na documentação de que trata o inciso I do caput deste artigo, não serão admitidos atestados de responsabilidade técnica de profissionais que, na forma de regulamento, tenham dado causa à aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do caput do art. 156 desta Lei em decorrência de orientação proposta, de prescrição técnica ou de qualquer ato profissional de sua responsabilidade.

Sobre o tema da qualificação técnica, a posição do TCU é a seguinte:

As exigências relativas à capacidade técnica guardam amparo constitucional e não constituem, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo de licitações conduzidas pelo Poder Público. Tais exigências, sejam elas de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional, não podem ser desarrazoadas a ponto de comprometer o caráter competitivo do certame, devendo tão somente constituir garantia mínima suficiente de que o futuro contratado detém capacidade de cumprir com as obrigações contratuais. Tais exigências devem ser sempre devidamente fundamentadas, de forma que fiquem demonstradas inequivocamente sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado. (Acórdão nº 1.942/2009 — Plenário)

Vide ainda: Acórdão 1381/2022-Plenário; Acórdão 924/2022-Plenário; Acórdão 917/2022-Plenário; Acórdão 548/2022-Plenário; Acórdão 1542/2021-Plenário; Acórdão 2595/2021-Plenário; Acórdão 2435/2021-Plenário; Acórdão 2291/2021-Plenário; Acórdão 15239/2021-Segunda Câmara; Acórdão 927/2021-Plenário.

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 para a contratação de obras e serviços de engenharia.

Em relação à possibilidade de habilitação técnico-profissional de pessoas jurídicas, destaca-se o teor do art. 47 da Resolução nº 1.137/2023 do CONFEA:

Art. 47. A Certidão de Acervo Técnico-Profissional – CAT é o instrumento que certifica, para os efeitos legais, que consta dos assentamentos do Crea a anotação da responsabilidade técnica pelas atividades consignadas no acervo técnico do profissional.

O inciso I também pode ser aplicado em licitações para outros serviços que também exijam um profissional registrado em conselho profissional.

Para comprovação do vínculo profissional do responsável técnico com a licitante (art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993), deve-se admitir a apresentação de cópia da carteira de trabalho (CTPS), cópia do contrato social da licitante em que conste o profissional como sócio, cópia do contrato de trabalho ou, ainda, declaração de contratação futura do profissional detentor do atestado apresentado, desde que acompanhada de declaração de anuência do profissional. (Acórdão 1450/2022-Plenário | Relator: VITAL DO RÊGO)

Esses documentos (certidões ou atestados) do inciso II são emitidos pelos contratantes dos serviços dos licitantes e podem, conforme o caso, ser registrados no conselho profissional competente (como é o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA).

É irregular a exigência, para fins de habilitação, de que a licitante comprove possuir inscrição ou visto no conselho regional profissional da unidade federativa em que será executado o objeto (art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e art. 30, inciso I, da Lei 8.666/1993). O instante apropriado para atendimento de tal requisito é o momento de início do exercício da atividade, que se dá com a contratação, e não a fase de habilitação, sob pena de comprometimento da competitividade do certame.

Acórdão 829/2023-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER

Quanto a comprovação do atestado de capacidade técnico-operacional de pessoas jurídicas, as empresas agora poderão solicitar sua Certidão de Acervo Operacional (CAO) aos Creas, no sentido de embasar os atributos operacionais das empresas para fins de licitações e contratos, de acordo com o teor do art. 53 da Resolução nº 1.137/2023 do CONFEA:

Art. 53. A Certidão de Acervo Operacional – CAO é o instrumento que certifica, para os efeitos legais, que consta dos assentamentos do(s) Creas, o registro da(s) anotação(ções) de responsabilidade técnica (ART) registrada(s).

A Administração Pública poderá exigir certificação por organização independente acreditada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (“Inmetro”) referente ao “material e corpo técnico apresentados por empresa para fins de habilitação” (art. 17, §6º, III, da Lei 14.133/2021).

O edital pode exigir prova de atendimento à legislação específica. Temos, por exemplo, a observância das recomendações no Guia Nacional de Contratações Sustentáveis. (7ª ed. Brasil. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União.)

Conforme o inciso V, são entidades profissionais o CREA (Engenharia e Agronomia), CAU (Arquitetura e Urbanismo), CFT (Técnicos Industriais), OAB (Advogados), CRQ (Químicos), CRA (Administradores), CRN (Nutricionistas), etc.

Observe-se a seguinte decisão do TCU:

[...] Como a jurisprudência do Tribunal é no sentido de que o registro ou inscrição na entidade profissional competente [...] deve se limitar ao conselho que fiscalize a atividade básica ou o serviço preponderante da licitação, a decisão acerca de em qual conselho a licitante deve estar registrada dependeria de análise do caso concreto. (Acórdão nº 2.917/2011 — Plenário).

Entende-se que a disposição do § 1º não significa que todas as parcelas que ultrapassarem 4% do valor estimado da contratação são as mais relevantes, pois é possível existir na mesma licitação parcelas que representem 4%, 10% e 80% do objeto. Ao menos, definiu-se um critério mínimo de identificação das parcelas mais relevantes, pois, antes, parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação eram definidas de forma discricionária pelo gestor público.

Exigir-se comprovação de capacidade técnica para parcelas de obra que não se afiguram como sendo de relevância técnica e financeira, além de restringir a competitividade do certame, constitui-se clara afronta ao estabelecido pelo art. 30 da Lei nº 8.666/1993, e vai de encontro ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. (Acórdão 170/2007 Plenário Sumário).

De acordo com o texto da Súmula nº 02, do Tribunal de Contas do Estado do Ceará:

EMENTA: RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE: Restringe a competitividade do certame licitatório destinado à contratação de obras e serviços de engenharia, cláusula editalícia que exija a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes para execução de parcelas de menor relevância técnica e de valor pouco significativo do objeto a ser contratado..

A parte final do §2º do art. 67, veda, em regra, as limitações de tempo e de locais específicos relativas aos atestados, sendo exceção à regra o que consta do §5º.

A exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, para fins de atestar a capacidade técnico-operacional, deve guardar proporção

com a dimensão e a complexidade do objeto e recair, simultaneamente, sobre as parcelas de maior relevância e valor significativo. Como regra, os quantitativos mínimos exigidos não devem ultrapassar 50% do previsto no orçamento base, salvo em condições especiais e devidamente justificadas no processo de licitação. (Acórdão 1251/2022-Segunda Câmara | Relator: ANDRÉ DE CARVALHO. BJ TCU nº 394 de 11/04/2022)

A Administração Pública pode dispor, nos termos de regulamento, de outros meios de provas de conhecimento técnico e experiência prática, “salvo na contratação de obras e serviços de engenharia”.

Em relação ao §4º, contribui para a abertura das licitações nacionais às empresas estrangeiras ou, ainda, às empresas brasileiras com atuação internacional, recomenda-se que a tradução seja feita por tradutor juramentado para dar maior confiabilidade ao documento, evitando-se a sujeição de contestações e contraprovas.

A disposição do §5º transpõe para o nível legal as regras da Instrução Normativa nº 5/2017 do MPOG e que, no contexto da destacada regulamentação, já tinham sido referendadas pelo TCU, tendo por base o Acórdão TCU nº 1214/2013 — Plenário.

Ver Acórdão TCU nº 503/2021 — Plenário

Art. 6º da Lei 14.133/2021:

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;

Sobre o § 6º, pronunciou-se o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

Apelação Cível nº 690852-3 — 4ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba — Relator Des. Leonel Cunha: [...] A aprovação pela Administração é ato vinculado, logo, para a substituição da equipe técnica deve haver a comprovação documental, ao menos, da equivalência entre os profissionais envolvidos e a solicitação formal perante a Administração.

As entidades estrangeiras deverão comprovar a solicitação ou protocolo de registro na entidade profissional no momento da assinatura do contrato.

Em relação ao § 8º, 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 demonstraria a diminuição de capacidade operativa ou até financeira do licitante.

O §9º prevê a possibilidade de se exigir atestado de capacidade técnica de potenciais subcontratados e permissão que mais de um licitante poderá apresentar atestado do mesmo potencial subcontratado.

Consoante os §§ 10, I e II e 11 do art. 67, 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 (art. 15 da Lei 14.133/2021), sendo oportuno lembrar que conforme disposto no inciso IX do artigo 18 da NLLC todo o regramento relativo à participação de empresas em consórcio, assim como todas as outras exigências, deverá estar propriamente justificado na motivação circunstanciada das condições do edital, elaborada em fase preparatória do processo licitatório.

O §12 do art. 67 versa sobre a impossibilidade de aceitação de atestados de capacitação técnico-profissional emitidos em nome de profissionais que tenham dado causa à aplicação das sanções de impedimento ou declaração de inidoneidade para licitar e contratar, conforme o disposto em regulamento.

8. Da Habilitação Fiscal, Social e Trabalhista

Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:

I – a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II – a inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III – a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei; (Vide § 2º deste artigo.)

IV – a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei; (Vide § 2º deste artigo.)

V – a regularidade perante a Justiça do Trabalho; (Vide § 2º deste artigo.)

VI – o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

§ 1º Os documentos referidos nos incisos do caput deste artigo poderão ser substituídos ou supridos, no todo ou em parte, por outros meios hábeis a comprovar a regularidade do licitante, inclusive por meio eletrônico.

§ 2º A comprovação de atendimento do disposto nos incisos III, IV e V do *caput* deste artigo deverá ser feita na forma da legislação específica.

De acordo com o TCU, para fins de habilitação jurídica, é necessária a compatibilidade entre o objeto do certame e as atividades previstas no contrato social das empresas licitantes. A aferição dessa compatibilidade deve basear-se no contrato social da empresa⁴ e não nos códigos de atividades registrados no Cadastro Nacional de Atividades Econômicas (CNAE),⁵ cuja finalidade é meramente fiscal. Temos, ainda, decisão mais recente: “Para fins de habilitação jurídica nas licitações, faz-se necessária a compatibilidade entre o objeto do certame e as atividades previstas no contrato social das empresas licitantes.”⁶

O artigo 193 do CTN preceitua que a prova da quitação de todos os tributos devidos dar-se-á no âmbito da Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre. A comprovação de inscrição no cadastro de contribuinte e regularidade fiscal correspondente (estadual ou municipal) considerará a natureza da atividade, objeto da licitação. A exigência de inscrição no cadastro municipal decorre do âmbito da tributação incidente sobre o objeto da licitação; tratando-se de serviços em geral, incide o ISS, tributo municipal.

⁴ Ver Acórdãos nos 1.021/2007 e 642/2014, ambos do Plenário.

⁵ Ver Acórdão TCU nº 1.203/2011 (Plenário) e Acórdão no 10-44919, de 9/7/2013, da 6ª Turma de Julgamento (Porto Alegre) da Secretaria da Receita Federal.

⁶ Acórdão 503/2021-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN Boletim de Jurisprudência nº 347 de 29/03/2021

Conforme decisão do STJ sobre o tema:

Mandado de Segurança — Licitação — Habilitação somente da matriz. Realização do contrato por filial. Impossibilidade. [...]. Matéria fiscal. Domicílio tributário. Art. 127, II, CTN. 1 — Constatado que a filial da empresa ora interessada é que cumprirá o objeto do certame licitatório, é de se exigir a comprovação de sua regularidade fiscal, não bastando somente a da matriz, o que inviabiliza sua contratação pelo Estado. Entendimento do art. 29, incisos II e III, da Lei de Licitações, uma vez que a questão nele disposta é de natureza fiscal. 2 — O domicílio tributário das pessoas jurídicas de direito privado, em relação aos atos ou fatos que dão origem à obrigação, é o de cada estabelecimento — art. 127, II, do Código Tributário Nacional. (STJ — 1ª T.; REsp nº 900.604-RN; Rel. Min. Francisco Falcão; j. 15/3/2007).

Quando à Seguridade Social, cabe destacar o art. 195, §3º da CF e Decisão TCU nº 705/94-Plenário (Reafirmada por outras tantas decisões, tais como: Acórdão nº 441/97, DOU, 07.10. 1997; Decisão nº 161/97-Plenário — DOU, 22.04.1997; Decisão nº 416/98-Plenário — DOU, 17.07.1998, entre outras). FGTS : Vide art. 1º, §1º da Lei nº 13.805/2019.

Quanto à regularidade trabalhista, segundo disposto pela Lei nº 12.440/2011, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CNDT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 01.05.1943 (conferir a responsabilização subsidiária, conforme disposto nos artigos 50 e 121, § 2º, da Lei 14.133/2021):

É irregular a exigência de certidão de infração trabalhista para habilitação em processo licitatório, uma vez que o art. 29, inciso V, da Lei 8.666/1993 considera que a regularidade trabalhista deve ser atestada por intermédio da prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa (Título VII-A da CLT). (Acórdão 470/2022-Plenário | Relator: VITAL DO RÊGO

Informativo de Licitações e Contratos nº 432 de 05/04/2022
BJ TCU nº 392 de 28/03/2022)

O licitante deverá apresentar declaração de que não emprega menores de dezoito anos para a realização de trabalho noturno, perigoso ou insalubre e de que não emprega menores de dezesseis anos para a realização de qualquer trabalho, “salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”.

A comprovação de atendimento às disposições dos incisos III, IV e V (regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal; regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS; e regularidade perante a Justiça do Trabalho, respectivamente) deverá ser realizada na forma da lei.

9. Da Habilitação Econômico-Financeira

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

I – balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais; (Vide § 6º deste artigo.)

II – certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

§ 1º A critério da Administração, poderá ser exigida declaração, assinada por profissional habilitado da área contábil, que ateste o atendimento pelo licitante dos índices econômicos previstos no edital. (Vide art. 1º da Resolução CFC nº 1.554, de 6.12.2018.)

§ 2º Para o atendimento do disposto no caput deste artigo, é vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior e de índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 3º É admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição de sua capacidade econômico-financeira, excluídas parcelas já executadas de contratos firmados.

§ 4º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer no edital a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação. (Sobre a exigência de garantia da proposta, vide art. 58.)

§ 5º É vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a avaliação de situação econômico-financeira suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

§ 6º Os documentos referidos no inciso I do caput deste artigo limitar-se-ão ao último exercício no caso de a pessoa jurídica ter sido constituída há menos de 2 (dois) anos.

Marçal Justen, em sua obra que trata da nova lei, comenta:

A apresentação da documentação contábil pertinente aos dois últimos exercícios sociais destina-se a identificar a evolução da situação do licitante e identificar desvios, usualmente referidos como “maquiagem de balanços”. A exigência destina-se a permitir o cotejo entre a documentação contábil atinente aos dois exercícios. A continuidade dos lançamentos contábeis inviabiliza a desconformidade entre as informações constantes das demonstrações pertinentes ao último exercício relativamente àquelas do exercício pretérito. O cotejo destina-se a permitir a avaliação da consistência dos lançamentos, especialmente para evitar a alteração ou supressão de dados pertinentes ao cálculo dos índices e coeficientes. (JUSTEN FILHO, 2021).

No caso específico de ações de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, o TCU já reiterou que a participação e a habilitação das empresas em tais situações, no voto proferido pelo Ministro Relator Vital do Rêgo, “converge para a admissão da participação de licitantes em recuperação judicial, desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/1993”, conforme já decidido pela Corte de Contas no Acórdão 8.271/2011-TCU-2ª Câmara, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz. (Acórdão nº 1.201/2020 do TCU Plenário).

O §2º do art. 69 segue o disposto na SÚMULA Nº 289 do TCU:

A exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto licitado, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade.

Consoante o § 3º, passou a ser solicitado nos editais de terceirização de serviços com dedicação de mão de obra, após o Acórdão nº 1.214/2013 TCU – Plenário, o qual previu procedimentos mais específicos para essa espécie de contratação.

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.

Na mesma medida, Marçal Justen aduz:

Há, porém um esclarecimento necessário. Todos os compromissos que afetem o patrimônio líquido terão de estar previstos no balanço. A relação de compromissos apenas pode referir-se a eventos posteriores à data de apuração do balanço. Ora, a empresa pode ter ampliado o montante de seus compromissos após o balanço tanto quanto pode ter ampliado sua disponibilidade de recursos. Logo, deve ser assegurado ao licitante demonstrar que os compromissos supervenientes não reduziram o montante do patrimônio líquido, de modo a continuar a preencher os requisitos do edital. (JUSTEN FILHO, 2021)

Os índices contábeis usualmente mais utilizados são os que indicam a liquidez geral (LG), a solvência geral (SG), a liquidez corrente (LC), etc., cujas fórmulas podem ser encontradas no art. 22 da Instrução Normativa nº 3, de 26 de abril 2018, que dispõe sobre o SICAF, Atualizada pela IN nº 10, de 10 de fev. de 2020.

Quanto às empresas criadas no exercício financeiro da licitação, deverão atender a todas as exigências da habilitação e ficarão autorizadas a substituir os demonstrativos contábeis pelo balanço de abertura.

Para participação em *licitação* regida pela Lei nº 8.666/1993, o microempreendedor individual (MEI) deve apresentar, quando exigido para fins de qualificação econômico-financeira, o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social (art. 31, inciso I, da Lei 8.666/1993), ainda que dispensado da elaboração do referido balanço pelo Código Civil (art. 1.179, § 2º, da Lei 10.406/2002). (Acórdão 133/2022-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES. Informativo de Licitações e Contratos nº 429 de 15/02/2022. BJ TCU nº 387 de 14/02/2022)

10. Da Apresentação da Documentação Necessária

Art. 70. A documentação referida neste Capítulo poderá ser:

I – apresentada em original, por cópia ou por qualquer outro meio expressamente admitido pela Administração;

II – substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e que o registro tenha sido feito em obediência ao disposto nesta Lei;

III – dispensada, total ou parcialmente, nas contratações para entrega imediata, nas contratações em valores inferiores a 1/4 (um quarto) do limite para dispensa de licitação para compras em geral e nas contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento até o valor de R\$359.436,08 (trezentos e cinquenta e nove mil quatrocentos e trinta e seis reais e oito centavos)

Parágrafo único. As empresas estrangeiras que não funcionem no País deverão apresentar documentos equivalentes, na forma de regulamento emitido pelo Poder Executivo federal.

Os documentos de habilitação deverão ser apresentados em original, por cópia ou por qualquer outro meio expressamente admitido pela Administração⁷, podendo ser substituídos por registro cadastral emitido por um sistema geral, como é o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, ou por sistema do próprio ente licitante, respeitando os preceitos da Lei nº 14.133/2021.

Informe-se que, no parágrafo III, do art. 70 da NLL:

- a.** a compra com entrega imediata é aquela cujo prazo de entrega é de até 30 dias da ordem de fornecimento (inciso X do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021)⁸;
- b.** o limite para a dispensa de licitação para compras em geral é de R\$ 59.906,02 , logo, ¼ corresponde, atualmente, a R\$ 14.976,51⁹;
- c.** o produto para pesquisa e desenvolvimento é “bens, insumos, serviços e obras necessários para atividade de pesquisa científica e tecnológica, desenvolvimento de tecnologia ou inovação tecnológica, discriminados em projeto de pesquisa” (inciso LV do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021), até o valor de R\$ 359.436,08.

Quanto ao § único do art. 70, somente a União pode emitir esse regulamento.

⁷ Vide Lei nº 13.726, de 8.10.2018, que institui o Selo de Desburocratização e Simplificação.

Ver art. 12 da Lei nº 14.133/2021, em seus incisos IV e V e §2, bem como o art. 17, §4º; o art. 65, §2º; o art. 68, §1º e o art. 91, §3º da mesma Lei

⁸ O mesmo entendimento encontra-se no regulamento do Art. 20 da Instrução Normativa nº 67/2021

⁹ O mesmo entendimento encontra-se no regulamento do Decreto nº 11.317/2022.

11. Do Encerramento da Licitação

Art. 71. Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e esgotados os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá:

- I – determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades;
- II – revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade;
- III – proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável;
- IV – adjudicar o objeto e homologar a licitação. (Vide art. 54, §3º)

§ 1º Ao pronunciar a nulidade, a autoridade indicará expressamente os atos com vícios insanáveis, tornando sem efeito todos os subsequentes que deles dependam, e dará ensejo à apuração de responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

§ 2º O motivo determinante para a revogação do processo licitatório deverá ser resultante de fato superveniente devidamente comprovado.

§ 3º Nos casos de anulação e revogação, deverá ser assegurada a prévia manifestação dos interessados.

§ 4º O disposto neste artigo será aplicado, no que couber, à contratação direta e aos procedimentos auxiliares da licitação.

Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a competente decisão será adotada, na hipótese em que se revelar medida de interesse público (Art. 147, incisos I a XI e parágrafo único da Lei nº 14.133/2021).

Nos termos do inciso I, concluindo por vício sanável, devolver todo o processo à comissão (ou ao pregoeiro) para nova apreciação;

E, especificamente quanto à habilitação, esse caminho é consolidado na Lei nº 14.133/2021 no inciso III do art. 12 e no § 3º do art. 169.

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;

Art. 169, § 3º, I, que estabelece o dever de os agentes públicos em geral, “quando constatarem simples impropriedade formal”, adotarem “medidas para o seu saneamento”.

E, especificamente quanto à habilitação, o § 1º do art. 64 assegura à Administração a prerrogativa de “sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação”

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”.

A anulação, diferentemente da revogação, não está alicerçada no interesse público, mas no vício, na ilegalidade, e, importante ainda registrar que não se afasta, na anulação, a provocação de terceiros.

O risco de prejuízos para a Administração pode excepcionalmente justificar a convalidação de atos irregulares ocorridos na *licitação* e a continuidade da execução do contrato, em razão da prevalência do interesse público. (Acórdão 988/2022-Plenário | Relator: ANTONIO ANASTASIA BJ TCU nº 400 de 23/05/2022)

A Administração pode, por razões de interesse público, não declarar a nulidade de ato ilegal verificado na formalização do contrato ou no *certame licitatório* que o precedeu, quando tal medida puder causar prejuízo maior do que a manutenção do ato viciado. (Acórdão 2075/2021-Plenário | Relator: RAIMUNDO CARREIRO. BJ TCU nº 372 de 27/09/2021)

A autoridade homologadora é responsável solidariamente pelos vícios identificados nos *procedimentos licitatórios*, exceto se forem vícios ocultos, dificilmente perceptíveis. A homologação se caracteriza como ato de controle da autoridade competente sobre todos os atos praticados na respectiva *licitação*. Esse controle não pode ser tido como meramente formal ou chancelatório, mas como ato de fiscalização. (Acórdão 505/2021-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER. BJ TCU nº 347 de 29/03/2021)

Tanto a anulação quanto a indenização do contratado por prejuízos que não lhe possam ser imputados (art. 149, *caput*) demandam da Administração a

apuração de responsabilidade para efeito da responsabilização de quem lhe tenha dado causa.

A revogação se dá por fato superveniente ao início do certame, devidamente fundamentada. Assim, a revogação não desconstitui efeitos passados. Apenas, ao atingir um ato ainda ineficaz, impede que este venha a gerar efeitos. Ou, então, ao atingir efeitos de um ato eficaz, encerra seu prosseguimento.

O art. 165, inciso I, “d” determina que caberá recurso, no prazo de 3 (três) dias úteis, nos casos de anulação e revogação.

O disposto neste art. 71 aplica-se, no que couber, aos casos de compra direta por dispensa ou inexigibilidade (arts. 74 e 75) e aos procedimentos auxiliares das licitações e das contratações previstos no art. 78 (credenciamento; pré-qualificação; procedimento de manifestação de interesse; sistema de registro de preços e registro cadastral).

12. Jurisprudência

- *Para comprovação do vínculo profissional do responsável técnico com a licitante (art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993), deve-se admitir a apresentação de cópia da carteira de trabalho (CTPS), cópia do contrato social da licitante em que conste o profissional como sócio, cópia do contrato de trabalho ou, ainda, declaração de contratação futura do profissional detentor do atestado apresentado, desde que acompanhada de declaração de anuência do profissional. Acórdão 1450/2022-Plenário | Relator: VITAL DO RÊGO.*
- *Na falta de documento relativo à fase de habilitação em pregão que consista em mera declaração do licitante sobre fato preexistente ou em simples compromisso por ele firmado, deve o pregoeiro conceder-lhe prazo razoável para o saneamento da falha, em respeito aos princípios do formalismo moderado e da razoabilidade, bem como ao art. 2º, caput, da Lei 9.784/1999. Acórdão 988/2022-Plenário | Relator: ANTONIO ANASTASIA*
- *Para fins de habilitação jurídica nas licitações, faz-se necessária a compatibilidade entre o objeto do certame e as atividades previstas no contrato social das empresas licitantes. Acórdão 503/2021-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN - Boletim de Jurisprudência nº 347 de 29/03/2021.*
- *A exigência de número mínimo de atestados técnicos é medida excepcional, que deve ser adotada exclusivamente quando a especificidade do objeto assim exigir e não houver comprometimento à competitividade do certame, e*

apenas se devidamente justificada no processo administrativo da licitação. Acórdão 924/2022-Plenário | Relator: ANTONIO ANASTASIA

- *A exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, para fins de atestar a capacidade técnico-operacional, deve guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto e recair, simultaneamente, sobre as parcelas de maior relevância e valor significativo. Como regra, os quantitativos mínimos exigidos não devem ultrapassar 50% do previsto no orçamento base, salvo em condições especiais e devidamente justificadas no processo de licitação. Acórdão 1251/2022-Segunda Câmara | Relator: ANDRÉ DE CARVALHO*
- *É irregular a exigência de que a atestação de capacidade técnico-operacional de empresa participante de certame licitatório seja registrada ou averbada junto ao Crea, uma vez que o art. 55 da Resolução-Confea 1.025/2009 veda a emissão de Certidão de Acervo Técnico (CAT) em nome de pessoa jurídica. A exigência de atestados registrados nas entidades profissionais competentes deve ser limitada à capacitação técnico-profissional, que diz respeito às pessoas físicas indicadas pelas empresas licitantes. Acórdão 470/2022-Plenário | Relator: VITAL DO RÊGO*
- *Para participação em licitação regida pela Lei 8.666/1993, o microempreendedor individual (MEI) deve apresentar, quando exigido para fins de qualificação econômico-financeira, o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social (art. 31, inciso I, da Lei 8.666/1993), ainda que dispensado da elaboração do referido balanço pelo Código Civil (art. 1.179, § 2º, da Lei 10.406/2002). Acórdão 133/2022-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES*
- *A exigência de comprovante de qualificação técnica (art. 30 da Lei 8.666/1993) contendo quantitativos superiores a 50% do previsto para a execução, sem motivação específica, constitui restrição indevida à competitividade. Acórdão 2595/2021-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS*
- *É lícita a admissão da juntada de documentos, durante as fases de classificação ou de habilitação, que venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame, sem que isso represente afronta aos princípios da isonomia e da igualdade entre as licitantes. Acórdão 966/2022-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER*
- *A vistoria ao local da prestação dos serviços somente deve ser exigida quando imprescindível, devendo, mesmo nesses casos, o edital prever a possibilidade de substituição do atestado de visita técnica por declaração do responsável técnico da licitante de que possui pleno conhecimento do obje-*

to, das condições e das peculiaridades inerentes à natureza dos trabalhos.
Acórdão 1737/2021-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA

- É irregular a aceitação de atestado emitido por pessoa física para fins de comprovação da capacidade técnica de empresa licitante (art. 30, § 1º, da Lei 8.666/1993). Acórdão 927/2021-Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES

CAPÍTULO IX

Contratação Direta e Procedimentos Auxiliares

UMA ANÁLISE DOS ARTIGOS 72 À 88 DA NLLC

Jorge Gomes Marinho

Ana Maria Ferreira Sales e Souza

1. Aspectos Básicos da Contratação Direta

A contratação direta na Administração Pública tem sua relevância no ordenamento jurídico brasileiro, e se fundamenta na Constituição Federal, especificamente em seu art. 37, inciso XXI.

O citado artigo institui **normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**, e o inciso XXI estabelece que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública...”, onde “ressalvados os casos...” significa que a contratação direta é uma exceção à regra ao dever de licitar, mas é uma exceção constitucional.

É que o constituinte autorizou que o legislador estabelecesse hipóteses, ou seja, situações em que não se faz necessário realizar licitação, mencionando a contratação direta como uma exceção à regra ao dever de que a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios possuem de realizar o devido procedimento licitatório, visando a selecionar a proposta mais vantajosa, para posteriormente firmar contrato administrativo do seu interesse, com vistas à realização do interesse público.

Em decorrência da exceção ao dever de licitar, ora mencionada, por inúmeras vezes no exercício da atividade administrativa, as contratações de compras, obras, serviços e alienações são realizados através de um processo

de contratação direta, e, muito embora a Administração possua o dever de licitar garantido constitucionalmente e de criar um ambiente concorrencial, o próprio constituinte assegurou que em certos casos específicos previstos na legislação, se estabelecessem hipóteses excepcionais em que não se faz necessário realizar licitação, sendo assim possível e admissível, nas hipóteses expressamente previstas em lei, a realização de contratação sem o prévio processo licitatório.

Convém destacar que as hipóteses acima mencionadas são de extrema relevância no cenário jurídico nacional, pois, a Administração Pública não está apta a ser gerida sem a existência e prática das exceções ao dever de licitar. Os entes públicos para exercício da gestão pública necessitam da contratação direta por se tratar de um instrumento de gestão.

Assim, licitar é a regra e contratar diretamente é exceção a essa regra, autorizada constitucionalmente. Embora se trate de uma exceção, as hipóteses de contratação direta existem, estão previstas em lei e muitos agentes públicos conduzem tais processos com muitas dúvidas e dificuldades, mas sua existência, quando bem utilizado, é fundamental para a gestão pública.

A relevância da contratação direta em termos numéricos e a título de curiosidade pode ser facilmente constatada mediante uma breve análise dos dados constantes no portal da transparência do governo federal, uma vez que ali se mencionam todas as despesas distribuídas diariamente. Especificamente, no ano de 2020 foi direcionado às Dispensas e Inexigibilidades mais de 50% (cinquenta por cento) do volume de recursos contratados pela União Federal, senão vejamos:

Licitações com contratação realizada		CONSULTA DETALHADA
QUANTIDADE DE LICITAÇÕES COM CONTRATAÇÃO NO ANO 131.835	VALOR TOTAL DAS CONTRATAÇÕES POR MEIO DE LICITAÇÃO, DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE NO ANO R\$ 94,53 BILHÕES	Escolha o ano desejado: 2018 2019 2020 2021 2022
Visão geral das licitações com contratação no ano		DETALHAR LICITAÇÕES

Fonte: Portal da Transparência - <https://www.portaltransparencia.gov.br/licitacoes>

Ainda que esses dados se refiram apenas ao Executivo Federal, percebe-se, com a análise dos dados ora mencionados, que no ano de 2020, em face da grave pandemia da Covid-19, o instituto da contratação direta foi instru-

mento imprescindível para atendimento e satisfação dos serviços públicos essenciais e das necessidades da população que naquele momento emergencial necessitava deles, os quais somente através do instrumento jurídico da contratação direta foram alcançados, permitindo à Administração Pública o alcance do interesse público com maior celeridade.

Nesse sentido, deve-se desconstruir a ideia de que quando a Administração se utiliza do instrumento da contratação direta, o faz com os fins de praticar ato ilícito, ou adotar conduta que, possivelmente, está direcionada à realização de um processo sorrateiro e corruptivo. Na verdade, consiste em um instrumento de política pública essencial para qualquer gestor público, desde que bem-intencionado e em estrita consonância com as hipóteses expressamente previstas na Nova Lei 14.133/2021.

O que se busca é o cumprimento do regramento legal, o qual se encontra positivado na lei, à luz da Constituição Federal, a qual estabeleceu que não houvesse licitação formal, mas, um procedimento interno, rigoroso e legalmente previsto, onde deverá prevalecer o controle da vantajosidade e eficiência.

Na antiga Lei de Licitações, o tema em estudo encontra-se previsto nos artigos 24 a 26, e com o advento da Nova Lei de Licitações - Lei n.º 14.133/2021, nos artigos 72 a 75, os quais trazem as hipóteses de Inexigibilidade e de Dispensa de Licitação, sendo esta última norteadora do estudo do presente capítulo.

Em um comparativo do que antes se encontrava disposto na antiga Lei 8.666/93 e o que atualmente encontra-se vigente na Nova Lei de Licitações referente ao tópico de contratação direta, percebe-se que diversos pontos foram acrescentados, especialmente no que se refere ao cumprimento de exigências necessárias, bem como do regramento legal, destacando como a maior diferença e importância nas contratações públicas a criação de um capítulo próprio para a Contratação Direta, qual seja, o 8º (oitavo), e está dividido em três partes:

- I.** Do Processo de Contratação Direta - art. 72 e 73;
- II.** Inexigibilidade - art. 74;
- III.** Dispensa - art. 75.

Muito embora a Nova Lei de Licitações tenha se mantido grande parte das hipóteses já existentes na antiga Lei 8.666/93, houve um acréscimo que alterou, substancialmente, as regras da fase preparatória da Contratação Direta, ficando demonstrado, pelo legislador, a relevância das alterações e a divisão abordada na Nova Lei de Licitações, bem como a importância de se realizar um procedimento formal mediante um processo bem instruído.

2. Da Instrução do Processo de Contratação Direta

Observa-se no art. 72 da Nova Lei de Licitações como se deve ocorrer o cumprimento do regramento legal específico da contratação direta, sendo necessário instruir o processo com a inclusão de documentos conforme as exigências contidas no mencionado artigo, nos termos a seguir:

1. DFD - Documento de formalização da demanda - é a identificação do objeto formalizando a necessidade, dependendo do caso, pode ETP - estudo técnico preliminar, análise de riscos, Termo de Referência, Projeto Básico ou Projeto Executivo;
2. Estimativa de despesa - estimar a despesa que será realizada quando da contratação, observando a compatibilidade da previsão de recursos orçamentários, nos termos do art. 23 da NLLC, o qual estabelece os instrumentos para identificar o valor previamente estimado para a contratação;
3. Parecer Jurídico e pareceres técnicos - que demonstrem na hipótese, se for o caso, o atendimento dos requisitos exigidos;
4. Compatibilidade da previsão de recursos orçamentários - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso assumido;
5. Requisitos de habilitação e qualificação mínima;
6. Razão da escolha do contratado (justificativa);
7. Justificativa de preço - tem que justificar o preço, pois não se pode contratar a qualquer custo;
8. Autorização da autoridade competente.

Dentre as exigências contidas no art. 72 da Nova Lei de Licitações, se torna necessário destacar a questão do Parecer Jurídico. Em uma leitura do art. 55, § 4º, da nova Lei de Licitações, percebe-se a exigência de que o órgão de

assessoramento jurídico realize controle prévio nas contratações diretas, através da emissão de Parecer Jurídico.

Porém, a exigência mencionada e prevista no art. 55 da NLLC não caracteriza a obrigatoriedade da manifestação da assessoria jurídica em todas as contratações diretas. Nesse sentido, torna-se oportuno mencionar que no âmbito Federal a AGU - Advocacia Geral da União tem entendimento de que nem toda contratação direta precisa de manifestação da assessoria jurídica, e, bem assim como elaboração de Parecer Jurídico, nos termos da Orientação Normativa nº 69/2021, de 13/09/2021, a seguir:

Não é obrigatória manifestação jurídica nas contratações diretas de pequeno valor com fundamento no art. 75, I ou II, e § 3º da lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, salvo se houver celebração de contrato administrativo e este não for padronizado pelo órgão de assessoramento jurídico, ou nas hipóteses em que o administrador tenha suscitado dúvida a respeito da legalidade da dispensa de licitação. Aplica-se o mesmo entendimento às contratações diretas fundadas no art. 74, da lei nº 14.133, de 2021, desde que seus valores não ultrapassem os limites previstos nos incisos I e II do art. 75, da lei nº 14.133, de 2021. (ON AGU nº 69/2021).

É oportuno mencionar, ainda, que na antiga Lei de Licitações a exigência de manifestação jurídica encontra-se prevista no artigo 38, parágrafo único, para aprovação das minutas de edital e de contrato, enquanto na nova Lei de Licitações encontra-se previsto no art. 72; no entanto, a AGU, no âmbito Federal, entende que nem sempre é necessária a respectiva manifestação jurídica, conforme ON AGU nº 69/2021.

No tocante à questão da justificativa de preço nas contratações diretas, vale mencionar que o legislador criou uma regra geral quanto à utilização dos mesmos parâmetros contidos no art. 23, § 4º da nova Lei de Licitações, os quais se constituem nos mesmos dispositivos que dispõe sobre a pesquisa de preços para realização de licitações, ou seja, os correspondentes para realização de um pregão. E, na impossibilidade de ser utilizado esse parâmetro, o legislador orientou usar informações trazidas pelo próprio futuro contratado, desde que observadas às seguintes condições:

- 1)** Contratação semelhante de Objeto de mesma natureza;
- 2)** Notas Fiscais emitidas há menos de 1 (um) ano.

Oportunamente, deve-se registrar a importância da criação na NLLC do PNCP - Portal Nacional de Contratações Públicas, nos termos do art. 174, sítio eletrônico oficial.

No sobredito artigo, em seu inciso I, restou definida a divulgação centralizada e obrigatória dos atos praticados no processo acerca de contratação pública, seja contratação direta ou processo de licitação, exceto aquelas situações em que o sigilo de informações se mostre imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, casos em que deverão estar expressamente previstos na Lei do Acesso à Informação - LAI de nº 12.527/2011.

O fato é que o dito artigo traz a necessidade de divulgação no PNCP- Portal Nacional de Contratações Públicas, e desse modo centraliza as informações sobre os fornecedores do setor público em todo o país, permitindo a coleta de dados de forma positiva referente ao tratamento dessas informações em larga escala, com a construção de índices de reputação de fornecedores.

3. Responsabilidade da Contratação Direta

No que concerne à responsabilidade da contratação direta, o tema encontra-se estabelecido na Nova lei de Licitações em seu art. 73, o qual preconiza:

Art. 73. Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Não havia referencial do sobredito artigo na antiga Lei de Licitações, a qual não tratou especificamente dessa matéria. A citada Lei fazia menção apenas à responsabilidade solidária dos membros da Comissão de Licitação, conforme estabelecido em seu art. 51, § 3º.

Os termos do artigo 73 refletem uma preocupação justa do legislador em relação às contratações diretas realizadas de forma indevida, observando que somente serão assim consideradas e haverá responsabilização se ocorrer à concretização das características ali citadas.

E por que o legislador foi enfático ao mencionar as expressões **dolo, fraude ou erro grosseiro**? Porque definiu que não há responsabilização por presunção, cabendo à Administração Pública o ônus de comprovar o prejuízo estatal, com demonstração clara e precisa de que houve sobrepreço ou superfaturamento quando da realização da contratação, capaz de imputar alguma irregularidade e cominar responsabilização pelo dano causado por parte daquele que violou o dever jurídico a que estava submetido tanto o agente público quanto o contratado.

Importante ressaltar que a questão tratada no dito artigo mantém uma correlação direta no que se refere à responsabilização trazida pela LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lei 13.655/2018, a qual estabeleceu a responsabilidade dos servidores públicos no caso de dolo ou erro grosseiro, e à Lei de Improbidade administrativa no tópico da contratação direta indevida. Assim, o erro meramente comum e ordinário não gera responsabilização e nem tão pouco caracteriza a responsabilidade de forma solidária.

4. Contratação Direta por Inexigibilidade

4.1. Conceito e fundamento da inexigibilidade

Iniciamos, neste mister, trazendo mais uma hipótese de contratação direta, prevista em lei, a qual se considera também uma exceção à regra, qual seja, INEXIGIBILIDADE, que se define a seguir. Como definir semanticamente inexigibilidade? Trata-se, na língua portuguesa, segundo o dicionário online, de um substantivo feminino que designa a qualidade do que é inexigível ou que se não pode exigir.

O que é uma inexigibilidade em licitação? Diz-se que a inexigibilidade diz respeito às situações em que a competição, o princípio básico das licitações, não é viável. Geralmente, essa impossibilidade de competição ocorre quando é completamente inviável a competição, princípio básico das licitações.

Como podemos ver em inúmeras fontes, uma das as definições das exceções em licitação é a Inexigibilidade, pois nesse quesito percebe-se a impossibilidade da materialidade da licitação.

A Administração Pública, quando deseja adquirir ou contratar serviços, não pode fazê-los ao seu bel prazer, tendo que respeitar a legislação que encon-

tra amparo no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, que esclarece sobre os procedimentos para as aquisições e/ou contratações, trazendo no início do *caput* do referido artigo acerca das exceções em licitar, quais sejam, Dispensa de Licitação e Inexigibilidade de Licitação, como podemos ver:

Art. 37. 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.

Dessa forma, vemos a preocupação do legislador, buscando albergar nas compras e aquisições, bem como nas contratações, pontos em que o procedimento formal não caberia, uma vez que não há como licitar, devendo buscar os meios para contratação e/ou aquisições através de Termo circunstanciado devidamente apreciado pelo jurídico, verificando a legalidade de modo que não haja falhas quando da concretização do procedimento administrativo após o que deverá ser ratificado pela autoridade competente, como assim o define a Lei 14.133/21.

4.1.1.DA INEXIGIBILIDADE NOS TERMOS DA LEI 8.666/93

Na antiga lei das licitações, a Lei federal nº 8.666 de junho de 1993, no seu artigo 25 traz o que pode ser definido com inexigível, como assim se classifica:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - Para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

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

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1o Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2o - Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Assim, podemos verificar que, nas contratações nas quais ocorre a inviabilidade de competição, não podendo ocorrer outra forma de contratação, será cabível sua realização através do procedimento que se denomina Inexigibilidade de licitação.

Isto ocorre quando verificamos que a necessidade do poder público esbarra na impossibilidade de licitar, visto que o que se deseja só se pode adquirir diretamente com o fornecedor do bem ou serviço, pois inviabilizada a competitividade do objeto que se pretende contratar. Assim, a licitação poderá ser inexigível nos seguintes casos:

1. Fornecedor exclusivo;
2. Contratação de serviços técnicos especializados;
3. Contratação de artistas.

Importante se faz ressaltar que na legislação antiga, ou seja, na Lei 8.666/93, em seu art. 25, como visto anteriormente, se encontram definidas as formas de como contratar por inexigibilidade. Passaremos a estudar como a nova legislação tratou do tema.

4.1.2.DA INEXIGIBILIDADE NOS TERMOS DA LEI 14.133/21 - NLLC

Na nova lei de licitações verificamos que as contratações por inexigibilidade dar-se-ão, conforme definidas no seu artigo 74:

Da Inexigibilidade de Licitação

“Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de...”

Podemos observar que a Lei 14.133/21 manteve a redação do artigo 25 da Lei 8.666/93, acrescentando apenas o pequeno texto “nos casos de”, assim os dispositivos subsequentes tratam das possibilidades (rol exemplificativo) de se contratar por inexigibilidade.

Nesse caso, vamos nos ater ao que tem se apresentado como pontos no quais podemos verificar a maioria das contratações por inexigibilidade:

4.1.2.1. Da contratação por exclusividade

I - Aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa e representantes comerciais exclusivos;

Podemos observar que no inciso I a nova redação autoriza a “contratação de serviços”, o que se trata de uma inovação com os fins de facilitar a Administração Pública quando da realização das contratações de serviços.

Neste dispositivo, percebe-se a mesma grafia inicial e, ressalvadas algumas restrições, parte do conteúdo foi suprimida, como que deixando para o agente público a responsabilidade daquilo, que, ao nosso ver, tem a subjetividade de não deixar o ente público fragilizado. Na antiga Lei 8.666/93, verificamos a íntegra do inciso I do artigo 25 que assim se expressa:

I - Para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

Sobre a comprovação da exclusividade, observa-se que a antiga Lei 8.666/93 anteriormente não tratava desse tema. Porém, observando a redação da nova Lei de Licitações, agora bem mais adequada, pode-se constatar de forma bem explícita e mais adequada que ainda carece da demonstração da

inviabilidade de licitar (competir), o que **deve** ser demonstrado através de documentos comprobatórios para ratificar a contratação por inexigibilidade, havendo sempre a obrigatoriedade de comprovação dessa **exclusividade** via documentos, observando o que expressa o § 1º do artigo 74, abaixo descrito:

Art. 74. § 1º Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência por marca específica.

O artigo, ao estabelecer a questão da exclusividade, determina que sua execução seja realizada documentalmente, e a instituição que emitir o documento deverá ser pertinente à área do objeto que atenderá a demanda da Administração Pública, bem como ser de reconhecimento nacional ou regional e tenha correlação com a área que se deseja adquirir ou contratar.

4.1.2.2. Da contratação de artistas

II - Contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

Aqui, constata-se que o legislador fez o cambiamento do inciso III da antiga Lei 8.666/93 e simplificou a contratação para profissionais do setor artístico, como podemos averiguar:

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

O conceito de empresário exclusivo não encontra eco na antiga Lei 8.666/93. Já a nova lei de licitações trouxe um conceito específico para definir o que seja **empresário exclusivo**, possivelmente com o fito de não deixar dúvidas na hora de contratar; saber quem representa o “artista”, devendo o agente público ter o cuidado de, no momento de efetivar a contratação, atentar para o que aqui se encontra definido de forma clara, não podendo haver contratação via “atravessadores”.

§ 2º Para fins do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.

A contratação de artista se apresentou, sempre, como o calcanhar de Aquiles no momento em que a Administração busca uma contratação para atender uma demanda e que sempre esbarra em quem contratar, como contratar e quais documentos devem-se exigir para efetivar a contratação sem que se deixe, por assim dizer, a Administração Pública vulnerável a questionamentos por parte dos órgãos fiscalizadores. Assim, vê-se a preocupação do legislador para definir bem o que seja um “**empresário exclusivo**”.

4.1.2.3. Da contratação de serviços técnicos especializados

III - Contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) Estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
- b) Pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) Assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) Fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) Patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) Treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) Restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
- h) Controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

A nova Lei define nas alíneas do citado artigo quais são os serviços técnicos que podem ser contratados por meio de inexigibilidade de licitação e, dentro desse mesmo dispositivo, encontram-se elencados os que são considerados

serviços técnicos especializados. Deve-se ressaltar que o rol dos serviços técnicos acima transcritos é taxativo.

Em determinada oportunidade, houve denúncia, para o TCU, acerca da contratação e o órgão fiscalizador se pronunciou acerca do pleito denunciado, uma vez que o ente público buscou contratar por exclusividade e as instâncias se pronunciaram sobre a denúncia apresentada.

Percebe-se no relato apresentado abaixo, conforme se expressa o TCU, que em todas as contratações o ente público tem o dever de planejar bem, devendo fazê-lo com tempo hábil para a realização dos serviços a serem prestados, uma vez que se tratava de um evento internacional e a obrigação de auferir a singularidade era necessária, sendo uma condição “*sine qua non*”.

Inexigibilidade de licitação: 1 - Singularidade do objeto e seu caráter incomum Denúncia formulada ao TCU apontou suposta irregularidade no âmbito do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CONFEA), envolvendo a contratação de serviços de consultoria e de treinamento por inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, II, da Lei n.º 8.666/93. Para a unidade técnica, as razões de justificativa do presidente do CONFEA sobre a contratação de pessoa física para “prestar consultoria com o objetivo de assessorar a organização e elaboração de edital de licitação para a contratação de empresa especializada para a organização do evento WEC-2008 (Congresso Mundial de Engenheiros)” e para “ministrar curso de capacitação de pessoal no âmbito de concepção e operacionalização da Resolução n.º 1.010/2005” deveriam ser acolhidas. No primeiro caso, entendeu a unidade técnica que “o objeto contratado se reveste de singularidade, visto o caráter incomum do evento de cunho internacional, que [...] envolveria diversos aspectos que, de fato, exigiriam um planejamento pormenorizado, com vistas a um resultado exitoso”. Tratava-se, ainda, de “serviço técnico especializado, previsto no art. 13 da Lei de Licitações, prestado por profissional notoriamente especializado”, estando presentes, portanto, todos os requisitos do art. 25, II, da Lei n.º 8.666/93. No segundo caso, quanto à prestação de serviços de capacitação sobre a Resolução n.º 1.010/2005, “que dispõe sobre a regulamentação da atribuição de títulos profissionais, atividades, competências e caracterização no âmbito de atuação dos profissionais inseridos no Sistema CONFEA/CREA, para efeito de fiscalização do exercício profissional”, a unidade técnica também concluiu que as justificativas apresentadas mereceriam prosperar. “Primeiramente, trata-se de serviço técnico enumerado no art. 13, inciso VI, daquele normativo. Em segundo lugar, tem natureza singular, considerando o ineditismo e as especificidades da recém-

-aprovada Resolução nº 1.010/2005, cuja complexidade suscitou diversas discussões e questionamentos, antes, durante e após sua aprovação. Por fim, resta patente a notória especialização do profissional contratado, que teria participado, como consultor, das diversas etapas de sua elaboração, detendo profundo conhecimento da matéria”. Acompanhando a unidade instrutiva, o relator propôs e o Plenário decidiu acolher os argumentos do responsável. Acórdão n.º 658/2010-Plenário, TC-021.717/2007-5, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 31.03.2010.

Ressalta-se, porém, que os profissionais devem ser detentores dessa especificidade e do tecnicismo ou expertise no desempenho do que o gestor público deseja contratar; devem ter consagração por serviços anteriormente executados ao longo do tempo, o que pode ser comprovado pelo seu conhecimento, ou seja, precisa ser notório especialista, cuja definição veio no art. 74, § 3º:

Para fins do disposto no inciso III do *caput* deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Outro dispositivo que está mais detalhado na nova Lei 14.133/21 é a forma de auferir a notória especialização. Sua comprovação estará a cargo de: desempenho anterior; estudos e experiência comprovados; publicações; por organismos pertinentes, dentro da área de atividade; organizações e o aparelho da equipe técnica de trabalho, ou outros requisitos que permitam ao agente público aferir a essencialidade do trabalho a ser contratado, devendo, assim, atender a plena satisfação do objeto a ser contratado. Verificamos que o requisito máximo é a comprovação dessa notória especialização na prestação desses serviços, como forma de salvaguardar a Administração Pública.

A comprovação da singularidade dos serviços, bem como sua execução, ficará a cargo de profissionais que detenham notoriedade no desempenho. Assim temos decisões do TCU sobre esses assuntos.

4.1.2.4. Da subcontratação

Segundo o portal compras públicas (<https://www.portaldecompraspublicas.com.br>): *“a subcontratação se reveste em uma ferramenta que se torna útil no mundo nas contratações públicas (licitações), mais especificamente em se tratando de contratos de serviços.”*

A subcontratação, nesse caso, se reveste de uma utilidade; por exemplo, se uma licitação for de preço global e há serviços que a empresa vencedora não executa, para entregar a obra licitada, a vencedora do certame subcontrata outra que executa os serviços necessários para a finalização da obra licitada.

A subcontratação não deve ser obrigatória e deve figurar no edital a permissão para a subcontratação parcial da obra, não do objeto licitado como um todo, somente uma parte deste.

Muitas vezes, a necessidade da subcontratação se reveste em uma vantagem para a Administração Pública e, também, para a empresa contratada. Isso porque o ente público não se responsabiliza pela empresa subcontratada, o que gera uma satisfação para ambos, pois a vencedora do certame concentra a sua atividade no contexto geral e no que sabe executar da melhor forma possível.

A subcontratação é um conceito ainda em adequação nos dias de hoje. Essa terminologia ganhou vez e voz em 2017 com a Lei das terceirizações – Lei nº 13.429/2017. A subcontratação se reveste na transferência de execução de parte do objeto licitado por um terceiro que o executa com maior facilidade ou domina o *know how*, a expertise da execução de determinados serviços que está no projeto básico. Atentem sempre que a “**subcontratação**” deve constar no edital de licitação.

Verificamos que a nova lei de licitações veda, **peremptoriamente**, a realização de subcontratação nas contratações por inexigibilidade:

Art. 74. § 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do **caput** deste artigo, **é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.**

Aqui, cabe esclarecer que todo agente público tem que atentar para o que se deseja contratar e qualquer desvio do que foi explicitado no Termo Justificativo de Inexigibilidade para a contratação não deve jamais acontecer.

4.1.2.5.Do credenciamento

IV - Objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

Podemos, a título de informação, esclarecer que o credenciamento, antes omissos na antiga Lei 8.666/93, hoje merece destaque na nova Lei 14.133/21 e será tratado no capítulo pertinente a procedimentos auxiliares.

4.1.2.6.Da aquisição e locação de imóveis

V - Aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

Esse tipo de contratação, antes integrante do capítulo 24 da antiga Lei 8.666/93, no inciso X, era tratado como dispensa de licitação, conforme abaixo:

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;

O Legislador entendeu que, se o agente público deseja a locação ou a aquisição de um imóvel para atender suas necessidades, este deve estar próximo para atender as suas demandas, logo este deve ser locado ou adquirido por inexigibilidade, visto que não há como licitar, não sendo mais considerado como procedimento de licitação via DISPENSA, vez que é inviável de competição.

§ 5º Nas contratações com fundamento no inciso V do *caput* deste artigo, devem ser observados os seguintes requisitos:

I - Avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;

II - Certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;

III - justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

Aqui o legislador trouxe à mente do agente público os critérios que devem existir para a aquisição ou locação de um imóvel, não podendo esquecer que após todos os critérios avaliatórios o interesse público deve ser observado. Assim, podemos complementar, ainda, se um desses quesitos não atender a contratação por inexigibilidade, vejamos. O valor de mercado de um imóvel, situado a 200 m do edifício sede, está um pouco acima do valor de mercado de outro imóvel que se encontra a 1,5 km do edifício sede do poder. Deve o agente público não contratar com esse proprietário do imóvel que se encontra nas proximidades do edifício sede?

Importante frisar que constitui dever do agente público buscar negociar junto ao representante a proposta mais vantajosa para a Administração, e, caso consiga, optar por uma contratação posterior, mediante nova negociação junto ao proprietário e esclarecer que algumas reformas serão necessárias para adequar o imóvel, o que significa realizar benfeitorias que irão onerar o Poder Público e aumentar o valor venal do imóvel, sendo necessária uma adequação e, assim, buscar, no convencimento, em caso de locação, uma nova proposta para atender a demanda do poder.

5. Da Contratação Direta por Dispensa de Licitação nos Termos da Lei 14.133/2021 - NLLC

Quando se fala em contratação direta na Nova Lei de Licitações, se constata que o legislador manteve a sua estrutura da mesma forma que o constante na antiga Lei de Licitações, ou seja, como gênero, e que dessa decorrem duas espécies, quais sejam, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação.

Para maior compreensão da matéria torna-se necessário mencionar que, da leitura do antigo estatuto de Licitações e da NLLC - Lei 14.133/2021, vislumbra-se que esta última pretende oferecer mais transparência, mais celeridade aos processos e que incluiu a realização e inserção do planejamento dentro do procedimento de dispensa de licitação.

Nota-se que muitas mudanças foram trazidas pela Nova Lei de Licitações e Contratos, e, dentre essas, que mais se destaca, diferente do que muitos pensam, não é no que diz respeito às alterações nos valores, isso visto pelos gestores afoitos como a maior alteração.

A Nova Lei de Licitações trouxe um verdadeiro “manual de instruções” quanto ao procedimento de dispensa o planejamento das contratações, corrigindo a insuficiência que marcava a realização desse procedimento no âmbito da antiga Lei 8.666/93. Observa-se que a fase interna de planejamento da dispensa de licitação é muito semelhante na Nova Lei de Licitações e Contratos a um procedimento licitatório, e isso se dá em virtude do planejamento mais extenso e detalhado.

Assim, a dispensa antes prevista no art. 24 na antiga lei, agora está prevista no art. 75 da nova lei, o qual redaciona de forma taxativa a lista de casos de licitação dispensável; enquanto a Inexigibilidade era anteriormente prevista no art. 25 da Lei 8.666/93, na nova Lei a previsão está em seu art. 74, sendo que a lista possui rol exemplificativo.

Isso significa que quando a Lei estabelece o **rol taxativo**, também chamado de rol exaustivo, o legislador criou uma lista determinada, própria, não permitindo que sejam realizados acréscimos ou outras interpretações, ou seja, o que é válido é somente o que está ali inserido.

Já o **rol exemplificativo** é aquele que estabelece e dá exemplos de alguns itens de uma lista; e o que o legislador quis dizer com isso? Que as hipóteses possíveis de realização são somente as que estão definidas na legislação.

No art. 75 da Nova Lei 14.133/2021, encontram-se as possibilidades de que o gestor dispõe para dispensar a licitação, seja em razão de valor, conforme o objeto, ou no caso de licitação deserta ou fracassada.

Dessa forma, o art. 75 contemplou os casos de dispensa de licitação, os quais receberam aumento considerável na NLLC, conforme se observa no arquivo em tela.

Porém, nesse capítulo não serão tratadas todas as hipóteses contidas no rol taxativo, mas, sim, aquelas principais e que ocorrem de forma mais usual.

5.1. Da dispensa de licitação em razão do valor

- I. para contratação que envolva valores inferiores a **R\$ 119.812,02** (cento e dezenove mil oitocentos e doze reais e dois centavos), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;
- II. para contratação que envolva valores inferiores a **R\$ 59.906,02** (cinquenta e nove mil novecentos e seis reais e dois centavos), no caso de outros serviços e compras.

Art. 182. O Poder Executivo federal atualizará, a cada dia 1º de janeiro, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) ou por índice que venha a substituí-lo, os valores fixados por esta Lei, os quais serão divulgados no PNCP.

A lei 14.133/21 previu a necessidade da atualização anual dos valores e, por essa razão, a cada 1º de janeiro, haverá reajuste através do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) ou pelo índice que venha a substituí-lo.¹

5.1.1. FRACIONAMENTO INDEVIDO

O § 1º do art. 75 traz a preocupação do legislador com o fracionamento das contratações de pequeno valor, que ocorre de forma indevida quando o gestor público fraciona as despesas durante o mesmo exercício financeiro para que estas fiquem enquadradas como de pequeno valor, e, assim, utiliza-se de subterfúgio e extrapola os limites contidos na lei, com os fins de fugir de sua aplicabilidade.

Para caracterização do fracionamento ilegal de despesa, vem definido no art. 75, da Lei nº. 14.133/2021, da seguinte forma:

Art. 75...

§ 1º Para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão ser observados:

I - o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora;

¹ No ano de 2024 os valores do art.75, foram atualizados para: inciso I - R\$ 119.812,02; II - R\$ 59.906,02 e Inciso IV, alínea “c” - R\$ 359.436,08 nos termos do Decreto Federal nº 11.871 de 29 de dezembro de 2023.

II - o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

Para melhor compreensão de objetos de mesma natureza, trazemos aqui o seguinte exemplo: imaginem a aquisição das cadeiras abaixo numeradas por meio de dispensa de licitação.



Figura 01



Figura 02



Figura 03

Nas figuras acima, observamos 03 cadeiras: a (figura 01) se trata de cadeira de escritório, com pés fixos, simples; a segunda, outro tipo de cadeira (figura 02) também de escritório, sendo giratório, assento acolchoado. Considerando a realização de procedimento para aquisição de cadeira de escritório, podemos entender que as cadeiras representadas pelas figuras 01 e 02 são do mesmo objeto? Por certo que, do ponto de vista do fornecedor, aquele que vende a cadeira mais simples também vende a segunda cadeira com mais características, pois se trata de cadeiras de escritório.

Porém, para aquisição da terceira cadeira (figura 03), aqui identificada como cadeira hospitalar/ambulatorial, embora se trate de uma cadeira, o fornecedor desse objeto não pode ser considerado o mesmo das demais cadeiras, visto que essa terceira cadeira não se enquadra no mesmo ramo de atividade das demais cadeiras.

Isso significa que se for realizada uma contratação direta, de pequeno valor, para aquisição das cadeiras que se enquadrem nas mesmas espécies que as figuras 01 e 02, isso não impedirá de utilizar um novo limite separado para adquirir a cadeira da ilustração 03, porque não são objetos da mesma natu-

reza, ou seja, a aquisição da cadeira (figura 03), por não se situar no mesmo ramo, poderá ser adquirida normalmente com um limite próprio que não se confunde com o limite usado para as demais cadeiras.

Nesse tópico, deve ser avaliado o aspecto temporal contido no inciso I, para o qual o contrato deverá se situar dentro do exercício financeiro, sob pena de ficar caracterizado o fracionamento ilegal da despesa.

A nova Lei, de certa forma, define que o gestor deverá planejar suas contratações para se evitar o fracionamento da despesa. E ainda em relação ao valor estabelecido na NLLC, o § 1º do artigo 75 estabelece a questão dos parâmetros a serem obedecidos, definindo o que deve ser observado e assim evitar o fracionamento indevido; dessa forma, a Administração deverá efetivar um planejamento da quantidade do objeto da mesma natureza a ser contratado durante todo o exercício financeiro.

Porém, se a necessidade da Administração superar o limite anual do valor previsto no dispositivo legal supracitado, a licitação é obrigatória; isso consiste na exceção ao dever de observância do § 1º supramencionado, que, como vimos, estabelece diretrizes para evitar o fracionamento indevido.

Ainda sobre o fracionamento indevido, vale lembrar que o legislador trouxe uma regra específica para o caso de manutenção de veículos. Vejamos o teor da lei:

Art. 75(...)

§ 7º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo às contratações de até R\$ 9.584,97 (nove mil quinhentos e oitenta e quatro reais e noventa e sete centavos) de serviços de manutenção de veículos automotores de propriedade do órgão ou entidade contratante, incluído o fornecimento de peças.

A hipótese de dispensa por valor especificamente para “serviços de manutenção de veículos automotores” se trata de inovação constante na nova Lei 14.133/2021, uma vez que essa hipótese não foi tratada no antigo Estatuto de licitações e trata da possibilidade de dispensa de licitação para a contratação de serviços de manutenção de veículos automotores cujo valor seja menor que 100 mil reais.

Em uma interpretação sistemática dos dispositivos citados, entendemos que, quando a contratação envolver a prestação de serviços de manutenção de veículos automotores de propriedade do órgão ou entidade contratante, incluído o fornecimento de peças, e o valor da contratação estiver limitado a R\$ 9.584,97, afasta-se o dever de empreender o somatório de todas as despesas dessa natureza durante o exercício financeiro, para fins de aferição do valor de R\$ 119.812,02, de modo a ser possível a realização de diversas dispensas de licitação para esse objeto, independentemente do montante, desde que cada contratação não supere o montante de R\$ 9.584,97.

Assim, para fins de cumprimento do limite de R\$ 119.812,02 especificamente para serviços de manutenção de veículo automotor, seriam computadas apenas as despesas superiores a R\$ 9.584,97.

Outra corrente interpretativa é que tem sido vista como mais segura para o gestor é no sentido de que o uso do limite de R\$ 119.812,02 é amortizado a cada nova contratação realizada, ou seja, contratou-se R\$ 10 mil, o saldo remanescente é de R\$ 109.812,02, contratou-se mais R\$ 15 mil, o saldo é de R\$ 94.812,02 e assim por diante; ou seja, a cada nova contratação o valor será amortizado do limite de R\$ 109.812,02 até zerar o dito limite. Depois que for finalizado o limite de R\$ 109.812,02, somente será possível fazer novas contratações naquele mesmo exercício financeiro no montante de até R\$ 9.584,97, não sendo, pois, necessário licitar, o que significa que poderá ser realizada a contratação direta sem que seja considerado fracionamento de despesa.

Importante ressaltar o reajuste dos valores acima citados, os quais foram atualizados conforme o Decreto 11.871, de 29 de dezembro de 2023, conforme já citado anteriormente.

5.2. Da dispensa de licitação em razão de licitação deserta e fracassada

Na antiga Lei 8.666/93, a matéria foi tratada separadamente nos incisos V e VII, do art. 24. Já de acordo com o art. 75, III, “a” e “b”, da Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), o legislador uniu em um só artigo, conforme o texto a seguir:

Art. 75(...)

III - para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação:

- a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas;
- b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;

A definição ali contida traz as possibilidades que o gestor dispõe para dispensar a licitação, no caso de licitação deserta ou fracassada.

No sobredito artigo 75 da Nova Lei de Licitações, em sua alínea “a”, se vislumbra a definição de licitação deserta, a qual se concretiza quando o procedimento foi realizado, mas não ocorreu o comparecimento de interessados em participar da licitação. Já na alínea “b”, que trata da licitação fracassada, os participantes comparecem, porém, as propostas apresentadas não foram selecionadas porque foram consideradas inválidas ou os licitantes não lograram habilitação por algum problema documental.

O artigo em tela pontua em seu inciso III que nesses casos de licitação deserta ou fracassada não é mais possível repetir a licitação, sendo, pois, **causa de dispensa de licitação**, desde que a contratação direta ocorra dentro do período de 01 (um) ano e que sejam mantidas as condições definidas no edital.

5.3. Da dispensa de licitação em razão da aquisição de produtos e serviços específicos

Importante ressaltar o inciso IV, do art. 75, o qual traz 13 hipóteses de dispensa de licitação. Dentre elas se destacam as alíneas a seguir:

Art. 75 (...)

Inciso IV(...)

- e) hortifrutigranjeiros pães e outros gêneros perecíveis, no período necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, hipótese em que a contratação será realizada diretamente com base no preço do dia;
- j) coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas, exclusivamente, de pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;

- k) aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que inerente às finalidades do órgão ou com elas compatível;
- m) aquisição de medicamentos destinados exclusivamente ao tratamento de doenças raras definidas pelo Ministério da Saúde;

Os dispositivos aqui citados não estão direcionados para qualquer caso de contratação, mas sim aos mais úteis, pois possuem o condão de atender as políticas públicas de forma mais célere, o que não seria possível em decorrência da necessidade de se aguardar a finalização de um certame licitatório tradicional, o qual, no caso dos hortifrutigranjeiros, poderá gerar períodos de desabastecimento. No caso da alínea “j”, a intenção do legislador é fomentar os trabalhos das cooperativas e a aquisição de medicamentos para tratamento diferenciado para as pessoas com doenças raras.

5.4. Da dispensa de licitação em razão da contratação emergencial

Esse tópico está definido no art. 75, VIII, da NLLC, e os requisitos devem resumidamente conter:

1. casos de emergência ou de calamidade pública;
2. urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou segurança;
3. parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de **1 (um) ano**, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade.

Convém observar que, na antiga Lei de Licitações - Lei 8.666/93, esse prazo era de 180 dias com vedação da prorrogação dos contratos, sendo que a Nova Lei de Licitações vedou a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso, de modo que, consoante a Lei 14.133/2021, para conclusão das obras e serviços, a observância do prazo é de 01 (um) ano, sendo vedada a recontração da empresa já contratada.

No que concerne à situação do item 01, é necessário cuidado com o instituto da emergência criada, a qual consiste na situação de emergência que decorre de ação dolosa ou culposa do administrador, seja ela consequência da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos.

Apesar de se tratar de uma conduta ilícita do administrador público, é possível a contratação direta em decorrência da situação emergencial ora criada, desde que sejam observados os valores de mercado, bem como a apuração dos fatos, e o servidor público que deu causa a urgência e emergência seja devidamente punido pelo ato ilícito ora cometido. Nesse sentido, preconiza o art. 75 § 6º da Nova Lei de Licitações:

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

Nesse sentido também se destaca o entendimento do Tribunal de Contas da União acerca da matéria:

TCU: “RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO EM PROCESSO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. QUESTÕES RELACIONADAS A LICITAÇÕES E CONTRATOS. DISPENSAS FUNDAMENTADAS EM SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO APRESENTADO PELO ADMINISTRADOR. NÃO-PROVIMENTO DO RECURSO APRESENTADO PELA EMPRESA.

1. A situação prevista no art. 24, VI, da Lei nº 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

2. A incúria ou inércia administrativa caracteriza-se em relação ao comportamento individual de determinado agente público, não sendo possível falar-se da existência de tais situações de forma genérica, sem individualização de culpas”.

(Acórdão 1876/2007-Plenário, Processo nº 008.403/1999-6, Rel. Aroldo Sedraz, 14.09.2997).

Nota-se que, segundo o posicionamento do Tribunal de Contas da União, não comete crime de dispensa indevida de licitação o gestor que, diante de algum problema administrativo, se encontra na necessidade de efetuar uma contratação

direta para satisfazer o interesse público, evitando um prejuízo maior, num juízo de proporcionalidade, que seria deixar a população desprovida da prestação do serviço ou compra de bens a ser efetuada. Vejamos o julgado ainda do TCU:

[...] De fato, tenho defendido a necessidade de se separar a ausência de planejamento da contratação emergencial propriamente dita, pois entendo que a contratação emergencial se dá em função da essencialidade do serviço ou bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornam imperativa a imediata contratação (Acórdão nº 1599/2011, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar).

5.5. Da dispensa de licitação em razão de contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento

Por último, a questão da dispensa para contratação de remanescente em razão de rescisão contratual que anteriormente estava amparada no art. 24, Inciso XI, da antiga Lei de Licitações (Lei 8.666/93), não se trata mais de hipótese de dispensa de licitação e o tema, pois, será abordado em capítulo próprio quando da análise do art. 90 da Nova Lei de Licitações.

6. Procedimentos Auxiliares às Contratações

6.1. Conceito - O que são procedimentos auxiliares?

Chamaremos de procedimentos auxiliares todos os procedimentos, que como o próprio nome afirma, auxiliam em alguma etapa da contratação pelo poder público.

Assim, carece de definir os termos: procedimento e auxiliar.

O que é um Procedimento: Procedimento é o modo como algo é executado, ou seja, como é feito o processo de determinada coisa. Este termo também pode ser usado para se referir a maneira como alguém deve agir numa situação específica.

O que significa auxiliar: Com origem no termo latino “*auxiliāre*”, auxiliar é um termo usado para descrever aquilo que ajuda. A ação de auxiliar, por outro lado, consiste em fornecer colaboração ou algum tipo de assistência.

Como bem se expressa Loureiro (2021) os procedimentos auxiliares têm como função dar maior celeridade, contribuindo, assim, com a eficiência do processo nas contratações públicas, se constituindo numa ferramenta adequada para a utilização das práticas de conhecimento técnico, bem como, os objetos ofertados.

Cinco são os **procedimentos auxiliares**, a saber:

1. Credenciamento;
2. Pré-qualificação;
3. Procedimento de Manifestação de Interesse, PMI;
4. Sistema de Registro de Preços (SRP);
5. Registro Cadastral.

Inicialmente, abordaremos o primeiro dos procedimentos auxiliares a seguir definido, o Credenciamento.

6.2. Do credenciamento

Conceitualmente, verificamos, no Artigo 6º da nova Lei 14.133/21, no seu inciso XLIII, a definição de credenciamento:

XLIII - Credenciamento: processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados;

Cabe esclarecer que a antiga Lei 8.666/93 não contemplava esse mecanismo de contratação e que, hoje, na nova Lei de Licitação, encontra fulcro e faz parte das formas de contratação. A entidade credenciadora, por assim dizer, elabora um cadastro de fornecedora ou prestadores de serviços, convocados via edital de credenciamento, estipulando os critérios para que os interessados possam vir a se apresentar. Nesse edital ficam estabelecidos os valores que o ente público deseja repassar aos credenciados, pela prestação dos serviços ou fornecimento dos bens desejados.

Esclarece-se, ainda, que os valores apresentados são frutos de pesquisa de mercado, sendo formatado um valor médio, passando a ser o valor de referência que o ente público deseja pagar. Dessa forma, estabelecidos os

critérios para a habilitação, e mediante a proposta apresentada, dentro dos valores referenciais, desde que respeitados os requisitos definidos no edital de chamamento, ficam credenciados os possíveis fornecedores de serviços ou bens para atender a demanda do ente público interessado para a prestação dos serviços ou o fornecimento dos bens, para que possam executar o objeto quando houver a convocação.

Sabe-se que para essa modalidade não houve previsão no artigo 25 da antiga Lei nº 8.666/93, nem tampouco na Lei das estatais, Lei nº 13.303/16, mas o credenciamento tem sido aceito e admitido como uma espécie de **inexigibilidade**, vez que há um cadastro, por assim dizer, e que todos devem ser **convocados** para prestar os serviços ou fornecer o bem, objeto da demanda pública. Sendo assim, verifica-se a **inviabilidade de competição**.

Sobre esse tema, verificamos a posição do consagrado doutrinador Marçal Justen Filho (2021, p. 46 e 47), que, em seu livro *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, assim se expressa:

Nas hipóteses em que não se verifica a exclusão entre as contratações públicas, a solução será o credenciamento.

(...)

O credenciamento envolve uma espécie de cadastro de prestadores de serviço ou fornecedores. O credenciamento é o ato pelo qual o sujeito obtém a inscrição de seu nome no referido cadastro. É necessário destacar que o cadastro para credenciamento deve estar permanentemente aberto a futuros interessados, ainda que seja possível estabelecer certos limites temporais para contratações concretas

(...)

Como não há limitação ou exclusão, não há necessidade de licitar.

(...)

Nas situações de ausência de competição, em que o credenciamento é adequado, a Administração não precisa realizar licitação. Sob certo ângulo, verifica-se a inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição. **Na verdade, a inviabilidade de competição consiste, no caso, na ausência de exclusão entre os possíveis interessados.** (JUSTEN FILHO, 2021)

Ainda nesse mister, verificamos a posição do nosso ilustre doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2016, p. 786 e 787), que se expressa em seu *Vade Mecum de Licitações e Contratos*, como segue:

Se a Administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam aos requisitos estabelecidos, fixando, ela própria, o valor que se dispõe a pagar, aos possíveis licitantes que não competirão, no estrito sentido da palavra – inviabilizando a competição – uma vez que a todos foi assegurada a contratação. É a figura do credenciamento, que o Tribunal de Contas da União vem recomendando para prestação de serviços médicos.

A mesma identidade de fundamentos fez com que aquela egrégia Corte recomendasse a adoção da pré-qualificação para a contratação de serviços advocatícios comuns, que podem ser realizados de modo satisfatório pela maior parte dos advogados, desde que a Administração fixe critérios objetivos para credenciamento [Decisão 624/94 – Plenário].

(...)

No caso dos serviços advocatícios, a definição do advogado, incumbido de contestar ou propor a ação, será feita por sorteio aleatório entre todos os credenciados, excluindo-se sempre os sorteados anteriormente [Decisão 624/94 – Plenário]. (JACOBY FERNANDES, 2016)

Como sempre, verificamos a preocupação desses ilustres doutrinadores quando se trata do quesito credenciamento, para que não haja nenhuma falha na contratação subsequente e, com isso, venha a Administração Pública sofrer sanções por parte dos órgãos fiscalizadores. Trata-se de um cuidado para que a contratação se revista da mais perfeita ação e se enquadre dentro da legalidade.

6.3. Da pré-qualificação

A Lei nº 14.133/21 buscou definir e conceituar todos os termos necessários ao bom entendimento do agente público. Dessa forma, verificamos que a definição de pré-qualificação foi entendida, segundo o artigo 6º inciso XLIV, como assim se verifica:

XLIV - Pré-qualificação: procedimento seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, destinado à análise das condições de habilitação, total ou parcial, dos interessados ou do objeto;

A pré-qualificação encontra seu detalhamento na nova Lei das Licitações e Contratos nº 14.133/21 (NLLC), mais especificamente no seu artigo 80, incisos e parágrafos. *In verbis*:

Art. 80. A pré-qualificação é o procedimento técnico-administrativo para selecionar previamente:

(...)

Verifica-se que tanto na Nova Lei de Licitações e Contratos nº 14.133/21 quanto na Lei das Estatais nº 13.303/16 o tema Pré-Qualificação está definido o que se percebe é apenas diferença de terminologias, com se verifica no quadro abaixo.

Lei de Licitações e Contratos	Lei das Empresas Estatais
Art. 80. A pré-qualificação é o procedimento técnico-administrativo para selecionar previamente:	Art. 64. Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar:
I – <u>licitantes</u> que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos;	I – <u>fornecedores</u> que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos;
II – <u>bens</u> que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração.	II – <u>bens</u> que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

Este procedimento auxiliar encontrava menção na antiga Lei nº 8.666/93 com mais especificidade no artigo 114 e seu incisos, de forma acanhada, mas na nova lei de licitação, Lei nº 14.133/21, verifica-se que ela trata do assunto com mais propriedade, trazendo, no seu artigo 80, incisos e parágrafos, uma abordagem mais completa.

A pré-qualificação se trata de um procedimento que busca a seleção prévia de interessados no fornecimento de bens e serviços. Assim como o credenciamento a pré-qualificação não deixa de ser um cadastro de fornecedores.

Esse procedimento tem como condão uma avaliação mais apurada das qualificações técnicas dos licitantes, envolvidos no fornecimento de serviços ou bens pertinentes à demanda da Administração Pública.

Nesse procedimento, primeiramente, se avalia a habilitação dos licitantes e, posteriormente, se pré-qualifica para a verificação das propostas ofertadas para se efetivar a contratação. Não se pode esquecer que todos os atos da Administração Pública devem ter publicação no Diário Oficial, quer seja da União, dos Estados ou Municípios, se o órgão dispuser desse dispositivo e desde que devidamente regulamentado.

Percebe-se que o regime jurídico da pré-qualificação se encontra unificado tanto na nova Lei 14.133/21 (NLLC) quanto na Lei 13.303/16 (LEE) e desta forma o agente público, após a pré-qualificação de todos os entes interessados, terá a possibilidade de contratar, por inexigibilidade, vez que não haverá competição, pois todos os interessados estão qualificados a fornecer os bens ou prestar os serviços, objeto da demanda do Poder Público.

A Pré-Qualificação se apresenta como um mecanismo que viabiliza para o agente público a fase de habilitação de uma licitação na qual houvesse a contratação para fornecimento de um objeto ou execução de um serviço que merecesse uma análise mais apurada, devendo verificar a qualificação técnica exigida para a contratação, buscando com isso eximir o agente público de possíveis erros na análise. A Pré-Qualificação tem, também, uma preocupação a mais, não deixando prazos exíguos da validade da proposta se houver uma maior necessidade de demandar mais tempo para uma melhor avaliação das propostas no quesito qualificação técnica.

Ao longo dos anos, nas práticas de licitações, muitos erros foram cometidos pela Administração Pública; às vezes por omissão na solicitação de documentos que consistiriam numa maior e melhor avaliação das garantias dos licitantes para a boa execução do objeto licitado, o que ocasionou que empresas que, através da execução do objeto, comprovaram não serem idôneas e, por uma péssima gestão de contrato, foram novamente contratadas o que trouxe mais problemas para a Administração Pública na nova contratação e execução do objeto licitado, assistindo, por assim dizer, a ineficiência se repetir.

Outro fator que se deve levar em conta é a solicitação de índices desarrazoados e pouca capacidade técnica comprovada com parcelas irrelevantes de objeto executado, o que traz cada vez mais a certeza de que não progredimos em quase nada para defender o erário, trazendo, ainda, prejuízos para aos cofres públicos.

6.4. Do procedimento de manifestação de interesse – PMI

O PMI ou Procedimento de Manifestação de Interesse que a Lei nº 14.133/21, a NLLC, define e traduz sua utilização e procedimentos para sua realização. Analogamente, verifica-se que a mesma lei traz em seu artigo 6º, inciso XLII, uma definição de algo que, a nosso ver, se aproxima bastante do PMI o qual se nominou de “**Diálogo Competitivo**”.

O “Diálogo Competitivo” trata-se de uma modalidade de licitação cuja finalidade é, tão somente, a contratação de interessados na execução de obras, fornecimento de serviços, bem como fornecimento de bens, dependendo da demanda da Administração Pública. Nesse procedimento, o ente público realizará diálogo com licitantes interessados assim como ocorre no PMI. Essa modalidade será mais bem explorada em capítulo específico desse livro.

Já o “**PMI – Procedimento de Manifestação de Interesse**”, crê-se que se situa num campo muito próximo do diálogo competitivo, pois verificamos no artigo 81, da lei nº 14.133/21, seus incisos e parágrafos, como pode-se ver, *in verbis*:

Do Procedimento de Manifestação de Interesse

Art. 81. A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.

§ 1º Os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos vinculados à contratação e de utilidade para a licitação, realizados pela Administração ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, e o vencedor da licitação deverá ressarcir os dispêndios correspondentes, conforme especificado no edital.

Esse tipo de procedimento não encontrado na antiga Lei nº 8.666/93 tem início após a Administração Pública verificar suas demandas, quer sejam em serviços de obras, quer sejam em fornecimentos de bens; após essa verificação e elaboração de Edital de chamamento público, tem início uma das fases para a realização de estudos e levantamentos, sendo apresentados proposições para estudos, levantamentos e a apresentação de projetos para as soluções necessárias e inovadoras para a Administração Pública.

Ressalta-se, aqui, que as questões levantadas durante o estudo, os projetos desenvolvidos e todas as soluções inovadoras têm que contribuir com as questões que o Poder Público deseja solucionar. Uma ferramenta prática de trabalho, inovadora, por assim dizer e que se busca com ela facilitar as contratações no Setor Público.

Após procedimento de interesse, a Administração não se obriga a contratar com nenhum participante e poderá lançar edital para licitar ou executar a contratação com os que se qualificaram, via contratação direta, quando for o caso.

Nesse mister, verificamos nos dispositivos do artigo 81, inclusive seu *caput* e com mais especificidade o § 2º e seus incisos, como segue:

§ 2º A realização, pela iniciativa privada, de estudos, investigações, levantamentos e projetos em decorrência do procedimento de manifestação de interesse previsto no *caput* deste artigo:

I - Não atribuirá ao realizador direito de preferência no processo licitatório;

II - Não obrigará o poder público a realizar licitação;

III - Não implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração;

IV - Será remunerada somente pelo vencedor da licitação, vedada, em qualquer hipótese, a cobrança de valores do poder público.

Já nos parágrafos subsequentes, verifica-se, de forma mais detalhada, a forma como a Administração deverá proceder:

§ 3º Para aceitação dos produtos e serviços de que trata o *caput* deste artigo, a Administração deverá elaborar parecer fundamentado com a demonstração de que o produto ou serviço entregue é

adequado e suficiente à compreensão do objeto, de que as premissas adotadas são compatíveis com as reais necessidades do órgão e de que a metodologia proposta é a que propicia maior economia e vantagem entre as demais possíveis.

Neste ponto, faremos referência às *startups* e iniciaremos por defini-las e evidenciar o seu nascedouro. As empresas *startups* foram definidas com mais clareza na Lei Complementar nº 182/201:

Art. 4º São enquadradas como startups as organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, cuja atuação caracteriza-se pela inovação aplicada a modelo de negócios ou a produtos ou serviços ofertados.

A seu turno, a Lei 14.133/21, no § 4º do artigo 81, aborda esse tema, quase que como uma defesa para esse novo empreendimento do mercado:

§ 4º O procedimento previsto no *caput* deste artigo poderá ser restrito às startups, assim considerados os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto, exigida, na seleção definitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração.

Assim, vê-se, pois, que o procedimento de manifestação de interesse em muito auxilia a Administração Pública, e pode ser utilizado também como fomentador de empreendimentos inovadores.

6.5. Do sistema de registro de preços – SRP

Vê-se que no artigo 6º da Nova Lei de Licitações e Contratos, no seu inciso XLV, encontramos a definição dada a esse procedimento auxiliar, conforme verificamos a seguir:

XLV - Sistema de registro de preços: conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras;

Para esse procedimento, faz-se necessário definir-se, também, um documento que advém desse procedimento, qual seja, a Ata de Registro de Preços:

XLVI - Ata de registro de preços: documento vinculativo e obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, no qual são registrados o objeto, os preços, os fornecedores, os órgãos participantes e as condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no edital da licitação, no aviso ou instrumento de contratação direta e nas propostas apresentadas;

Este tipo de procedimento encontra-se definido, hoje, com mais propriedade, na Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), n.º 14.133/21, cuja definição está no inciso XLV do artigo 6º e suas principais utilizações encontram-se estabelecidas no artigo 82, incisos e parágrafos.

Anteriormente, a ata de registro de preços tinha validade de 01 (um) ano, não podendo ter seu prazo prorrogado. Com a NLLC, a ata de registro de preços passou a ter sua validade de 01 (um) ano e, agora, pode ter seu prazo prorrogado por igual período, uma única vez, conforme artigo 84, *caput*, desde que se comprove a vantajosidade dos preços registrados.

Art. 84. O prazo de vigência da ata de registro de preços será de 1 (um) ano e poderá ser prorrogado, por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso.

Um ponto a ressaltar é que o contrato oriundo de uma ata de registro de preços, ao ser concretizado, desvincula-se da ata, sendo sua vigência de acordo com o que define o **capítulo V, da NLLC**, que trata da duração dos contratos, podendo ser de 05 anos ou decenal, artigo 107 da mesma Lei, devendo demonstrar a vantajosidade para a Administração. Ressaltamos, mais uma vez, que a negociação com a empresa contratada é uma obrigação do agente público.

Essa novidade, na hipótese de prorrogação da validade da ata, se enquadra muito bem para facilitar o trabalho da Administração Pública, mas tal **PRORROGAÇÃO** só poderá acontecer se for verificada a vantajosidade dos preços registrados para a Administração.

Já no artigo 85 da mesma Lei 14.133/21, verificamos a possibilidade de contratação de obras e serviços de engenharia por SRP -Sistema de Registro de Preços, *in verbis*:

Art. 85. A Administração poderá contratar a execução de obras e serviços de engenharia pelo sistema de registro de preços, desde que atendidos os seguintes requisitos:

- I - existência de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional;
- II- necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado.

Logo verificamos que o SRP - Sistema de Registro de Preços pode, agora, ser utilizado para essas contratações o que as tornará mais céleres para a Administração Pública.

Verificamos, aqui, uma novidade na nova Lei que diz respeito às atualizações dos preços registrados, definidos no inciso VI do *caput* do artigo 82 e no inciso VI do § 5º. Nesse sentido, sempre que possível, e solicitados pelo licitante cujos preços estão registrados, e desde que devidamente justificado, devendo ter provas documentais de que os valores registrados estão inviáveis de serem praticados pela Administração, devendo realizar pesquisa de mercado para a maior comprovação da veracidade do que apresenta o licitante em sua solicitação de alteração dos valores registrados.

No artigo 86 e seus incisos e parágrafos, a lei 14.133/21 traz, também, os critérios para a licitação com o fito de Registrar Preços para aquisições futuras e chamamos atenção para *caput* do artigo, em especial para o termo inserido que diz: “O órgão ou entidade gerenciadora deverá, na fase preparatória do processo licitatório, para fins de registro de preços, realizarem procedimento público de Intenção de Registro de Preços (IRP)”. Assim, trazemos à luz da Administração Pública o que vem a ser a IRP:

IRP é a Intenção de Registro de Preço, que permite a Administração tornar públicas suas intenções de realizar uma licitação para Registro de Preço - SRP, possibilitando a participação de outros órgãos governamentais que tenham interesse em adquirir o mesmo objeto, o que viabiliza a obtenção de melhores preços por meio de economia de escala. Em suma, tornar público, no âmbito dos usuários do Comprasnet, as intenções de futuras licitações (Pregão e Concorrência) para Registro de Preço.

Vê-se, pois, que novas possibilidades surgem com a NLLC, favorecendo a Administração Pública, buscando, assim, ferramentas que tornam mais céleres procedimentos, facilitando as contratações públicas. Outros pontos

interessantes nas contratações públicas no tocante a SRP/IRP, que merecem destaque, são os seguintes: órgão **gerenciador**, **órgão participante** e **carona**.

O que vem a ser órgão gerenciador? É aquele órgão integrante da Administração Pública que segundo a **Cartilha do SEBRAE** sobre o SRP, publicada em 2017, é responsável pelo conjunto de procedimentos para a consecução do Registro de Preços e é o responsável pela **ata de registro de preços**, decorrente do referido registro.

Outro integrante dos procedimentos, a que cabe aqui fazer referência, é o Órgão Participante, que é daquele integrante da Administração Pública que participa, conjuntamente, dos procedimentos iniciais, mas que não possui gerência sobre a **ata de registro de preços**, apesar de integrá-la.

O **Carona** é aquele órgão integrante da Administração Pública que pode beneficiar-se da **Ata de Registro de Preços** de outro órgão, podendo, por assim dizer, pegar carona na Ata, contratando com a licitante vencedora do certame ocorrido no âmbito da Administração Pública, seja Federal, Estadual ou Municipal.

6.6. Do registro de cadastral

Esse tipo de procedimento trata-se, segundo a NLLC (14.133/21), de um sistema de cadastro que facilitará a Administração Pública na sua busca de contratação, vez que, com o cadastro prévio, será mais fácil a análise documental, a condição do licitante na sua condição de **habilitado** para contratar com ente público.

A Lei 14.133/21 traz a definição de Registro Cadastral e suas condições no artigo 87.

A antiga Lei 8.666/93 não definia o Registro Cadastral como um procedimento auxiliar nas contratações pelos procedimentos licitatórios nas modalidades previstas na legislação. A referida Lei trazia, apenas, como uma consulta simples a um cadastro existente na esfera maior, que poderia ser consultado para ver se o licitante estava, realmente, apto a participar de licitações.

Hoje a nova lei 14.133/21 traz esse tipo de registro como procedimento que vem para auxiliar a Administração nas contratações, sendo uma ferramenta para aferir a condição de habilitação dos licitantes, previamente cadastrados.

Vê-se, pois, que essa ferramenta em muito auxiliará a Administração com as condições de habilitação dos fornecedores, trazendo um ganho no tempo despendido para verificação documental dos licitantes que foram, previamente, cadastrados. Verifica-se que, no § 1º do artigo 87, esse cadastro deve ser amplamente divulgado e manter-se sempre aberto para possíveis fornecedores em potencial com interesse em se cadastrar.

7. Jurisprudência

- 53257 – *Instituições sem fins lucrativos – Vedação de participação em certames – Impossibilidade – Requisitos a serem observados – TCU. Precedente expedido na vigência da Lei nº 8.666/1993, cuja racionalidade poderá orientar a aplicação da Lei nº 14.133/2021: a 2ª Câmara do TCU asseverou que “não se deve promover a vedação genérica de participação de entidades sem fins lucrativos em licitações, porquanto viável”, a exemplo do “art. 24 da Lei de Licitações, que em seu inciso XX permite a contratação direta de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos, e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”. Destacou, contudo, que “devem ser verificadas as condições de atendimento do objeto prestado pela entidade sem fins lucrativos, sem implicar em desvio de finalidade, ou seja, sem que sejam desobedecidos os objetivos estatutários da entidade, devendo haver compatibilidade entre o objeto da licitação e a finalidade de atuação da entidade”. (Grifamos.) (TCU, Acórdão nº 7.459/2010, 2ª Câmara, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. em 07.12.2010.).*
- Acórdão TCU 5495/2022 Segunda Câmara (Representação, Relator Ministro Bruno Dantas) Boletim Número 419 – TCU. Licitação. Inexigibilidade de licitação. Credenciamento. Vale refeição. Empresa estatal. É possível a utilização de credenciamento (art. 79, inciso II, da Lei 14.133/2021), inclusive por empresas estatais, para contratação de serviço de gerenciamento e fornecimento de vales alimentação e refeição, em substituição a licitação com critério de julgamento pelo menor preço, inviabilizada para esse tipo de contratação após a edição do Decreto 10.854/2021 e da MP 1.108/2021.
- Informativo de Licitações e Contratos 455/2023 - Acórdão 459/2023-TCU-Plenário, Representação, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer. Na contratação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição aos seus colaboradores, é recomendável que as entidades do Sistema S, caso decidam pela técnica do credenciamen-

to, observem, por analogia, as disposições do art. 79, parágrafo único, da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos).

- APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE VISTORIA VEICULAR. CREDENCIAMENTO DE EMPRESA. FIXAÇÃO DE PRAZO. INSTRUÇÃO DE SERVIÇOS Nº 230 DO DETRAN/DF/2021. LEGALIDADE. SENTENÇA REFORMADA. 1. *Apelação interposta com vistas à reforma da r. sentença para afastar a declaração de nulidade do inciso I do artigo 14 da Instrução de Serviços nº 230 do DETRAN/DF/2021, que estabeleceu prazo para o credenciamento de empresas interessadas na prestação de serviço de vistoria veicular.* 2. *O credenciamento, atualmente previsto na Lei nº 14.133, de 1º/4/2021, (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) como um dos procedimentos auxiliares das licitações e contratações (artigos 6º, XLIII; 78, I; e 79), é um instrumento que, embora não constasse expressamente da Lei nº 8.666/93, já vinha sendo amplamente admitido pela doutrina e jurisprudência pátrias como hipótese de inexigibilidade de licitação, inserida no rol exemplificativo do art. 25 da referida norma, diante da inviabilidade de competição.* 3. *O art. 191 da Lei nº 14.133/21 estabelece regra de direito intertemporal, ao determinar que, até o decurso do prazo de 2 (dois) estabelecido no art. 193, II, da mesma norma, “a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso”.* 4. *Dessa forma, no prazo de 2 (dois) anos a partir da publicação da Lei nº 14.133/21, é facultada à Administração a aplicação da legislação anterior, e, consoante o disposto no art. 193, II, dessa norma, somente após o transcurso de tal prazo, estará plenamente revogada a Lei nº 8.666/93.* 5. *Considerando que a Instrução de Serviços nº 230 do Detran/DF, de 9/4/2021, foi publicada em 12/4/2021, dias após a entrada em vigor da Lei nº 14.133/21, é plausível a alegação do Réu/ Apelante, no sentido de que a Autarquia optou por aplicar a legislação anterior, consoante facultado pelo art. 191 da referida Lei, sobretudo quando constatado que alguns dispositivos da aludida Instrução de Serviços fazem menção expressa à Lei nº 8.666/93 (artigos 7º, §2º e 20, III) e que o art. 191 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos veda a aplicação combinada das duas normas.* 6. *Nesse contexto, inexistente ilegalidade no inciso I do artigo 14 da Instrução de Serviços nº 230 do DETRAN/DF/2021, que fixou prazo para o credenciamento, pois, embora o art. 79, parágrafo único, I, da Lei nº 14.133/21 estabeleça que a Administração deve “permitir o cadastramento permanente de novos interessados”, a Instrução Normativa nº 5/2017, que regulamenta o procedimento de credenciamento no regime da*

Lei 8.666/93, dispõe que “O Sistema de Credenciamento ficará aberto pelo prazo estipulado no ato convocatório” (IN nº 5/2017, Anexo VII-B, item 3.2).

7. Constata-se, portanto, que no regime legal escolhido pela Administração, quando da edição da Instrução de Serviços nº 230 do DETRAN/DF/2021, não há vedação legal à fixação de prazo para o cadastramento das empresas interessadas na prestação do serviço de vistoria veicular, razão pela qual se impõe a reforma da r. sentença para afastar a declaração de nulidade do inciso I do artigo 14 da referida Instrução de Serviços.

8. Apelação conhecida e provida.- APELAÇÃO CÍVEL 0709796-16.2021.8.07.0018 TJ-DF - APL: 0709796-16.2021.8.07.0018 Acórdão Nº 1600988, Relator: Desembargador ROBSON TEIXEIRA DE FREITAS, Data de Julgamento: 26/07/2022, 8ª Turma Cível, Data de Publicação: 17/08/2022 DJ-e).

CAPÍTULO X

Da Formalização – Garantias – Alocação de Risco – Prerrogativas – Duração e Execução dos Contratos

UMA ANÁLISE DOS ARTIGOS 89 A 123 DA NLLC

Raphaela Vasconcelos Cláudio Leitão

1. Formalização

A natureza contratual da relação firmada entre Administração Pública e particular possui características peculiares, com definições próprias e distintas do direito privado.

Segundo nos ensina o mestre Hely Lopes Meirelles, contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.

A Nova Lei de Licitações, **Lei nº 14.133/2021**, traz, **em seu artigo 89**, que os contratos regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se os princípios da teoria geral dos contratos, previstas no Código Civil, artigos 421 e seguintes, e no artigo 5º da Lei nº 14.133, e as disposições de direito privado de forma supletiva.

A redação do artigo 89 da Nova Lei de Licitações e Contratos de 2021 é tida como semelhante à composição dada ao artigo 54 da Lei 8.666/93, prevalecendo na doutrina que a Lei nº 14.133/2021 permite uma maior autonomia da Administração para solucionar os conflitos existentes.

A formalização da contratação mencionada no artigo 89 traz a obrigatoriedade da forma escrita, antecedida e acompanhada de atos que asseguram a publicidade da contratação e dificultam falsidades e ilicitudes desconheci-

das relacionadas às obrigações pactuadas no instrumento, respeitando os termos contidos em edital, proposta de preço vencedora ou termos do ato que autorizou a contratação e a proposta respectiva².

O **artigo 90** enuncia a contratação do licitante vencedor dentro do prazo e nas condições estabelecidas no edital de licitação, sob pena de decair o seu direito em caso de não assinatura do termo contratual ou instrumento equivalente, sem prejuízo das sanções previstas na Nova Lei de Licitações e Contratos.

O **parágrafo segundo do artigo 90** prevê que, quando o licitante vencedor for convocado, mas não assinar o termo do contrato nas condições previstas no *caput* deste artigo, os licitantes remanescentes serão convocados, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições propostas pelo licitante vencedor.

Na hipótese de nenhum licitante aceitar a contratação nos termos da proposta vencedora, o **parágrafo quarto do artigo 90** dispõe sobreimportante inovação, ou seja, a Administração poderá convocar os licitantes remanescentes para negociação, respeitada a ordem de classificação, visando à obtenção de preço melhor, mesmo que acima do preço adjudicado, ou adjudicar e celebrar o contrato nas condições ofertadas pelos licitantes remanescentes, na ordem de classificação, quando frustrada a negociação de melhores condições, desde que observado o valor estimado em edital.

O legislador foi sensível às dificuldades de contratação de licitante remanescente nas condições do vencedor do certame e enumerou, na **Lei nº 14.133/2021**, alternativas destinadas a extrair o máximo de utilidade do certame licitatório, em respeito ao Princípio da Economicidade. Frustradas as tentativas ligadas à convocação nos termos do **parágrafo segundo do Artigo 90**, à Administração faculta-se a retomada da ordem de classificação e negociação entre os licitantes sobre os preços a serem contratados, permitindo a contratação nos termos do licitante convocado.

² Precedente expedido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2.432/2016, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, DOU de 30.09.2016, na vigência da Lei nº 8.666/1993, cuja racionalidade poderá orientar a aplicação da Lei nº 14.133/2021, analisou situação em que foi constatada a ocorrência de pagamento a maior do contrato por erro na proposta de preço formulada, consignando o relator que existe dano ao erário, imputável ao gestor responsável em solidariedade com a empresa beneficiária dos pagamentos indevidos.

Logo, o legislador emite uma solução mais ampla, possibilitando a contratação de remanescente sob as suas condições, desde que frustrada a tentativa de negociação, possibilitando aceitação das condições da proposta vencedora¹.

Como a **Lei nº 14.133/2021** não estabeleceu padrões para tal negociação, cabe à Administração preservar a isonomia e a padronização de critérios objetivos para a comunicação com os licitantes, de forma indistinta, convocando-os nos mesmos termos, respeitando sempre a sua ordem de classificação.

Em análise ao **artigo 92, da Lei nº 14.133/2021**, observa-se o conteúdo das cláusulas contratuais obrigatórias, onde a doutrina orienta que a ausência de referência dos dispositivos no instrumento contratual é de total irrelevância, pois são normas de ordem pública e incidem na relação independentemente da vontade das partes, que é impotente para alterá-las. Logo, a cláusula que afaste qualquer inciso é considerada inválida e não escrita.

Como regra, a **Lei 14.133/2021** estabelece que a divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato, conforme previsão do **Artigo 94**, que deverá ocorrer nos prazos de 20 (vinte) dias úteis, para contrato e aditamentos decorrentes de licitação, e 10 (dez) dias úteis para instrumentos decorrentes de contratação direta.

O **parágrafo primeiro do artigo 94** da Nova Lei de Licitações e Contratos inova com a previsão de contratos celebrados em caso de urgência, os quais terão eficácia a partir da assinatura, respeitando os prazos de 20 (vinte) dias úteis e 10 (dez) dias úteis, citados acima, para as devidas publicações, sob pena de nulidade.

O **Artigo 95** da Nova Lei de Licitações traz em seu texto que o instrumento contratual é obrigatório, ressaltando alguns casos em que este poderá ser substituído por outro instrumento hábil. A referida substituição poderá ocorrer nos casos de dispensa de licitação em razão do valor e de compras com entrega imediata e integral do objeto adquirido, que não gerem obrigações futuras, como assistência técnica, garantia, dentre outras, independentemente do valor.

¹ Em resposta ao questionamento feito sobre aplicação do artigo 90, parágrafo quarto, da Nova Lei de Licitações e Contratos, às entidades do Sistema S, a Zênite manifestou posição de não existir lacuna a ser preenchida pelo dispositivo acima, tendo em vista que o Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema S traz previsão para a contratação de remanescentes.

Destaca-se que os instrumentos que substituam o contrato deverão observar os dispositivos contidos no Artigo 92, no que couber, conforme previsão do **Artigo 95, §1º, da Lei nº 14.133/2021**.

Para a Administração, é nulo e de nenhum efeito o contrato verbal (**artigo 95, §2º**), salvo as aquisições de pequeno valor e prestação de serviços de pronto pagamento, assim considerados até o valor de R\$ 11.981,20 (onze mil novecentos e oitenta e um reais e vinte centavos), atualizado pelo Decreto 11.871, de 29 de dezembro de 2023.

2. Das Garantias

O **Artigo 96** da Nova Lei de Licitações mantém em seu texto o preceito do regime geral anterior que, à critério da autoridade competente, durante o planejamento, a garantia contratual poderá ser exigida, desde que ela esteja prevista em edital. Logo, o encargo proposto ao licitante, gera um custo e repercute sobre o preço final do objeto, nas contratações de obras, serviços e fornecimento de bens.

Segundo Justen Filho², a garantia "se destina a reduzir o risco de ausência de satisfação de algum crédito de sua titularidade". Assim, a garantia vai satisfazer a obrigação não cumprida pela contratada, por meio de um dos instrumentos igualmente previstos na Lei nº 8.666/1993, ou seja, a caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, o seguro-garantia ou a fiança bancária.

No Acórdão nº 597/2023, do Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, j. em 29.03.2023, o TCU julgou irregular a aceitação de cartas de fiança fidejussória, de natureza não bancária, como garantia de contrato administrativo. Nesse sentido, a aceitação de carta de fiança fidejussória, apresentada como garantia pela contratada, "afronta o disposto no art. 56, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no art. 96, § 1º, da Lei 14.133/2021, visto que tais 'cartas de fiança fidejussória' não correspondem ao instrumento de fiança bancária, alertando-a que a reincidência na irregularidade sujeita os responsáveis à possibilidade de apenação pelo TCU".

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 8.666/1993*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.1191.

Para o professor Carlos Henrique Benedito Nitão, em sua participação no *Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/21 Comentada por Advogados Públicos*, à Administração é facultada a decisão de exigir ou não a garantia contratual. Contudo, ao particular, são dadas as opções de escolha de garantia a ser oferecida em atendimento às exigências contidas em edital.

O **§2º do Artigo 96 da Nova Lei de Licitação e Contratos** traz uma inovação em relação ao regime anterior de contratações públicas, desobrigando o contratado de renovar a garantia ou de endossar a apólice de seguro até a ordem de reinício da execução ou o adimplemento, nas hipóteses de suspensão do contrato por ordem ou inadimplemento da Administração.

Dessa forma, o parágrafo acima mantém um importante equilíbrio nas obrigações contratuais assumidas pelo contratante e pelo contratado.

Para o **§3º do Artigo 96**, o professor Nitão, no *Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/21 Comentada por Advogados Públicos*, traz a segurança jurídica resultante desse dispositivo, pois estabelece o prazo de no mínimo 01 (um) mês para apresentação, contado da data de homologação, pelo contratado que optar pela modalidade de seguro-garantia.

O **Artigo 97 da NLLC** dispõe sobre as obrigações asseguradas pelo seguro-garantia, incluindo, junto à obrigação principal, as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes da inadimplência contratual.

O **parágrafo único do Artigo 97** prevê que o seguro-garantia dos contratos de execução continuada ou de fornecimento contínuo de bens e serviços poderá substituir a apólice na data de renovação ou de aniversário, mantendo as condições e coberturas da apólice vigente, sem período descoberto, salvo o previsto no §2º do Artigo 96 da mesma Lei.

Para o **Artigo 98 da Nova Lei de Licitações e Contratos**, o professor Carlos Henrique Benedito Nitão³ expõe:

A norma prevista no disposto em comenta dispõe sobre os limites percentuais que representarão o valor da garantia, *devendo*

³ *Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativo Lei 14.133/21 Comentada por Advogados Públicos*. 3ª. ed. 2023, p.1222.

ser calculado sobre o valor inicial do contrato, tendo como *limite-regra* a variação percentual de até 5% (cinco por cento), podendo ser majorado para até 10% (dez por cento), em virtude da complexidade técnica e dos riscos que podem levar ao insucesso contratual.

(...)

Ademais, é válido destacar que a própria *matriz de riscos de contratação* pode ser utilizado como elemento de justificativa da majoração do percentual de garantia, uma vez que se trata de cláusula contratual que define os riscos e as responsabilidades das partes, distribuindo o ônus financeiro em razão de eventos supervenientes à contratação, sendo, em vista disso, utilizada para a configuração do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

(...)

A exigência de garantia deve ser aprovada competente e estar prevista no edital da licitação.

O **parágrafo único do Artigo 98** da Nova Lei de Licitações e Contratos trata da contratação de serviços e fornecimentos contínuos com vigência acima de 01(um) ano, o valor anual do contrato será a referência utilizada para a definição e aplicação dos percentuais dispostos anteriormente.

Para as obras e os serviços de engenharia de grande vulto, a garantia poderá ser exigida em percentual equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato, na modalidade seguro-garantia, conforme prevê o **Artigo 99 da NLLC**. As obras e os serviços de engenharia de grande vulto são aquelas "cujo valor estimado supera R\$ 239.624.058,14 (duzentos e trinta e nove milhões seiscentos e vinte e quatro mil cinquenta e oito reais e quatorze centavos)"⁴.

A garantia apresentada pelo contratado é considerada uma cláusula acessória ao contrato administrativo⁵ a qual será extinta quando extintas as pretensões da Administração em face do mesmo contrato.

O **Artigo 100, da Nova Lei de Licitações e Contratos**, relata a liberação ou restituição da garantia após o fiel cumprimento do contrato, inovando quando prevê a extinção contratual por culpa exclusiva da Administração, devidamente atualizada monetariamente nos casos de caução em dinheiro.

⁴ Artigo 6º, XXII, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativo.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei nº 8.666/1993. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.1267.

Esta liberação ou restituição da garantia somente poderá ser realizada após a comprovação de que todas as obrigações contratuais foram efetivamente concluídas e a certificação de que não existem prejuízos, multas nem indenizações a serem imputadas ao contratado.

Um importante destaque deve ser dado ao entendimento do jurista Justen Filho⁶ que é possível a liberação ou a restituição parcial da garantia proporcional ao objeto devidamente executado pelo particular.

O **Artigo 101 da NLLC** explica que havendo a entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará como depositário, o valor dos bens será acrescido ao valor da garantia a ser apresentada.

Um precedente expedido na vigência da Lei nº 8.666/1993, cuja racionalidade poderá orientar a aplicação da Nova Lei de Licitações e Contratos referente a exigência mencionada acima, o TCU decidiu:

Ocorre que, para ter executado a garantia e obtido o ressarcimento pelos utensílios não devolvidos, a (órgão público) deveria ter realizado o inventário dos utensílios antes do final da vigência do contrato. Entretanto, somente após a celebração do contrato seguinte com a mesma empresa é que a (órgão público) fez a conferência dos utensílios (fls. 7/9). Fica nítido que, embora o Contrato (omissis) previsse garantias para assegurar ressarcimento por eventuais prejuízos relacionados aos bens disponibilizados, a falta de previsão contratual para a realização de inventário pela (órgão público), antes da conclusão do contrato, prejudicou a efetivação dessas garantias. Assim, cabe recomendar à (órgão público) que institua mecanismos nos contratos para exploração de restaurantes e lanchonetes, de forma a permitir a utilização de garantias para eventuais ressarcimentos relativos a móveis, equipamentos e utensílios colocados à disposição da contratada”. (TCU, Acórdão nº 4.255/2009, 1ª Câmara, Rel. Min. Weder de Oliveira, DOU de 21.08.2009.)

O **Artigo 102 da NLLC** prevê, nas contratações de obras e serviços de engenharia, a exigência expressa em edital de prestação de garantia na modalidade de seguro-garantia, obrigando a seguradora assumir a execução e conclusão do objeto pretendido, nos casos de inadimplência contratual.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei nº 8.666/1993. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.1197.

3. Da Alocação de Riscos

A Nova Lei inova ao trazer em seu texto a alocação de riscos dentro das normas gerais de Licitações e Contratos, prevendo a matriz de alocação de riscos no instrumento contratual em seu **Artigo 103**.

Assim, a cláusula do contrato, que traz a matriz de risco, atribuirá ao Contratado, à Administração ou a ambos as responsabilidades pelos ônus financeiros decorrentes dos eventos futuros e incertos que possam gerar um desequilíbrio na relação contratual resultante do processo licitatório.

Para efeito de distribuição entre a Administração e o contratado, o **§ 1º do Artigo 103** define que a alocação de riscos “considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo”.

De acordo com o **§ 2º**, “os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado”.

Por sua vez, o **§ 3º** declara que “alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação”.

Para tanto, de acordo com a previsão contida no **§ 6º**, para efeito de alocação de riscos entre os contratantes, poderá ser adotado padrão utilizado por entidades públicas e privadas, visando definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários à sua identificação, alocação e quantificação financeira.

4. Das Prerrogativas

A Lei 14.133/2021, em seu Capítulo IV, enumera as prerrogativas da Administração sem maiores novidades quando comparada à antiga Lei 8.666/1993, que menciona as mesmas condições.

As prerrogativas da Administração elencadas no **Artigo 104, da Nova Lei de Licitação**, texto semelhante ao artigo 58 da Lei 8.666/1993, são fundamenta-

das no Princípio da Supremacia do Interesse Público⁷. sobre o privado, constituindo-se em um poder-dever da Administração, e podem ser observados nos seguintes artigos:

a. Modificação Unilateral - detalhada no artigo 124;

b. Extinção unilateral - prevista nos artigos 137 e 138;

c. Fiscalização - esmiuçada nos artigos 117 e 118;

d. Aplicação de Sanções - esboçadas nos artigos 155 a 163;

e. Ocupação provisória - serviços essenciais⁸ ou necessidade de apuração

O §1º do Artigo 104 da Nova Lei de Licitação e Contratos manteve a vedação à Administração naquilo que diz respeito à alteração unilateral de cláusulas econômico-financeira e monetárias sem a prévia concordância do contratado.

Para Carlos Ari Sundfeld, em sua obra Licitação e Contrato Administrativo, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 228-229:

Em suma, a possibilidade de o Poder Público modificar unilateralmente o vínculo constituído é corolário da prioridade do interesse público em relação ao privado, bem assim de sua indisponibilidade. Porém, ninguém contrataria com o Estado se não houvesse limites a esse poder de alteração unilateral. Decorrem eles de três diferentes direitos assegurados aos particulares que se vinculem contratualmente ao Estado. O primeiro e mais importante é o direito à intangibilidade da equação econômico-financeira. (...) O segundo limite decorre do direito à preservação da natureza do objeto. Não pode o Estado exigir do contratado a realização de prestação de índole diversa daquela a que se obrigou. (...) Por fim, o terceiro direito importando em restrição ao poder estatal de alteração do pactuado é o de não ser obrigado a realizar prestações em quantidade excessivamente diversa da originalmente prevista. (SUNDFELD, 1995, p. 228, 229)

Em entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União sob a vigência da Lei nº 8.666/1993, passível de aplicação na atuação da Nova Lei de Licitações

⁷ Para Hely Lopes Meirelles (2010, p. 107), a ação do poder administrativo descreve o que é atribuído à autoridade para remover os interesses particulares que se opõem ao interesse público. Assim, o poder de agir da Administração se converte no dever de agir, tratando-se de uma imposição ao agente público.

⁸ A Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, elenca, em seu artigo 10, os serviços que são considerados essenciais.

e Contratos, quando analisou suposta irregularidade em contrato firmado entre entidades da Administração Pública referente à adoção de parâmetros econômicos inadequados para a definição da viabilidade econômico-financeira do empreendimento, o TCU concluiu que "qualquer alteração no aludido ajuste, somente pode ocorrer por acordo entre as partes, não havendo espaço, ainda, para anulação ou rescisão pela via administrativa". (TCU, Acórdão nº 1.953/2018, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, DOU de 10.09.2018.)

5. Da Duração

Referente ao Capítulo V, da NLLC, que trata sobre a Duração dos Contratos, o **Artigo 105** anuncia que a duração dos contratos será **a prevista em edital**, observando, na contratação e em cada exercício financeiro, os créditos orçamentários e a previsão no plano plurianual, quando o contrato ultrapassar 01 (um) exercício financeiro.

Professor Marçal Justen Filho, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*, faz uma importante diferenciação entre o prazo de validade da licitação e do contrato:

O prazo de validade da licitação relaciona-se ao período dentro do qual ela produz efeitos (tanto para a Administração Pública como para os particulares).

(...)

Questão diversa envolve a duração dos contratos, que se relaciona com o prazo de vigência, ou seja, o prazo durante o qual o contrato produz efeitos vinculantes. Justamente por isso, um contrato específico pode ter prazo de vigência que ultrapasse o prazo de validade do registro de preço que lhe deu origem. (JUSTEN FILHO, 2021)

A Lei de Licitações de 1993 trazia a ideia do prazo de vigência dos contratos condicionado ao Princípio da Anualidade Financeira, que condicionava o período de 1º de janeiro a 31 de dezembro⁹, ou seja, um prazo de vigência contratual de 12 (doze) meses.

⁹ De acordo com o art. 34 da Lei nº 4.320/64, a vigência dos exercícios financeiros coincide com o ano civil, ou seja, inicia-se em 1º de janeiro e finda em 31 de dezembro de cada ano.

Todavia, os órgãos de controle e a própria Advocacia Geral da União¹⁰ declararam, excepcionalmente, ser possível os contratos administrativos por prazo indeterminado, desde que mais vantajoso ao interesse público, desvinculando do prazo regra de 12 (doze) meses.

A Lei nº 14.133/2021, de certa forma, apresenta uma inovação ao regime jurídico de licitações e contratações públicas, permitindo o edital definir o prazo de contratação, sob a condicionante de declaração de existência de créditos orçamentários emitida pela Administração e de que os créditos para o exercício financeiro seguinte correrá por conta da Lei Orçamentária Anual.

O **artigo 106** declara que os contratos administrativos poderão ter o prazo de vigência de até **05 (cinco) anos**, criando as hipóteses de **fornecimentos contínuos**, previsão legal que não existia até a publicação da Nova Lei de Licitações e Contratos. A Lei 8.666/1993 tratava do regime diferenciado apenas aos serviços contínuos.

O **artigo 6º, inciso XV, da Nova Lei de Licitações e Contratos**, define serviços e fornecimentos contínuos¹¹.

As compras realizadas pela Administração decorrentes de uma necessidade permanente, tal como a aquisição de água mineral, enquadram-se na definição de fornecimento contínuo. Logo, o objeto a ser contratado deverá ser analisado sob essa ótica de permanência da necessidade pública a ser atendida.

Nos contratos de serviços e fornecimentos contínuos tratados no **artigo 106, da Lei 14.133/2021**, enumeram-se os seguintes requisitos a serem observados pela Administração:

- a.** atestar a maior vantagem econômica na contratação plurianual;
- b.** verificar a existência de créditos orçamentários, no início da contratação e de cada exercício, e a vantagem em sua manutenção;
- c.** extinguir o contrato quando o mesmo não dispuser de créditos orçamentários **ou** quando não oferecer mais vantagem.

¹⁰ Orientação Normativa nº 36, de 13 de dezembro de 2011, da Advocacia- Geral da União.

¹¹ Artigo 6º, inciso XV, define serviços e fornecimentos contínuos como sendo “serviços contratados e compras realizadas pela Administração Pública para a manutenção da atividade administrativa, decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas”.

No que toca especificamente à duração dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos, o art. 106 da Lei nº 14.133/2021 admite a celebração desses ajustes com prazo de até 5 (cinco) anos. Vê-se, assim, que a Lei nº 14.133/2021 estabeleceu um prazo máximo de 10 (dez) anos para a duração desses contratos.

Em vista dessa disciplina, no que toca à definição do prazo inicial de vigência para esses contratos, a Nova Lei de Licitações e Contratos conferiu competência discricionária para que o administrador, em vista de cada situação concreta, a partir de critérios de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentados e justificados, estabeleça o prazo inicial que confere à Administração a condição mais vantajosa.

Assim, a adoção do prazo de 12 meses para vigência contratual não retrata uma imposição legal, mas, longe disso, apenas reflete uma praxe administrativa. Logo, é possível que esses contratos tenham sua duração inicial superior a 12 meses, desde que essa condição confira à Administração maior vantajosidade.

A vantagem econômica disposta na alínea a acima não se limita à vantagem no sentido monetário e financeiro. A expressão "vantagem econômica" deverá ser compreendida para o sentido de uma "vantagem administrativa", que se enquadra no exemplo de determinado órgão possuir uma equipe reduzida de servidores públicos, com uma estrutura administrativa limitada, e celebrar um contrato de 36 (trinta e seis) meses, facilitando a execução contratual, sem mobilizar parte da equipe para tomar todas as providências necessárias para realização de nova contratação.

A "vantagem administrativa" é igualmente observada quando a contratação de determinado serviço de informática é feita por 36 (trinta e seis) meses, pois, ao longo desse período, o contratado adquire maior conhecimento sobre as necessidades da Administração.

O inciso III do artigo 106 da Nova Lei de Licitações e Contratos, cominado com o §1º do mesmo artigo, traz um conteúdo absolutamente novo na legislação brasileira, pois permite a extinção do contrato, sem ônus, celebrado com a Administração quando não dispuser de créditos orçamentários para a sua continuidade ou quando entender que o contrato não oferece mais vantagem.

Nos contratos plurianuais, a Administração deverá verificar, no início de cada exercício orçamentário, se a contratação se mantém vantajosa e se há recursos disponíveis para o custeio da despesa. Caso o contrato não se mostre vantajoso ou não existam recursos, a avença poderá ser rescindida **sem imputação de responsabilidade ou ônus** para nenhuma das partes.

O **§1º do artigo 106** trata que a extinção mencionada no inciso III, do mesmo artigo, ocorrerá na próxima data de aniversário do contrato e não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 (dois) meses dessa data.

Para o jurista Marçal Justen Filho (2021), em *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*, há a necessidade de indenização por parte da Administração ao contratado que teve seu contrato extinto antecipadamente, pelas perdas e danos verificadas, considerando o prazo não inferior aos 02 (dois) meses a ser contado antes da data de aniversário do contrato.

Para o **artigo 107, a Nova Lei de Licitações e Contratos** elenca a possibilidade da prorrogação dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos até a máxima vigência de 10 (dez) anos, desde que haja previsão expressa em edital e a autoridade competente ateste que as condições e preços se mantêm vantajosas para a Administração, a cada prorrogação, com a possibilidade de negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para as partes.

A Administração assume o poder-dever de negociar com o contratado, caracterizando uma obrigação de buscar condições mais vantajosas para a Administração, mas resguardando os devidos limites nessa negociação, considerando a atual realidade inflacionária do mercado brasileiro.

Assim, o **prazo inicial do contrato** poderá ser de até **05 (cinco) anos**, de acordo com a definição em edital, previsto no **artigo 106, ao tratar de "celebração"**, podendo ser **prorrogado até** o limite de **10 (dez) anos**, conforme **artigo 107 da Lei nº 14.133/2021**¹².

A Orientação Normativa nº 38, da Advocacia Geral da União, de 13 de dezembro de 2011, apresenta entendimento cuja racionalidade poderá orientar a aplicação da Lei nº 14.133/2021, considerando os contratos de prestação de

¹² Artigo 337-H, do Código Penal Brasileiro, alterado pela Nova Lei de Licitações e Contratos, tipifica como crime a prorrogação contratual não autorizada em lei.

serviços continuados, os quais deverão observar o prazo de vigência originário, de regra, de até 12 meses. Excepcionalmente, este prazo poderá ser fixado por período superior a 12 meses nos casos em que fique tecnicamente comprovado os benefícios para a Administração, diante da peculiaridade e/ou complexidade do objeto, contando com a possível prorrogação do contrato por prazo diverso do contratado originariamente¹³.

No Acórdão nº 2.660/2021, do Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 10.11.2021, o TCU julgou sobre a prorrogação de contratos administrativos. Segundo o tribunal, "não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o poder público, mas mera expectativa de direito, subordinada à discricionariedade do contratante". E conclui com posicionamento de que "eventual prorrogação deve sempre observar o interesse público e ser precedida da avaliação a respeito da sua vantajosidade para a Administração". Tal entendimento é plenamente aplicável ao disposto na Lei nº 14.133/2021.

O Tribunal de Contas da União, em seu Acórdão nº 781/2021, julgou que a celebração de aditivos contratuais com o prazo vigência já transcorrido e com atribuição de efeitos retroativos, "ainda que amparados em um dos motivos previstos no art. 57, § 1º, da Lei 8.666/1993, constitui falha administrativa, com vistas à adoção de providências internas que previnam a ocorrência de outras semelhantes". Segundo o órgão julgador, "nas prorrogações contratuais, a assinatura dos respectivos termos de aditamento deve-se dar até o término da vigência contratual", após a data final de sua vigência, "o contrato é considerado extinto, não sendo juridicamente cabível a sua prorrogação ou continuidade de execução".

A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 10 (dez) anos, segundo o **artigo 108 da Nova Lei de Licitações e Contratos**, nas hipóteses de licitação dispensável para a contratação do objeto produzido ou prestado no País, com alta complexidade tecnológica e defesa nacional, e materiais de uso das Forças Armadas; contratação com vistas ao cumprimento dos incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo; contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional; con-

¹³ Importante Orientação Normativa nº 06, expedida pela AGU, declara que a vigência dos contratos de locação de imóveis, em que a Administração é locatária, não está sujeitos ao limite de 60 (sessenta) meses, estipulado no artigo 57 da Lei nº 8.666/1993.

tratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS); aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação que 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.

A Lei nº 14.133/2021, em seu **artigo 109**, nada mais fez senão incorporar, no texto da lei, a orientação¹⁴ já defendida pela Advocacia-Geral da União, segundo a qual os contratos em que a Administração Pública é usuária de serviços públicos essenciais, prestados em regime de monopólio, tais como energia e água, podem ser estabelecidos por prazo indefinido, desde que, a cada exercício, sejam adotadas cautelas tendentes a viabilizar o custeio da despesa, analisando a existência de créditos orçamentários.

Para as contratações que geram receita¹⁵ e nos contratos de eficiência¹⁶ que geram economia para a Administração, a definição dos prazos de duração deve permitir a amortização dos investimentos realizados pelo particular e, ainda, a obtenção do lucro esperado com a operação, como o **artigo 110** prevê o prazo de até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento, e até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato.

Para o **Contrato de Eficiência**, os exemplos mais comuns são os referentes à energia elétrica, água e telefonia, dos quais resultam as despesas correntes, ou seja,

¹⁴ Orientação Normativa nº 36, de 13 de dezembro de 2011, da Advocacia-Geral da União.

¹⁵ Os contratos de receita são aqueles em que a Administração recebe uma remuneração como contrapartida pela prestação de um objeto. Exemplo disso são os contratos de concessão de uso remunerado de bens públicos, como a cessão de espaço para a exploração econômica.

¹⁶ O artigo 6º, inciso LIII, define contrato de eficiência como contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obra e fornecimento de bens, visando proporcionar economia ao Contratante, com remuneração baseada no percentual da economia gerada.

as despesas necessárias à manutenção da Administração Pública, proveniente de processo licitatório com critério de julgamento de maior retorno econômico¹⁷.

Os prazos citados no artigo 110 precisarão ser regulamentados para a definição das benfeitorias a serem consideradas e da relação de proporcionalidade do valor investido e o limite temporal do prazo de vigência contratual. Em caso de ausência de regulamentação, tais prazos deverão ser previamente definidos antes da abertura de procedimento licitatório, buscando evitar questionamentos posteriores.

Diante das inovações trazidas pela Lei nº 14.133/2021, o **artigo 111** é destaque ao tratar do prazo de vigência e do prazo de execução. O *caput* do artigo fala que na contratação que previr o prazo de conclusão de uma obra, o seu prazo de vigência será automaticamente prorrogado quando o objeto não for concluído no período firmado¹⁸.

Logo, prevalece o entendimento de que a entrega do objeto é imprescindível e o prazo de vigência contratual será prorrogado automaticamente.

Os contratos por escopo são celebrados visando à execução de um objeto específico, dentro de um cronograma delineado contratualmente em atenção ao tempo necessário para a execução desse objeto por parte do contratado, para o recebimento e respectivo pagamento por parte da Administração.

Assim, uma vez executado e entregue o objeto contratado, exaure-se a necessidade da Administração que motivou a contratação. Desse modo, forma-se na doutrina e no âmbito dos órgãos de controle externo que, ainda que decorrido o prazo de vigência, o esgotamento da relação contratual somente ocorre após a conclusão e recebimento do objeto. Antes disso, o acompanhamento dos prazos contratuais tem como objetivo imputar as consequências cabíveis em face de eventual atraso injustificado (mora do devedor).

¹⁷ Exemplo no caso concreto: **Empresa A** faz proposta técnica de energia elétrica com economia de R\$ 100.000,00 e a Administração vai pagar 10% da economia a **Empresa A**. A economia total apresentada pela **Empresa A** é de R\$ 90.000,00. A **Empresa B** faz proposta técnica de economia de R\$ 100.000,00, a ser remunerada por 5% da economia. A Administração pagará R\$ 5.000,00. O retorno econômico final gerado pela **Empresa B** é de R\$ 95.000,00, sendo considerada a proposta vencedora.

¹⁸ Para o jurista Marçal Justen Filho, nos *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, a regra contida no artigo 111 é aplicada de forma generalizada a todos os contratos administrativos, independentemente do seu objeto.

O enunciado do Acórdão nº 1.674/2014 – Plenário, do Tribunal de Contas da União, concluiu que "nos contratos por escopo, inexistindo motivos para sua rescisão ou anulação, a extinção do ajuste somente se opera com a conclusão do objeto e o seu recebimento pela Administração"; diferente entendimento é adotado aos ajustes por tempo determinado, pois o prazo constitui elemento essencial e imprescindível para a conclusão ou a eficácia do objeto pretendido.

O **artigo 111, parágrafo único**, prevê que o contratado será constituído em mora, quando a não conclusão do objeto decorrer de sua culpa, sendo aplicáveis as sanções administrativas¹⁹.

O **artigo 112** traz que os prazos contratuais da Lei nº 14.133/2021 não excluem nem revogam os prazos previstos em lei especial. Como por exemplo a Lei da Parceria Público-Privada no âmbito da administração pública, Lei nº 11.079/2004, que prevê prazos distintos dos previstos na Nova Lei de Licitações e Contratos. Destaca-se que os prazos decorrentes da lei especial prevalece sobre os prazos gerais da Lei nº 14.133/2021²⁰.

O **artigo 113 da Lei nº 14.133/2021** traz importante inovação legislativa, prevendo que o contrato firmado sob o **regime de fornecimento e prestação de serviço associado**²¹ terá sua vigência máxima definida pela soma do prazo inicial de fornecimento ou entrega da obra mais o prazo de serviço de operação e manutenção, respeitado o limite máximo de 05 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto inicial, permitida a prorrogação de acordo com o **artigo 107**, ou seja, até 10 (dez) anos.

¹⁹ Para a constituição de mora e aplicação das sanções cabíveis, o professor Carlos Nitão entende que a empresa deverá ser comunicada expressamente sobre o fato ocorrido.

²⁰ Tal dispositivo é orientado pelo artigo 2º, § 2º do Decreto-Lei nº 4.657/1942, assim redigido: "§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior."

²¹ O artigo 6º, inciso XXXIV, da Nova Lei de Licitações e Contratos, define fornecimento e prestação de serviço associado como sendo a contratação do fornecimento do objeto e a responsabilização pela a operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado. Para exemplificar tal hipótese, a Administração contrata a execução de uma obra, mas a empresa será responsável pela manutenção. Se a empresa realizar um serviço mal feito, gastará mais na manutenção posterior.

Um novo prazo determinado no **artigo 114**, da Lei nº 14.133/2021, prevê que a operação continuada de sistemas estruturantes²² de tecnologia da informação, considerados imprescindíveis para o desenvolvimento das funções estatais fundamentais, poderá ter a vigência máxima de 15 (quinze) anos.

6. Da Execução

O Capítulo VI da Nova Lei de Licitações traz a execução dos contratos, dispondo em seu **artigo 115** que o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes e cada parte responderá pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

No dispositivo há imposição para todas as partes, impossibilitando a invocação de prerrogativas para afastar as obrigações inicialmente pactuadas. Assim, as condições estabelecidas em edital, legalmente constituído, devem prevalecer sobre os demais, pois o licitante formulou sua proposta, seguindo o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, para o processo licitatório e seu futuro instrumento contratual.

A suspensão da execução do contrato administrativo somente é possível se houver motivo de ordem técnica ou financeira que justifique a adoção dessa medida excepcional, apresentado em despacho da autoridade superior competente, aplicável para a Nova Lei de Licitações e Contratos.

Há entendimento no sentido de que o ato de suspensão da execução do contrato não repercute efeitos na contagem do prazo de vigência, razão pela qual orienta que a Administração, ao determinar a suspensão, controle o transcurso do prazo da vigência contratual, promovendo o necessário adiamento antes da sua conclusão (vide Acórdão nº 2.406/2010 e 1.808/2008, ambos do Plenário do Tribunal de Contas da União).

Para corroborar com aplicação da Nova Lei de Licitações e Contratos, um importante julgado do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais constatou irregularidade referente à execução de contratos com valores inferiores aos das

²² O artigo 2º, inciso XXXI, da Portaria nº 352, de 31 de janeiro de 2020, da Controladoria-Geral da União, define sistemas estruturantes como sistema com suporte de tecnologia da informação **fundamental e imprescindível** para planejamento, coordenação, execução, descentralização, delegação de competência, controle ou auditoria das ações do Estado.

assinaturas dos contratos decorrentes dos processos de licitação. O relator informou haver irregularidade na conduta, tendo em vista a ocorrência de lesão à competitividade, pois estabeleceu as especificações contidas no procedimento licitatório para depois cumprir menos da metade do acordado em contrato administrativo, mesmo com a anuência do contratado, prejudicando os demais licitantes que poderiam ter apresentado outras propostas mais vantajosas para a Administração, caso os parâmetros efetivamente cobrados estivessem explícitos no edital original, mantendo a condenação de multa. (TCE/MG, Recurso Ordinário nº 988196, Rel. Cons. José Alves Viana, j. em 25.05.2018.)

O **artigo 116** enuncia a questão de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz, ou outras reservas previstas em normas específicas²³. O Tema foi abordado em diversos dispositivos, como artigo 25, § 9º, artigo 63, inciso IV e artigo 92, inciso XVII, constatando-se a sua devida importância, como instrumento de política de inclusão social, para a nova Lei de Licitações e Contratos.

O parágrafo único do artigo anterior atribui à Administração a competência para exigir do contratado a comprovação do adimplemento da obrigação acima. Em caso de inadimplência do particular, o contrato poderá ser rescindido, conforme previsão do artigo 137, da referida Lei.

O **artigo 117** elenca que a execução contratual deverá ser acompanhada e fiscalizada por um ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração, conforme os requisitos contidos no artigo 7º desta Lei, respeitando o Princípio da Segregação de Funções, de acordo com a realidade de cada órgão, e a possível contratação de terceiros para assessorar ou subsidiar os agentes.

É uma atribuição da Administração o dever-poder de fiscalizar a execução contratual, sendo vedada a designação do mesmo agente público para a mesma função, salvo a estrutura física incompatível com essa exigência legal.

Em regra, o fiscal do contrato não poderá ser do setor demandante do objeto pretendido, não poderá ter participado formalmente do planejamento deste e não poderá ordenar o pagamento posterior à execução.

²³ A Lei 8.666/1993 elencava igualmente a reserva de cargos no artigo 66-A. Todavia, a Lei 14.133/2021 deu tratamento mais rigoroso sobre o assunto. Para a fiscalização prevista no parágrafo único do artigo 116, é imprescindível que a Administração regulemente o tema.

O artigo 117, em seu **parágrafo terceiro**, trouxe conteúdo inovador no sentido de que o Fiscal do Contrato será auxiliado por assessoria jurídica e por controle interno da Administração para dirimir as dúvidas e subsidiá-lo com orientações fundamentais para evitar riscos na execução do objeto²⁴.

O **parágrafo quarto, do artigo 117**, da Lei nº 14.133/2021, prevê as regras para a contratação de terceiros. No caso de a Administração contratante não contar, em seus quadros de pessoal, com cargo ou emprego de engenheiro, a fiscalização do contrato de obra de engenharia deverá ser exercida por dois agentes distintos: a) fiscal do contrato, que será o servidor público designado pela Administração; b) fiscal da execução, terceiro contratado para o acompanhamento da execução material da obra. O fiscal do contrato será responsável pela fiscalização das obrigações contratuais, como o cumprimento dos prazos e demais condições, por exemplo. Ao fiscal da execução, caberá a verificação dos aspectos técnico-construtivos da obra, atividade privativa de engenheiros e arquitetos, o que demanda a devida inscrição do profissional no CREA ou CAU e a Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) para o exercício da atividade por engenheiro ou arquiteto.

Em respeito ao Princípio da Segregação de Funções, o Plenário do TCU alertou aos órgãos e entidades fiscalizados sobre **"os riscos assumidos pelo titular da unidade de TI e pela autoridade competente da área administrativa ao atribuir quantidade excessiva de contratos de TI para fiscalização ou gestão por um mesmo servidor"**. (TCU, Acórdão nº 916/2015, Plenário, Rel. Min. Subst. Augusto Sherman, j. em 22.04.2015.)

O Acórdão 2.612/2015, Plenário do Tribunal de Contas da União, Relator Min. Benjamin Zymler, firmou posicionamento que a fiscalização deficiente constitui grave falha formal, fazendo referência ao artigo 67 da Lei 8.666/1993, plenamente aplicável à Nova Lei, e que a designação do(s) fiscal(is) do contrato, nos termos previstos em Lei, não é ato discricionário e sim um instrumento de controle indispensável para a Administração exercer sobre o contratado, para fins de obtenção do objeto pretendido.

²⁴ A Instrução Normativa nº 05, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, de 26 de maio de 2017, 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, a partir do artigo 39, Capítulo V, traz a gestão contratual e dispositivos orientadores sobre a sua fiscalização.

No Acórdão nº 875/2020, do Plenário, o Tribunal de Contas da União enunciou que a contratação de empresa para auxiliar a Administração na fiscalização de contratos não retira a obrigação do acompanhamento pelos agentes públicos. **Logo, "a função do terceiro contratado é de assistência, não de substituição (v. g. Acórdãos 173/2019-Plenário, 958/2018-Plenário, 2.292/2017-Plenário e 1.213/2019-Plenário)".** Diante disso, manteve a responsabilização dos responsáveis com a multa prevista no inc. II do art. 58 da Lei nº 8.443/92. (TCU, Acórdão nº 875/2020, do Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 08.04.2020)

Em caso de medição como critério de pagamento e a fiscalização contratual exercida, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, como nos acórdãos 3.103/2010 – Plenário e 2.622/2013 – Plenário, tem entendido que a medição dos itens que compõem a fiscalização não deve ultrapassar a evolução do objeto contratado, visando a evitar que a contratada seja remunerada exclusivamente por um serviço que não alcançará o objetivo da Administração Pública, ou seja, a execução do empreendimento²⁵.

O **artigo 118, da Nova Lei de Licitações e Contratos**, cujo dispositivo correspondente da Lei 8.666/1993 está no artigo 68, mantém o mesmo conteúdo de que o contratado deverá manter preposto aceito pela Administração.

Da mesma forma, o **artigo 119, da Lei nº 14.133/2021**, e seu correspondente artigo 69, da Lei 8.666/1993, manteve o conteúdo em que obriga o contratado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, no todo ou em parte, o objeto contratual viciado, com defeitos ou incorreções resultantes da execução ou do material nela empregado.

Acerca da responsabilidade do contratado após a extinção do contrato, Lucas Rocha Furtado afirma:

Cumpra observar que mesmo após a extinção do contrato em decorrência do cumprimento integral das obrigações por ambas as partes, se se verificar algum vício ou defeito no objeto executado, o contratado é obrigado a responder. Ou seja, mesmo após a extinção do contrato, o contratado continua responsável pelo que foi executado. (FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 397.)

²⁵ Acórdão 1.182/2018, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler.

O **artigo 120, da Nova Lei de Licitações e Contratos**, cujo dispositivo correspondente da Lei 8.666/1993 está no artigo 70, mantém o mesmo conteúdo de que o contratado será responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros em razão da execução do objeto contratual e não excluirá e nem reduzirá essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo contratante.

Para Marçal Justen Filho²⁶, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*, o exercício da fiscalização e do acompanhamento pela Administração não elimina a responsabilidade civil do particular, cabendo ao particular executar seus serviços com toda atenção visando evitar danos de qualquer natureza.

De acordo com Lucas Rocha Furtado (2007), existe na doutrina pátria entendimento de que apenas a responsabilidade civil do contratado dependeria da comprovação de sua culpa, sendo a responsabilidade civil da Administração Pública objetiva. No entanto, o autor discorda desse posicionamento e esclarece:

Efetivamente, a Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º, determina que a responsabilidade do Estado perante os particulares é objetiva (independente, portanto, da comprovação de culpa). Esse dispositivo trata, porém, da responsabilidade extracontratual do Estado. (...) A regra do art. 37, § 6º, da Constituição Federal não se aplica aos contratos administrativos. Nestes casos, a responsabilidade da Administração decorre do descumprimento de cláusula do contrato, e não da regra constitucional. (FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 393.)

Para o **artigo 121, da Nova Lei de Licitações e Contratos**, cujo dispositivo correspondente da Lei 8.666/1993 está no artigo 71, somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhista, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução contratual.

A responsabilidade da Administração e do Contratado é solidária para fins de encargos previdenciários e é subsidiária para fins de encargos trabalhistas.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1336.

A inovação do **artigo 121** está contida nos **parágrafos terceiro, quarto e quinto**, que trazem as medidas de gestão de riscos para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas, tais como:

- a.** exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia;
- b.** condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas;
- c.** efetuar depósitos de valores em conta vinculada;
- d.** efetuar diretamente o pagamento de verbas trabalhistas a serem deduzidas do pagamento ao contratado inadimplente;
- e.** efetuar pagamento ao contratado de verbas na ocorrência de fato gerador.

Destaca-se o texto explícito de que os valores depositados na conta vinculada são absolutamente impenhoráveis, não restando dúvidas sobre o tema.

Sobre a possibilidade de retenção de pagamento diante de descumprimento pelo contratado, a Lei nº 14.133/2021 prevê a possibilidade de **nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado**, mediante disposição em edital ou em contrato, a Administração poderá condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato.

O **artigo 122, caput, da Nova Lei de Licitações e Contratos**, possui dispositivo similar e correspondente na Lei 8.666/1993 que está no artigo 72.

A inovação está elencada no **parágrafo primeiro do artigo 122**, normatizando a obrigação do contratado em comprovar a capacidade técnica com subcontratado, anexando a documentação aos autos do processo correspondente.

O **parágrafo segundo do artigo 122** inova ao prever que o regulamento ou o edital de licitação poderão vedar, restringir ou estabelecer as condições para a subcontratação.

O **parágrafo terceiro do artigo 122**, considerado texto novo, veda a subcontratação de pessoa física ou jurídica que mantenha “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 que, igualmente, "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 tal condição constar expressamente no edital de licitação.

Destacando um caso concreto ocorrido em tomada de contas especial (TCE) instaurada pelo FNDE em desfavor do ex-prefeito do Município de Hidrolândia/CE (inserir nota de rodapé com o arcórdão), cuja empresa não possuía frota de veículos que pudesse atender o objeto ajustado, subcontratando 100% da prestação dos serviços de transporte a uma outra empresa, contrariou "os princípios da economicidade e da eficiência". Sendo assim, o julgador considerou que a subcontratação caracterizou "prejuízo ao erário, o qual corresponde à diferença entre os pagamentos recebidos pela empresa contratada e os valores por ela pagos na subcontratação integral", devendo ser responsabilizado o responsável (TCU, Acórdão nº 8.220/2020, da 1ª Câmara, Rel. Min. Bruno Dantas, j. em 28.07.2020).

Por fim, para o **artigo 123 da Nova Lei**, a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão sobre todas as solicitações e reclamações relacionadas à execução contratual, salvo as manifestações impertinentes, meramente protelatórias ou de nenhum interesse para a boa execução do contrato.

7. Jurisprudência

- *Boletim de Jurisprudência 446/2023. Contrato Administrativo. Aditivo. Contratação integrada. RDC. Projeto básico. Alocação de riscos. Anteprojeto. Imprecisão. Omissão. Na contratação integrada regida pela Lei 12.462/2011 (RDC), o risco inerente ao desenvolvimento do projeto básico é inteiramente alocado ao particular, não havendo permissão legal para assinatura de aditivos por conta de eventuais imprecisões ou omissões do anteprojeto. Acórdão 831/2023-TCU-Plenário (Acompanhamento, Relator Ministro Benjamin Zymler).*
- *Informativo de Licitações e Contratos 410/2021 – Plenário. Na contratação integrada do RDC (art. 9º da Lei 12.462/2011), se não houver alocação objetiva de riscos entre as partes, prevista no edital do certame, o contratado deve assumir eventuais encargos resultantes de erros, incompletudes e omissões do anteprojeto, identificados quando da elaboração dos projetos básico e*

executivo, uma vez que tal situação, inerente a esse regime de contratação, pode ser considerada álea ordinária. Acórdão 544/2021-TCU-Plenário.

- *Boletim de Jurisprudência 108/2015. Licitação. RDC. Matriz de risco. Nas contratações integradas, é imprescindível a inclusão da matriz de risco detalhada no instrumento convocatório, com alocação a cada signatário dos riscos inerentes ao empreendimento. Acórdão 2980/2015-TCU-Plenário (Acompanhamento, Relatora Ministra Ana Arraes).*
- *Consulta quanto à adequada forma de contabilização dos Depósitos em Garantia com Bloqueio de Movimentação - DGBM, referentes à retenção de encargos trabalhistas e previdenciários de contratos de terceirização. CONSULTA. DÚVIDA SOBRE A FORMA DE CONTABILIZAÇÃO DOS DEPÓSITOS VINCULADOS COM BLOQUEIO DE MOVIMENTAÇÃO, DESTINADOS EXCLUSIVAMENTE AO PAGAMENTO DE COMPROMISSOS TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIOS DE RESPONSABILIDADE PRIMÁRIA DAS EMPRESAS FORNECEDORAS DE MÃO DE OBRA TERCEIRIZADA CONTRATADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PRELIMINAR À SECRETARIA DO TESOUREIRO NACIONAL. ACÓRDÃO 1694/2023 - PLENÁRIO. Relator: VITAL DO RÊGO. Processo: 037.425/2021-8. Data da Sessão: 16/08/2023*
- *Tomada de contas especial instaurada em razão de omissão no dever de prestar contas da aplicação dos recursos repassados, por meio de convênio, cujo objeto foi a construção de escola, no âmbito do Programa Nacional de Reestruturação e Aparentagem da Rede Escolar Pública de Educação Infantil (Proinfância). TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. NÃO COMPROVAÇÃO DA BOA E REGULAR APLICAÇÃO DOS RECURSOS. OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS. CITAÇÃO DOS GESTORES DOS RECURSOS. AUDIÊNCIA DA PREFEITA SUCESSORA. REVELIA. APRESENTAÇÃO INTEMPESTIVA DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE) - PRESTAÇÃO DE CONTAS. DILIGÊNCIAS. REFAZIMENTO DA CITAÇÃO DO GESTOR DOS RECURSOS. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. FALECIMENTO DO GESTOR APÓS CITAÇÃO. JULGAMENTO DAS CONTAS PELA IRREGULARIDADE. CONDENAÇÃO DO ESPÓLIO OU DOS HERDEIROS AO RECOLHIMENTO DO DÉBITO, ATÉ O LIMITE DO PATRIMÔNIO TRANSFERIDO. EXCLUSÃO DA PREFEITA SUCESSORA DA RESPONSABILIDADE PELO DÉBITO. ADOÇÃO DE MEDIDAS VOLTADAS AO ATENDIMENTO DA FINALIDADE DO CONVÊNIO. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES DA IRREGULARIDADE VERIFICADA NA CONDUTA DA PREFEITA SUCESSORA. CONTAS REGULARES COM RESSALVA. COMUNICAÇÕES. ACÓRDÃO 9399/2023 - PRIMEIRA CÂMARA. Relator WEDER DE OLIVEIRA. Processo: 005.742/2019-6. Data da Sessão: 15/08/2023*
- *REPRESENTAÇÃO - Avaliação de desempenho, Licitante - É possível, para fins de qualificação técnica em licitações realizadas por empresas públicas e sociedades de economia mista, a utilização de indicadores de avaliação de*

desempenho de licitantes na execução de contratos anteriores com a entidade promotora do certame, desde que prevista no instrumento convocatório e restrita às parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes (art. 58 da Lei 13.303/2016 - Lei das Estatais) . ACÓRDÃO 1312/2023-Plenário. Relator: JORGE OLIVEIRA. JORGE OLIVEIRA. DATA DA SESSÃO 28/06/2023

- *RELATÓRIO DE AUDITORIA. As empresas estatais devem, obrigatoriamente, incluir a matriz de riscos em seus editais e contratos de obras e serviços de engenharia (art. 69, inciso X, da Lei 13.303/2016) , independentemente do modelo de contratação adotado, com a finalidade de garantir o equilíbrio econômico-financeiro da avença e de favorecer a elaboração das propostas dos licitantes, na medida em que lhes é dado conhecimento dos riscos a que serão submetidos durante a execução contratual. Acórdão 320/2023-Plenário. Relator; AUGUSTO NARDES. Data da Sessão: 01/03/2023*

CAPÍTULO XI

Da Alteração e Extinção e Nulidade Contratual

UMA ANÁLISE DOS ARTIGOS 124 À 139 E 147 À 150 DA NLLC

Ingrid Leandro Bach Amaral

1. Da Alteração do Contrato

1.1. Artigo 124

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos não apresentou tantas inovações quanto ao regramento estabelecido na Lei nº 8.666/93 no tocante à alteração dos contratos, sendo elas muito pontuais. A maioria de suas modificações são prevalências de jurisprudências dos tribunais, mais especificamente do Tribunal de Contas da União - TCU.

Existem duas formas de se modificar um contrato administrativo, a primeira seria de ato unilateral, cuja formalização dá-se por meio de termo aditivo sem prévia anuência do contratado; a segunda é entre acordo das partes.

O poder da Administração para alterar o vínculo unilateralmente sustenta sua diferenciação dos contratos do direito privado. Essa prerrogativa decorre da sua condição de curadora dos interesses públicos, conforme dispõe art. 104, inciso I²⁷ da Nova Lei.

As hipóteses de alteração unilateral do contrato administrativo continuam as mesmas. Podendo ser modificado qualitativamente, quando houver remodelação do projeto ou das especificações, objetivando a melhor adequação técnica; e quantitativamente, quando for necessária a modificação do valor

²⁷ Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição do seu objeto, apreciando os limites inalterados previstos no art. 125 da Nova Lei²⁸.

Quanto às hipóteses de alteração bilateral, três permanecem sem modificações: 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.

A hipótese mais popularmente conhecida das alterações contratuais, prevista na alínea “d” do inciso II do art. 124 da nova lei de licitações, foi objeto de modificação, prevendo que as partes poderão alterar o contrato de comum acordo para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro primário 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 inviabilizam a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

Desse modo, para que possa requerer a legitimação de termo aditivo para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o particular deverá comprovar a ocorrência de uma situação superveniente imprevisível (ou previsível, porém de consequências incalculáveis), que inviabilize o cumprimento das condições originariamente contratadas. Essa situação poderá ser oriunda de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou outra circunstância alheia à sua esfera de responsabilidade em razão da chamada álea econômica extraordinária e extracontratual²⁹.

²⁸ Nas alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124 desta Lei, o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para os acréscimos será de 50% (cinquenta por cento).

²⁹ Áleas extraordinárias: são as oerações imprevisíveis e supervenientes que impedem a continuidade do contrato. A álea extraordinária se divide em:

Álea administrativa: são atos oriundos do Poder Público que manifestam-se sobre o contrato.

Álea econômica: são atos externos, imprevisíveis ou inevitáveis que repercutem no contrato.

1.2. Artigo 125

Assim como previsto no regime geral, a nova lei 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 atualizado³⁰ do contrato, sendo o percentual de 50% (cinquenta por cento) no caso específico de contratos para reforma de edifício ou de equipamento.

O ajuste foi pontual, mas significativo, esclarecendo que a incidência dos limites percentuais aplicáveis às alterações dar-se-á sobre todas as hipóteses de alteração unilateral, encerrando, assim, a discussão sobre a aplicabilidade do limite de 25% (vinte e cinco por cento) às alterações qualitativas³¹.

1.3. Artigo 126

A transfiguração do objeto da licitação mencionada no artigo 126, tem por significado a alteração profunda de uma coisa para outra, deturpando, descharacterizando.

Essa modificação fere ao artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal³², que exige licitação pública para contratação de obras, serviços, compras e alienações. Além de frustrar o princípio da obrigatoriedade de licitação³³, como também descumprir o princípio da isonomia³⁴.

³⁰ O valor inicial atualizado do contrato é o valor primário da contratação depois de todos os tipos de reequilíbrios que tenha havido.

³¹ Para melhor adequação técnica aos objetivos da Administração.

³² Art. 37, 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

³³ O princípio da obrigatoriedade estabelece ao Poder Público o compromisso de realizar licitações para contratar obras, serviços, compras e alienações, ressalvadas as hipóteses admitidas pela legislação (contratação direta).

³⁴ O princípio da isonomia, de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações dentro do direito, nada mais é do que a equalização das normas e dos procedimentos jurídicos entre os indivíduos, garantindo que a lei será aplicada de forma igualitária entre as pessoas, levando em consideração suas desigualdades para a aplicação dessas normas.

1.4. Artigo 127

O artigo 127, por sua vez, trata de casos que versam sobre a prestação de serviços que não constavam nas planilhas e projetos que acompanharam o edital da licitação e muito menos no contrato³⁵.

Nesses casos, quando o aditamento se fizer necessário, os preços unitários não poderão serem 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.

Essa medida busca manter a relação original de equivalência entre vantagens e encargos do contratado, evitando, assim, que a margem de lucro do particular seja incrementada com a inclusão de novos serviços.

1.5. Artigo 128

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, gerando prejuízos ao erário.

O dispositivo visa a afastar a ocorrência de superfaturamento através do chamado “jogo de planilha”, que se mantém nas situações em que há uma grande disparidade de informações entre 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.

1.6. Artigo 129

O artigo 129 reproduz regra prevista no § 4º do artigo 65 da Lei n.º 8.666/1993, observando o princípio da reparação integral, ao resguardar a indenização

³⁵ ON n. 05/AGU: Na contratação de obra ou serviço de engenharia, o instrumento convocatório deve estabelecer critérios de aceitabilidade dos preços unitários e globais.

pelo dano emergente sustentado pelo particular em decorrência da brusca supressão unilateral pela Administração de bens ou serviços originariamente contratados após incorrer nos custos necessários para o seu fornecimento ou execução.

1.7. Artigo 130

Assim como na lei anterior, a Nova Lei explicita que a alteração unilateral dos encargos do contratado enseja o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato mediante a formalização de termo aditivo.

A mudança é sutil, mas significativa, deixando claro que, no caso de alteração unilateral do contrato, a Administração deve restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial através do mesmo termo aditivo, enquanto a redação anterior falava apenas da necessidade de que fosse restabelecido “por aditamento”, sem identificar o momento, fazendo com que desequilíbrios durassem por longos períodos.

1.8. Artigo 131

O artigo 131, de caráter inovador, indica que não configura impedimento para reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, quando então será concedida indenização por meio de termo indenizatório.

No entanto, o parágrafo único prevê a obrigatoriedade de formalizar o pedido de reequilíbrio durante a vigência contratual, observando eventual prorrogação.

Portanto, ocorre com a perda do prazo a preclusão³⁶, impedindo o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro.

1.9. Artigo 132

O artigo 132 visou regular situação bastante usual em que o contratado é obrigado a realizar serviços e obras 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 for-

³⁶ A preclusão é um incidente processual que ocorre quando uma das partes de um processo perde o direito de se manifestar em dado momento no processo, seja pela perda do prazo, pela não apreciação das normas ou pela perda do momento oportuno.

malizado. Como regra, a formalização de termo aditivo é condição para a execução do objeto contratado, podendo ser antecipados os efeitos em caso de justificada necessidade, pelo prazo máximo de um mês.

As exigências para que exista a alternativa da realização das prestações antes da formalização do aditivo são parecidas com as justificativas de contratações por emergência, afastando qualquer risco iminente detectado.

1.10. Artigo 133

O artigo 133 estabelece especificações para alterações à contratação integrada ou semi-integrada³⁷, regimes em que a contratada fica encarregada da elaboração da maioria dos projetos, que são os projetos básico e executivo³⁸. Por isso, regra geral, a alteração dos valores contratuais não é admitida.

³⁷ Art. 6º XXXII - contratação integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;

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

³⁸ Art. 6º, inciso XXV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure 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:

- a) levantamentos topográficos e cadastrais, sondagens e ensaios geotécnicos, ensaios e análises laboratoriais, estudos socioambientais e demais dados e levantamentos necessários para execução da solução escolhida;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a evitar, por ocasião da elaboração do projeto executivo e da realização das obras e montagem, a necessidade de reformulações ou variantes quanto à qualidade, ao preço e ao prazo inicialmente definidos;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e dos materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como das suas especificações, de modo a assegurar os melhores resultados para o empreendimento e a segurança executiva na utilização do objeto, para os fins a que se destina, considerados os riscos e os perigos identificáveis, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a definição de métodos construtivos, de instalações provisórias e de condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) 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;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, obrigatório exclusivamente para os regimes de execução previstos nos incisos I, II, III, IV e VII do caput do art. 46 desta Lei;

XXVI - projeto executivo: conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, com o detalhamento das soluções previstas no projeto básico, a identificação de serviços, de materiais e de equipamentos a serem incorporados à obra, bem como suas especificações técnicas, de acordo com as normas técnicas pertinentes;

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 Pública, 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, regra geral, não é elaborado pela contratada, porém, existe a hipótese do projeto básico ser alterado pela contratada, desde que autorizado pela Administração e demonstrado superioridade das inovações propostas, conforme artigo 46, §5º da Nova Lei de Licitações³⁹.

Vale destacar que o artigo 22⁴⁰ da Nova Lei menciona que a matriz de riscos⁴¹ 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.

1.11. Artigo 134

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 ocor-

³⁹ Art. 46, § 5º Na contratação semi-integrada, mediante prévia autorização da Administração, o projeto básico poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, assumindo o contratado a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico.

⁴⁰ Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia pré definida pelo ente federativo.

⁴¹ Art. 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;

rer, 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.

Existindo, portanto, nexo de causalidade entre o fato e a alteração das condições contratadas, faz-se necessário aditar o contrato para que se retorne às circunstâncias iniciais de equilíbrio econômico-financeiro, caracterizando a revisão contratual⁴².

1.12. Artigo 135

O artigo 135 trata da repactuação de 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 XVI da Nova Lei.⁴³

Da leitura do inciso LIX do artigo 6º⁴⁴, bem como do artigo 135, entendemos que a repactuação é uma 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 aplicar a regra da anualidade, observando o período mínimo de um ano, contado da data da apresentação da proposta ou da

⁴² Revisão Contratual é a possibilidade dada às partes de um contrato de alterá-lo, desde que ele, por razões imprevisíveis, tenha deixado de ser equilibrado após a sua celebração

⁴³ Art. 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;

⁴⁴ Art. 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;

data da última repactuação, e será precedida de solicitação do contratado, acompanhada de demonstração analítica da variação dos custos.

A Lei determina que a repactuação deve ser precedida de solicitação do contratado, demonstrando interesse em permanecer equilibrados os valores da contratação. Não havendo postulação até a data da prorrogação contratual, caracteriza vontade contrária à de repactuar, ocorrendo, portanto, a preclusão lógica do direito à repactuação.

1.13. Artigo 136

O artigo 136 reproduz regra semelhante ao do § 8º do artigo 65 da Lei n.º 8.666/1993, ampliando o rol de situações que prescindem da celebração de termo aditivo.

A obrigatoriedade da celebração do termo aditivo não se aplica aos registros que não caracterizem alteração do contrato, os quais poderão ser realizados por apostilamento, 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.

2. Da Extinção Contratual

2.1. Artigo 137

A extinção contratual retratada neste capítulo é um encerramento prematuro, que advém de circunstâncias excepcionais, que decorrem de irregularidades percebidas após celebração contratual.

A Lei nº 8666/93 utilizava a expressão “rescisão” para todo e qualquer tipo de extinção contratual, essa expressão o legislador da Nova Lei aboliu, adotando a acertada terminologia genérica “extinção”.

Os motivos de extinção do contrato tratado no art.137 deverão ser formalmente justificados, como também assegurados o contraditório e ampla defesa, podendo ser divididos nas seguintes classificações: comportamentos

atribuíveis ao contratado; comportamentos atribuíveis à Administração; razões de interesse público justificadas pela máxima autoridade do contratante e ocorrência de caso fortuito ou força maior.

a. Os comportamentos atribuíveis ao contratado (incisos do art.137 caput)

Nessa classificação, as inovações trazidas pela nova lei são os incisos VI e VII que são situações as quais podem ocorrer com ou sem culpa do contratado, atraindo, em cada caso, as consequências respectivas⁴⁵. No §5º, art.25⁴⁶ é previsto a responsabilidade do contratado, porém, no §2º, art.124⁴⁷, reconhece que podem existir circunstâncias impeditivas, que independem da vontade e da atuação do contratado.⁴⁸

b. Comportamentos atribuíveis à Administração (incisos do art.137, §2º)

A Nova Lei de Licitações e Contratos manteve as hipóteses de extinção por ato da Administração sem inovações, apenas diminuindo os prazos nos casos contidos nos incisos II, III e IV.

Nos casos de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou guerra, bem como quando decorrerem de ato ou fato que o contratado tenha cooperado, não será aplicado às hipóteses dos incisos II, III e IV, ao invés disso, o contratado poderá optar pela suspensão de suas obrigações até a regularização da situação, permitindo o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

⁴⁵ FERNANDES, Felipe; PENNA, Rodolfo. Nova Lei de Licitações e contratos para a advocacia pública. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. p. 231.

⁴⁶ Art. 25. § 5º O edital poderá prever a responsabilidade do contratado pela:

I - obtenção do licenciamento ambiental;

II - realização da desapropriação autorizada pelo poder público.

⁴⁷ Art.124. § 2º Será aplicado o disposto na alínea “d” do inciso II do *caput* deste artigo às contratações de obras e serviços de engenharia, quando a execução for obstada pelo atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental, por circunstâncias alheias ao contratado.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei licitações e contratações administrativas. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021. p. 1477.

c. Razões de interesse público justificadas pela máxima autoridade do contratante (inciso VIII do art. 137)

A Administração Pública poderá extinguir o contrato desde que observadas as razões de interesse público e que seja devidamente justificado. Existe a possibilidade de a Administração Pública não ver mais vantajosidade naquela contratação, porém, esta tem a obrigação de apresentar uma razão sólida. Lembrando que não pode romper o contrato para convocar o remanescente, conforme o §7º, art. 90⁴⁹ da Nova Lei de Licitações, para beneficiar determinado contratado.

Deve se atentar ao caput do art. 137, que menciona a obrigação prévia de ofertar a ampla defesa e o contraditório, até porque o contratado pode trazer alternativas e/ou informações, dentro dos limites legais, que contribuam para a decisão administrativa.

E, no caso de persistir a decisão de extinção do contrato, a Administração deverá ressarcir pelos prejuízos regularmente comprovados, conforme o art. 138, §2º ⁵⁰dessa mesma lei.

Um ponto importante a ser mencionado é que no parágrafo §1º do art. 137, a Nova Lei possibilita a expedição de diretrizes para especificar os procedimentos e critérios para verificação dos motivos que justificam a extinção do contrato.

d. Ocorrência de caso fortuito ou força maior (inciso V do art. 137)

Além dos motivos já elencados, razões externas podem causar a extinção do contrato, se enquadrando nas hipóteses de casos fortuitos e de força maior.

⁴⁹ Art. 90. § 7º Será facultada à Administração a convocação dos demais licitantes classificados para a contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento em consequência de rescisão contratual, observados os mesmos critérios estabelecidos nos §§ 2º e 4º deste artigo.

⁵⁰ Art. 138. § 2º Quando a extinção decorrer de culpa exclusiva da Administração, o contratado será ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido e terá direito a:

I - devolução da garantia;

II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data de extinção;

III - pagamento do custo da desmobilização.

O caso fortuito surge da natureza, que por muitas vezes são imprevisíveis e inevitáveis, causando a impossibilidade do cumprimento contratual; a força maior deriva de evento humano, que também é imprevisível e inevitável, criando total impossibilidade de execução do contrato.

Nesses casos, qualquer das partes pode alegá-las para obter a extinção contratual.

2.2. Artigo 138

A Lei nº 8.666/93 listava as hipóteses que caberia a extinção unilateral do contrato; a Lei nº 14.133/21 acrescenta que a Administração pode unilateralmente extinguir o contrato sempre que o descumprimento não for decorrente de sua própria conduta.

A novidade trazida pelo art. 138 são as formas de extinção mediante decisão do Tribunal Arbitral. As demais formas já eram previstas no art. 79 da antiga lei e continuam com a obrigatoriedade de preceder de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente, devendo também ser reduzidas a termo no respectivo processo, conforme dispõe em seu parágrafo §1º.

Quando não houver consenso para a extinção do contrato e nem for de interesse da Administração Pública unilateralmente, existe a hipótese expressa da Arbitragem, cujo tema é tratado pela Lei nº 9.307/1996.

A Arbitragem é um método alternativo, podendo somente ser usada por acordo espontâneo das partes envolvidas no conflito, renunciando de arrazar o assunto na Justiça. Sua escolha pode ser prevista em contrato, antes de o litígio ocorrer, ou constituída por acordo posterior ao aparecimento do desentendimento⁵¹.

No parágrafo §2º, dispõe sobre a extinção por culpa exclusiva da Administração Pública, resguardado ao contratado de ser ressarcido pelos prejuízos comprovados que houver sofrido. Sem novidades, a Lei faz alusão aos mesmos direitos elencados na Lei nº 8.666/93: devolução da garantia; pagamentos devidos pela execução do contrato até a data de extinção; e pagamento de custo de desmobilização.

⁵¹ <http://www.arbitragembrusque.com.br/arquivos/323>

2.3. Artigo 139

Nos casos em que a Administração estabelece a extinção por ato unilateral, poderá ser determinada a assunção imediata do objeto; a ocupação e utilização do local, instalações, equipamento, 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.

Vale ressaltar que a Nova Lei de Licitações 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.

3. Da Nulidade Contratual

3.1. Artigo 147

O capítulo sobre nulidade dos contratos administrativos é inovação da Nova Lei de Licitações e é norteado pelo princípio do formalismo moderado, que dispensa uma formalidade excessiva nos processos administrativos, esse princípio reflete também em outros textos legais, tais como a Lei nº 9.784/1999 e a LINDB.

O artigo 147 apresenta a possibilidade da declaração de nulidade nas hipóteses de confirmada a irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, porém, somente deve ser declarado nulo caso seja de interesse público, necessitando ser consideradas alternativas que possam se ajustar ao caso analisado, antes da nulidade ser reconhecida, evitando consequências indesejadas.

A convalidação⁵² é a primeira alternativa no caso de vícios no processo de licitação ou na execução do contrato, suprimindo os defeitos sanáveis e resguardando os efeitos produzidos.

O fato de a regra ser a convalidação fortalece o princípio da presunção de legitimidade, de legalidade e veracidade dos atos administrativos, assegurando maior responsabilidade jurídica a todos que se envolvem com a Administração Pública.

A nova lei impõe, portanto, que a Administração Pública analise os onze requisitos no momento de decidir ou não pela suspensão da execução ou anulação de determinado contrato, que se encontram nos incisos I a XI.

Em seu parágrafo único, deixa claro que a ausência de declaração de nulidade em decisão da Administração Pública não exime de responsabilizar de forma indenizatória e/ou através de aplicação de penalidades cabíveis aos causadores dos prejuízos.

3.2. Artigo 148

Seguindo as inovações do que dispõe sobre a nulidade do contrato administrativo, o artigo 148 orienta sobre as consequências da declaração de nulidade, que são: a operação de efeitos retroativos, retornando à situação fática anterior à celebração do contrato.

Muito embora a intenção inicial seja de prevalecer com o contrato, buscando sanear-lo, quando for de interesse público, após toda análise exigida no art. 147, dentre outros que a Administração Pública achar pertinente, deve-se reconhecer o efeito *extunc* da nulidade do contrato.

No parágrafo §1º, quando demonstrada a impossibilidade de retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização de perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis.

⁵² Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que: só pode haver convalidação quando o ato possa ser produzido validamente no presente. Importa que o vício não seja de molde a impedir reprodução válida do ato. Só são convalidáveis atos que podem ser legitimamente produzidos. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo . 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 417.

Já no seu parágrafo §2º, mesmo depois de reconhecer o efeito *extunc* da declaração de nulidade do contrato, permite que a eficácia da decisão fique para um momento futuro, no prazo de 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez.

Percebe-se aqui uma modulação dos efeitos, que dialoga com o artigo 20 da LINDB, que preceitua a decisão não somente com base em valores jurídicos abstratos, mas também em análise das consequências práticas da decisão, entretanto, essa análise deve ser feita com muita cautela e com as devidas justificativas.

3.3. Artigo 149

O art. 149 é uma versão aperfeiçoada do art. 59⁵³, parágrafo único da Lei 8666/93, que tem como norte a vedação do enriquecimento sem causa⁵⁴, prevendo a indenização do que já houver sido executado como também do que tiver tornado eficaz, ou seja, tudo que o contratado que teve o contrato anulado por causa da Administração Pública puder comprovar de lesão a direito, prejuízo, dano, detrimento patrimonial ou financeiro poderá ser objeto de negociação administrativa ou ação judicial de indenização por perdas e danos.

Por fim, dispõe sobre a apuração de responsabilidade do agente causador da nulidade.

3.4. Artigo 150

A Nova Lei de Licitações prevê como nulidade a falta de planejamento para caracterização correta do objeto e a não indicação dos critérios orçamentários para pagamento das despesas contratuais, que tem como consequência também a responsabilização de quem ordenou.

⁵³ Art. 59. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

⁵⁴ Art. 884 do Código Civil. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.
Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

É oportuno se atentar ao disposto sobre Despesa Pública na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) nos seus artigos 15 e 16⁵⁵.

4. Jurisprudência

- *Boletim de Jurisprudência 351/2021 - Acórdão 781/2021-TCU-Plenário (Auditoria, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues) INDEXAÇÃO - Contrato Administrativo. Aditivo. Limite. Extrapolação. Exceção. Requisito. Alteração por acordo. Aditivo qualitativo. ENUNCIADO: A extrapolação excepcionalíssima dos limites estabelecidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993 para alterações consensuais qualitativas de contratos de obras e serviços somente é possível se satisfeitas cumulativamente as seguintes exigências estabelecidas na Decisão 215/1999-Plenário: a) não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores àqueles oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; b) não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; c) decorrer de fatos supervenientes que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; d) não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; e) ser necessária para a completa execução do objeto original do contrato, para a otimização do cronograma de execução e para a antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; f) restar*

⁵⁵ Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: (Vide ADI 6357).

I - Estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - Declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - Adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - Compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do caput será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§ 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º As normas do caput constituem condição prévia para:

I - Empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;

II - Desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição.

demonstrado, na motivação do ato de alteração do contrato, que as consequências da rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação, importariam sacrifício insuportável ao interesse público a ser atendido pela obra ou serviço, inclusive quanto à sua urgência e emergência.

- *Informativo de Licitações e Contratos 456/2023 - Acórdão 585/2023-TCU-Plenário, Pedido de Reexame, Relator Ministro Augusto Nardes ENUNCIADO: Além da observância da legislação pertinente à publicação de seus contratos, em especial a Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) e a Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), as empresas estatais devem disponibilizar informações atualizadas referentes a seus contratos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), de que trata a Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), em cumprimento ao art. 17 da Lei 14.436/2022 (LDO de 2023).*
- *Acórdão TCU1757/2022 Plenário (Representação, Relator Ministro Bruno Dantas) Boletim Número 413 - TCU. Licitação. Competitividade. Restrição. Exigência. Escritório. Local. É irregular a exigência de que o contratado instale escritório administrativo, ou outro tipo de estrutura física, em localidade específica sem a demonstração de que tal medida seja imprescindível à adequada execução do objeto licitado, devido ao potencial de restringir o caráter competitivo da licitação, afetar a economicidade do contrato e ferir o princípio da isonomia (art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 e arts. 5º e 9º, inciso I, alíneas a, b e c, da Lei 14.133/2021).*
- *Os contratos de locação sob medida, built to suit, com cláusula de reversão do bem à Administração Pública ao final da avença constituem operações de crédito, desde o momento da contratação, sujeitando-se às regras orçamentárias e de responsabilidade fiscal aplicáveis à espécie, previstas na Constituição Federal, na LC 101/2000, nas leis de diretrizes orçamentárias, nas respectivas leis orçamentárias e nos correspondentes regulamentos. (Acórdão 755/2023-Plenário | Relator: ANTONIO ANASTASIA. ÁREA: Finanças Públicas | TEMA: Operação de crédito | SUBTEMA: Bens imóveis. Outros indexadores: Consulta, Bens reversíveis, Locação sob medida).*
- *O atesto de despesa efetuado sem a efetiva verificação do direito do contratado ao crédito é ato grave, porquanto dá margem à ocorrência de pagamentos sem a devida contraprestação pela execução do objeto, sujeitando o responsável ao ressarcimento de eventual prejuízo ao erário. (Acórdão 2840/2023-Segunda Câmara | Relator: AUGUSTO NARDES. ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Contrato administrativo | SUBTEMA: Liquidação da despesa. Outros indexadores: Atestação)*

- *Na contratação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição aos seus colaboradores, é recomendável que as entidades do Sistema S, caso decidam pela técnica do credenciamento, observem, por analogia, as disposições do art. 79, parágrafo único, da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos). (Acórdão 459/2023-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER - ÁREA: Licitação | TEMA: Inexigibilidade de licitação | SUBTEMA: Credenciamento - Outros indexadores: Sistema S, Auxílio-alimentação, Vale refeição, Analogia, Legislação).*
- *Não é juridicamente possível o aproveitamento, por órgão federal, de contrato já firmado por órgão estadual ou municipal. O único instrumento legal que possibilita determinado órgão se beneficiar de licitação realizada por outro é a adesão a ata de registro de preços, no âmbito do Sistema de Registro de Preços (SRP) ; porém é vedada, pelo art. 22, § 8º, do Decreto 7.892/2013 e pelo art. 86, § 8º, da Lei 14.133/2021, aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal a adesão a ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade estadual, distrital ou municipal. (Acórdão 1851/2022-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS ÁREA: Licitação | TEMA: Registro de preços | SUBTEMA: Cabimento. Outros indexadores: Vedação, Consulta, Adesão à ata de registro de preços, Contrato administrativo, Aproveitamento, Estado-membro, Município. Publicado: Boletim de Jurisprudência nº 414 de 29/08/2022).*

CAPÍTULO XII

Do Sistema Sancionador

UMA ANÁLISE DOS ARTIGOS 155 A 163 DA NLLC

Carlos Mauricio Lopes Aguiar

1. Introdução

A Lei nº 14.133/2021 - Nova Lei Geral de Licitações e Contratos – NLLC - apresenta como uma de suas principais novidades, um capítulo específico acerca das infrações e sanções administrativas, promovendo muitas mudanças no regime jurídico que dispõe sobre as sanções aplicáveis pela Administração Pública a licitantes e contratados.

O objetivo deste capítulo é o de orientar os servidores de todas as esferas públicas (União, Estados, Distrito Federal e municípios) que atuam na área de Gerenciamento de Contratos, de modo a subsidiá-los quando da constatação de ocorrências ou situações que possam caracterizar infrações administrativas motivadas por descumprimento contratual ou inexecução do objeto por parte do licitante ou do contratado, e também à elaboração de regular processo administrativo para apuração destas infrações, bem como a aplicação de sanções administrativas. Diante dessa situação, entendemos que a Administração, deverá observar, inicialmente, as previsões contidas na norma geral, socorrendo-se de outros normativos aplicáveis quando da lacuna ou obscuridade daquela, integrando a legislação de modo a garantir o direito do devido processo legal ao administrado.

Assim, NLLC a matéria se encontra disciplinada no Título IV – DAS IRREGULARIDADES, no capítulo inaugural, denominado: "Das Infrações e Sanções Administrativas". Diferentemente da Lei nº 8.666/93, que trata das sanções em apenas um artigo (art. 87), a Nova Lei contempla nove dispositivos sobre o assunto (arts. 155 aos 163).

2. Das Infrações e Aplicação de Sanções

O artigo 155 é uma das novidades da NLLC e essa inovação começa pela descrição das infrações administrativas no primeiro artigo a tratar da matéria na Nova Lei. Situação que não é explícita na Lei nº 8.666/1993.

Importante ressaltar aqui o inciso VIII do Artigo 155 da Lei 14.133/2021, a nova lei de licitações e contratos no Brasil, trata das infrações relacionadas a declarações falsas. Esse inciso refere-se à conduta de fazer declaração falsa, algo que pode ser comum em microempresas e empresas de pequeno porte que se autodeclaram de forma inverídica para obter benefícios em processos licitatórios ou contratos públicos. Essa disposição provavelmente estabelece penalidades para empresas que façam declarações falsas sobre sua condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, visando garantir a veracidade das informações prestadas e a integridade dos processos licitatórios.

3. Sanções Administrativas na NLLC

Das sanções descritas no artigo 156 da NLLC e contratos merece especial atenção ao inciso V do § 1º, que trata da implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade. Pois, se por um lado, as previsões da Lei nº 14.133/21 sobre o tema possuem inegável potencial para representar um marco no aperfeiçoamento das relações público-privadas; por outro, a sua efetivação traz grandes desafios à Administração Pública, sobretudo em face do nível de maturidade dos programas de integridade no Brasil e do risco que isso pode trazer.

Também a norma ampliou as sanções restritivas de licitar e contratar e os prazos aplicáveis, destacando nos parágrafos 4º e 5º do art. 156, o âmbito de aplicação das sanções de impedimento e de inidoneidade.

De acordo com o que trata a norma legal, a pena de impedimento de licitar e contratar no âmbito de quem a aplicou, enquanto a de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar produz efeitos em relação a todos os entes da federação.

O parágrafo 4º do Artigo 155 da Lei 14.133/2021 estabelece a sanção de impedimento para os responsáveis que cometerem infrações no contexto de licitações e contratos. Essa sanção impede o responsável de participar de processos licitatórios ou contratar com a Administração Pública direta e indireta do ente federativo que aplicou a sanção, pelo período máximo de três anos.

Essa disposição visa a promover a integridade e a lisura nos processos de contratação pública, garantindo que os responsáveis por condutas irregulares sejam devidamente penalizados e que não possam continuar participando de novos processos licitatórios ou celebrando contratos com a Administração Pública por um determinado período de tempo.

É importante ressaltar que a regra do § 1º do art. 156 na NLLC, materializa a segurança do Direito Sancionador, à medida em que exige, de acordo com o caso concreto, juízo de proporcionalidade acerca da natureza e da gravidade da infração, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os danos que dela decorrerem e a implantação ou aprimoramento de programa de integridade.

No entanto, O parágrafo 5º do Artigo 155 da Lei 14.133/2021 prevê a aplicação da sanção de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública. Esse parágrafo estabelece que essa sanção terá duração mínima de três anos e máxima de seis anos.

Essa sanção de inidoneidade é uma das mais severas previstas na legislação de licitações e contratos, e impede que a empresa sancionada participe de licitações ou contrate com a Administração Pública pelo período determinado.

Já o parágrafo 1º do Artigo 156 da Lei 14.133/2021 trata da aplicação da sanção de multa por descumprimento de obrigação principal ou acessória nos contratos administrativos. Ele estabelece que, caso o contratado descumpra alguma obrigação prevista no contrato ou na legislação aplicável, poderá ser aplicada uma multa, que não poderá exceder o limite máximo estabelecido no contrato, sendo esse limite o percentual do valor do contrato ou do valor da obrigação descumprida.

Essa disposição visa garantir o cumprimento adequado dos contratos administrativos e o respeito às obrigações assumidas pelas partes contratantes.

O Artigo 5º da Lei 14.133/2021 estabelece que serão observadas as disposições do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, que trata da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Isso significa que, ao aplicar as penalidades previstas na art. 156, parágrafo 1º, a Administração Pública deverá observar as diretrizes gerais estabelecidas na LINDB. Em particular, o parágrafo 2º do Artigo 22 da LINDB, que trata da dosimetria das penas, deverá ser considerado.

Essa referência à LINDB visa garantir a coerência e a conformidade das penalidades aplicadas com os princípios e as normas gerais do ordenamento jurídico brasileiro.

O parágrafo 1º do Artigo 156 da Lei 14.133/2021 é relevante no contexto dos contratos administrativos, pois estabelece limites para a aplicação de multas em caso de descumprimento de obrigações, sejam elas principais ou acessórias.

Essa disposição visa trazer maior clareza e previsibilidade para as partes envolvidas nos contratos administrativos, garantindo que as penalidades aplicadas sejam proporcionais à gravidade do descumprimento e ao valor do contrato.

Ao definir limites para as multas, a lei busca evitar excessos na aplicação das penalidades, protegendo os contratados de sanções desproporcionais que possam comprometer sua capacidade de cumprir o contrato ou mesmo sua subsistência.

Além disso, ao estabelecer diferentes limites para obrigações principais e acessórias, o parágrafo 1º do Artigo 156 reconhece a distinção entre esses tipos de obrigações e ajusta as penalidades de acordo com sua natureza e importância para o cumprimento do contrato.

Essa medida contribui para a eficiência e a transparência na gestão dos contratos administrativos, incentivando o cumprimento das obrigações por parte dos contratados e garantindo a regularidade e a continuidade dos serviços prestados à Administração Pública.

São seis os parâmetros objetivos de dosimetria do sancionamento, trazidos pelo § 2º do art. 22 da LINDB (natureza, gravidade, danos, agravantes, atenuantes e antecedentes), assim O parágrafo 2º do artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) estabelece o seguinte:

“Nos casos de cominação de penalidade, a sua graduação far-se-á atendendo aos fins sociais a que ela é dirigida e às circunstâncias do caso.”

Essa disposição da LINDB é fundamental porque estabelece princípios a serem considerados na graduação das penalidades. Em outras palavras, ao aplicar uma sanção, seja ela administrativa, civil ou penal, deve-se levar em conta não apenas a gravidade da infração, mas também os objetivos sociais que essa penalidade visa alcançar, bem como as circunstâncias específicas do caso em questão.

Dessa forma, o parágrafo 2º do artigo 22 da LINDB orienta os aplicadores do direito a promover uma justiça mais equitativa e proporcional, levando em consideração não só a norma violada, mas também o contexto em que a infração ocorreu e os efeitos sociais da aplicação da sanção.

Essa disposição é relevante no contexto do parágrafo 1º do artigo 156 da Lei 14.133/2021 (nova lei de licitações e contratos), pois indica que a dosimetria das penalidades deve considerar não apenas os limites estabelecidos em lei, mas também os fins sociais e as circunstâncias específicas de cada caso.

Sobre Os parâmetros balizadores da dosimetria que devem ser aplicados pela Administração Pública ao exercer seu *jus puniendi* em licitações e contratos são fundamentais para garantir a justiça e a transparência nesse processo. Reforçando, o artigo 5º da NLGLC (Norma Legal de Gestão de Licitações e Contratos) provavelmente detalha esses parâmetros específicos. Geralmente, eles incluem aspectos como a gravidade da infração, a reincidência, o dano causado, a proporcionalidade da sanção aplicada em relação à infração cometida, entre outros, Certificar-se de seguir esses parâmetros é essencial para promover a eficácia e a legitimidade das ações da Administração Pública nesse contexto.

O princípio da proporcionalidade é um conceito fundamental no direito administrativo e em diversos sistemas jurídicos ao redor do mundo. Ele estabelece que as medidas adotadas pelo Estado (ou pela Administração Pública) devem ser proporcionais ao fim que se busca atingir. Em outras palavras, significa que as ações do Estado devem ser adequadas, necessárias e proporcionais em relação aos objetivos que se propõem alcançar.

Na aplicação desse princípio em sede de licitações e contratos, por exemplo, significa que as sanções aplicadas pela Administração Pública devem guardar uma relação de proporcionalidade com a gravidade da infração cometida. Isso implica que as penalidades não podem ser excessivas ou desproporcionais em relação à irregularidade praticada.

Em resumo, o princípio da proporcionalidade serve como um critério para avaliar a razoabilidade das ações do Estado, garantindo que elas não violem direitos fundamentais ou ultrapassem os limites do razoável em relação aos objetivos perseguidos.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade desempenham um papel crucial na aplicação das sanções administrativas, especialmente no contexto das licitações e contratos. Eles atuam como guias para garantir que as penalidades impostas pela Administração Pública sejam justas, adequadas e proporcionais à gravidade da infração cometida.

A motivação dos atos administrativos, incluindo as sanções, é imprescindível para garantir a validade e a transparência do processo. Isso significa que a Administração deve explicar claramente os motivos pelos quais uma determinada sanção está sendo aplicada, demonstrando como ela está em conformidade com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Além disso, a Lei nº 9.784/99 estabelece parâmetros normativos importantes para orientar as relações entre a Administração Pública e os administrados. O inciso VI, do parágrafo único do art. 2º dessa lei destaca a necessidade de adequação entre meios e fins, proibindo a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias para atender ao interesse público.

Portanto, a observância desses princípios e critérios legais é essencial para garantir a justiça, a eficiência e a legalidade na aplicação das sanções administrativas em licitações e contratos.

O exercício adequado da dosimetria na aplicação de penalidades em licitações e contratos é essencial para garantir a legitimidade e a eficácia do processo sancionador no direito administrativo. A dosimetria adequada implica na consideração cuidadosa dos princípios da razoabilidade, proporcionali-

dade e adequação entre meios e fins, bem como na motivação adequada dos atos administrativos.

Ao seguir esses princípios e critérios legais, a Administração Pública pode assegurar que as sanções aplicadas sejam justas, proporcionais à gravidade das infrações cometidas e estritamente necessárias para atender ao interesse público. Isso contribui para a manutenção da ordem, da transparência e da confiança nas relações entre o Estado e os administrados, promovendo, assim, a efetividade do direito administrativo sancionador.

Uma sanção administrativa aplicada sem a devida observância do processo de dosimetria, que inclui a garantia do direito do réu de ter sua pena previamente submetida a uma avaliação detalhada, é considerada flagrantemente nula. Isso ocorre porque a dosimetria da pena é uma etapa essencial para assegurar que a sanção seja proporcional à gravidade da infração cometida e aos princípios legais e constitucionais aplicáveis.

A ausência desse procedimento pode violar direitos fundamentais do acusado, comprometendo a legalidade e a validade da sanção imposta. Portanto, é fundamental que a Administração Pública respeite integralmente os princípios do devido processo legal, garantindo o direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como a aplicação correta dos critérios de dosimetria, para evitar nulidades e garantir a justiça no processo administrativo sancionador.

As garantias processuais contidas no novo estatuto de compras públicas são fundamentais para assegurar a transparência, a legalidade e a justiça nos processos licitatórios e contratuais realizados pela Administração Pública. Essas garantias devem ser interpretadas de forma ampla e aplicadas de maneira abrangente, garantindo a proteção dos direitos dos licitantes e contratantes.

Qualquer eventual inobservância dessas garantias deve ser prontamente rechaçada e coibida, pois compromete a integridade do processo e pode resultar em prejuízos significativos para os envolvidos. Portanto, é essencial que a Administração Pública e os demais atores envolvidos no processo de compras públicas estejam plenamente cientes das garantias processuais estabelecidas no estatuto e assegurem sua correta aplicação em todas as etapas do processo. Isso contribui para a eficiência, a transparência e a lisu-

ra das contratações públicas, promovendo a confiança e a credibilidade no sistema de compras governamentais.

Por fim, possível que a ausência de previsão específica na Nova Lei de Licitações e Contratos sobre as circunstâncias que atenuam as penalidades seja suprida por outras fontes normativas, como regulamentos, editais de licitação, contratos ou mesmo por analogia com outras normas que tratem do tema.

Essa prática é comum e está de acordo com os princípios gerais do direito, permitindo que lacunas legais sejam preenchidas de forma a garantir a eficácia e a justiça do sistema jurídico como um todo. Por exemplo, o artigo 7º da Lei 6.437/1977 pode ser utilizado como referência para identificar circunstâncias atenuantes em sede administrativa, mesmo que não haja previsão explícita na Nova Lei de Licitações e Contratos.

Portanto, é importante que os órgãos públicos e demais envolvidos no processo licitatório estejam atentos a essas possibilidades e busquem aplicar as penalidades de forma justa e proporcional, mesmo na ausência de previsão detalhada na legislação específica. Isso contribui para a segurança jurídica e a legitimidade das ações administrativas no contexto das licitações e contratos públicos

Com base no que foi discutido até agora, parece que a afirmação é bastante consistente. A dosimetria da pena é um elemento essencial para garantir a legalidade, a justiça e a eficácia das penalidades administrativas aplicadas no âmbito das atividades regidas pela lei 14.133/2021, que trata de licitações, contratos e seu respectivo controle.

A ausência de um prévio juízo de dosimetria pode comprometer a validade da penalidade administrativa, uma vez que não permite a avaliação adequada da proporcionalidade da sanção em relação à infração cometida e aos princípios legais aplicáveis. Portanto, é razoável concluir que qualquer pena administrativa aplicada sem a devida observância da dosimetria pode ser considerada inválida.

Assim, a dosimetria da pena deve ser um procedimento obrigatório e fundamental em todos os casos de aplicação de sanções administrativas no contexto das licitações, contratos e demais atividades reguladas pela referida lei. Isso contribui para assegurar a justiça e a legalidade das ações da Admi-

nistração Pública, fortalecendo a confiança no sistema de compras públicas e contratações governamentais.

Verifica-se, ante a tudo o que foi até exposto, é possível afirmar que inexistente pena administrativa válida que tenha sido aplicada no âmbito das atividades regidas pela lei 14.133/2021 (licitações, contratos e seu respectivo controle) sem a observância adequada de um prévio juízo de dosimetria.

Os parágrafos seguintes, do 2º ao 5º, fazem uma relação entre a infração e a sanção que a sua prática poderá resultar. Mais uma vez o que se vê é uma tentativa da lei em afastar o subjetivismo decisório da Administração Pública em prol da segurança jurídica àqueles que com ela contratam.

Caso a reabilitação não seja requerida, a declaração de inidoneidade subsiste pelo prazo máximo de 6 (seis) anos, momento em que a empresa pode voltar a contratar com a Administração Pública independentemente da adoção de qualquer providência ou do preenchimento de qualquer um dos requisitos elencados na norma (§5º do artigo 156). No caso da sanção de impedimento, o prazo máximo é de 3 (três) anos (§4º do artigo 156). Esgotado esse período, a sanção se extingue automaticamente, sem que a empresa precise formular qualquer requerimento.

Por outro lado, é importante destacar que à cerca da sanção de multa, poderá cumular as várias infrações constantes do rol do art. 155 da NLLC⁵⁶, visto que a lei estabelece que a sua base de cálculo será o valor do contrato licitado, sobre o qual incidirá um percentual que variará entre 0,5% até 30%.

⁵⁶ Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

- I - dar causa à inexecução parcial do contrato;
- II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;
- III - dar causa à inexecução total do contrato;
- IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame;
- V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;
- VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;
- VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;
- VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;
- IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;
- X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;
- XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;
- XII - praticar ato lesivo previsto no [art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013](#).

Nesse sentido o a aplicação das sanções listadas no art. 156 da NLLC⁵⁷, serão aplicadas até o limite supracitado.

É importante também destacar que no § 9º a aplicação das sanções previstas no caput do art. 156 não exclui, em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública.

⁵⁷ Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

- I - advertência;
- II - multa;
- III - impedimento de licitar e contratar;
- IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados:

- I - a natureza e a gravidade da infração cometida;
- II - as peculiaridades do caso concreto;
- III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;
- IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública;
- V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

§ 2º A sanção prevista no inciso I do caput deste artigo será aplicada exclusivamente pela infração administrativa prevista no [inciso I do caput do art. 155 desta Lei](#), quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave.

§ 3º A sanção prevista no inciso II do caput deste artigo, calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no [art. 155 desta Lei](#).

§ 4º A sanção prevista no inciso III do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos [incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do art. 155 desta Lei](#), quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos.

§ 5º A sanção prevista no inciso IV do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos [incisos VIII, IX, X, XI e XII do caput do art. 155 desta Lei](#), bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.

§ 6º A sanção estabelecida no inciso IV do caput deste artigo será precedida de análise jurídica e observará as seguintes regras:

- I - quando aplicada por órgão do Poder Executivo, será de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal e, quando aplicada por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade;
- II - quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública no desempenho da função administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades referidas no inciso I deste parágrafo, na forma de regulamento.

§ 7º As sanções previstas nos incisos I, III e IV do caput deste artigo poderão ser aplicadas cumulativamente com a prevista no inciso II do caput deste artigo.

§ 8º Se a multa aplicada e as indenizações cabíveis forem superiores ao valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado, além da perda desse valor, a diferença será descontada da garantia prestada ou será cobrada judicialmente.

§ 9º A aplicação das sanções previstas no caput deste artigo não exclui, em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública.

Ressalte-se que a Nova Lei faculta a defesa do interessado no prazo de quinze dias úteis, a contar de sua intimação para as sanções de multa, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, omitindo o legislador acerca do prazo da sanção de advertência.

O artigo 156 da Nova Lei trata de quatro espécies de sanções: a advertência, a multa, o impedimento de licitar e contratar e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. A espécie de suspensão temporária de participação em licitações e impedimento de contratar com a Administração por prazo não superior a 2 anos, do art. 87, inc. III da Lei nº 8.666/1993 foi suprimida, incluindo a de impedimento de licitar e contratar, nos moldes do que já existe na Lei nº 10.520/2002 – lei geral do *pregão*.

3.1. Defesa no caso de aplicação da multa

Art. 157. Na aplicação da sanção prevista no inciso II do caput do art. 156 desta Lei, será facultada a defesa do interessado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de sua intimação. (*Sanção do inciso II do caput: multa.*)

Á garantia da ampla defesa e contraditório, a Lei nº 14.133/2021, que rege as licitações e contratos no Brasil, trouxe mudanças significativas em relação à garantia da ampla defesa e do contraditório. Uma dessas mudanças diz respeito ao prazo de defesa concedido ao interessado em caso de aplicação de sanção administrativa.

Conforme mencionado, o prazo de defesa do interessado foi ampliado para até 15 dias úteis, contados a partir da data de sua intimação. Essa ampliação do prazo visa garantir que o interessado tenha tempo suficiente para preparar sua defesa de forma adequada, assegurando o pleno exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório.

Essa medida representa um avanço significativo em termos de proteção dos direitos dos administrados no contexto das licitações e contratos, proporcionando-lhes uma maior oportunidade de apresentar argumentos e evidências em sua defesa antes que qualquer sanção administrativa seja efetivamente aplicada.

O artigo 158 da Nova Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) estabelece as regras para a instauração e condução do processo de responsabilização administrativa no âmbito da Administração Pública. Essas regras visam garantir a imparcialidade e a eficácia do processo, bem como assegurar o pleno exercício do direito de defesa dos envolvidos.

De acordo com o artigo mencionado, a análise jurídica de atos e procedimentos da Administração deve ser realizada pelas respectivas assessorias jurídicas, garantindo a conformidade legal das ações e decisões administrativas.

3.2. Processo de responsabilização no caso de sanções de impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade

Art. 158. A aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do *caput* do art. 156 desta Lei requererá a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir.

§ 1º Em órgão ou entidade da Administração Pública cujo quadro funcional não seja formado de servidores estatutários, a comissão a que se refere o *caput* deste artigo será composta de 2 (dois) ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, preferencialmente com, no mínimo, 3 (três) anos de tempo de serviço no órgão ou entidade.

§ 2º Na hipótese de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão, o licitante ou o contratado poderá apresentar alegações finais no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação.

§ 3º Serão indeferidas pela comissão, mediante decisão fundamentada, provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas.

§ 4º A prescrição ocorrerá em 5 (cinco) anos, contados da ciência da infração pela Administração, e será:

I - interrompida pela instauração do processo de responsabilização a que se refere *caput* deste artigo;

II - suspensão pela celebração de acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013;

III - suspensão por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa.

O artigo 158 da Lei nº 8.112/1990 (Lei do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União) trata das regras para instauração e condução do processo de responsabilização, assim como a necessidade de análise jurídica dos atos e procedimentos administrativos pelas respectivas assessorias jurídicas. Quando há a instauração de um processo de responsabilização, este deve ser conduzido por uma comissão composta por no mínimo dois servidores estáveis, se o órgão for composto por servidores estatutários. Se o órgão não for composto por servidores estatutários, a comissão deve ser formada por 2 ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, preferencialmente.

Além disso, o parágrafo 4º do artigo 158 estabelece que a prescrição do ato infrator ocorrerá em 5 anos, contados a partir da ciência da infração pela Administração. Isso significa que a Administração tem um prazo de cinco anos para tomar medidas legais contra um ato infrator após tomar conhecimento do mesmo. Após esse período, a punição ou responsabilização pelo ato pode ser impedida pela prescrição.

3.3. Declaração de inidoneidade - Apuração e julgamento conjuntos de atos infracionais das leis licitatórias e da lei anticorrupção

Art. 159. Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei.

Outra inovação da NLLC é a inclusão de dispositivo segundo o qual as infrações administrativas previstas nas leis de licitações que também configurem atos lesivos previstos na Lei nº 12.846/2013 sejam apuradas e julgadas em conjunto⁵⁸.

O conceito de corrupção é amplo, incluindo as práticas de suborno e de propina, a fraude, a apropriação indébita ou qualquer outro desvio de recursos por parte de um funcionário público.

A partir deste conceito, a Lei Anticorrupção estabelece que são lesivos todos os atos praticados por pessoas jurídicas que prejudiquem o patrimônio público

⁵⁸ Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

nacional ou estrangeiro, que vão contra os princípios da administração pública ou que firam os compromissos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

A interpretação estática e repressiva do poder estatal, especialmente no contexto dos processos administrativos sancionadores, pode resultar em alguns desafios, como a morosidade e o distanciamento temporal que podem comprometer a adequada avaliação das condutas dos administradores públicos e dos particulares.

O exercício desse poder, muitas vezes baseado em juízos retrospectivos formados após longos períodos de tempo, pode dificultar uma avaliação precisa e imparcial das circunstâncias envolvidas. O distanciamento temporal pode turvar a compreensão dos fatos e levar a decisões enviesadas, que não refletem adequadamente a realidade dos acontecimentos.

É importante que os órgãos de controle estejam cientes dessas questões e adotem medidas para mitigar esses desafios, como a busca por mecanismos que permitam uma análise mais ágil e eficiente das condutas em questão, a fim de evitar a distorção causada pelo tempo. Além disso, a consideração de todas as circunstâncias relevantes e a garantia do direito à ampla defesa e ao contraditório são fundamentais para assegurar a justiça e a legitimidade dos processos sancionadores administrativos.

Diante deste cenário O artigo 22 da Lei 13.655/2018, conhecida como Lei da Segurança Jurídica e Inovação no Âmbito do Direito Público, traz uma importante perspectiva ao estabelecer que, na interpretação das normas sobre gestão pública, devem ser considerados os obstáculos e dificuldades reais enfrentados pelo gestor, bem como as exigências das políticas públicas sob sua responsabilidade, sem prejudicar os direitos dos administrados.

Essa prescrição visa incorporar o pragmatismo ao Direito Administrativo sancionador, reconhecendo que os gestores públicos muitas vezes enfrentam desafios complexos e circunstâncias adversas no exercício de suas funções. Dessa forma, a lei busca promover uma abordagem mais equilibrada e justa na avaliação das condutas dos gestores, levando em consideração o contexto em que suas decisões foram tomadas.

Ao reconhecer os desafios e dificuldades enfrentados pelos gestores, essa disposição legal contribui para uma interpretação mais realista e sensível das normas de gestão pública, promovendo a segurança jurídica e a justiça no exercício do poder estatal. Isso é especialmente relevante no contexto dos processos ad-

ministrativos sancionadores, onde a compreensão adequada das circunstâncias envolvidas é essencial para a tomada de decisões justas e equilibradas.

É interessante notar como o artigo 22 da Lei 13.655/2018 propunha uma abordagem mais pragmática e contextualizada ao Direito Administrativo sancionador, buscando considerar os obstáculos reais enfrentados pelos gestores públicos no exercício de suas funções. Essa disposição representaria um avanço significativo, proporcionando uma interpretação mais equilibrada e justa das normas de gestão pública, ao invés de adotar uma abordagem puramente retrospectiva e descontextualizada.

No entanto, como você apontou, essas disposições foram vetadas pelo presidente da República, principalmente devido a preocupações com a violação do princípio da separação de poderes e com possíveis conflitos com as competências constitucionalmente atribuídas aos Tribunais de Contas. Esse veto pode gerar incertezas jurídicas e destacar a complexidade das relações entre os diferentes sistemas sancionadores existentes.

Porém, tais disposições foram vetadas pelo presidente da República, por entender que haveria violação do princípio da separação de poderes, do interesse público e das competências constitucionalmente atribuídas aos Tribunais de Contas. Este ponto costuma ser uma fonte de insegurança jurídica, uma vez que um acordo baseado na Lei Anticorrupção não necessariamente impede a imposição de penalidades nos termos da legislação de licitações. Esse alinhamento entre diferentes sistemas sancionadores poderia ser um incentivo para acordos envolvendo irregularidades no contexto de licitações e contratos públicos. Atualmente, vários órgãos têm a jurisdição para impor sanções, e os acordos alcançados por um deles não vinculam os outros. Entretanto, a redação final do artigo 159 garantiu apenas que os atos previstos como infrações administrativas nas leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na 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, e dá outras providências, assim, deverão ser apurados e julgados conjuntamente.

3.4. Desconsideração da personalidade jurídica

Art. 160. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, e, nesse caso, todos os efeitos das

sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.

Portanto, o artigo 160 da Lei nº 14.133/2021 estabelece que, para a utilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, é obrigatória a realização de uma análise jurídica prévia. Essa análise deve ser realizada com base em critérios específicos, incluindo o cumprimento dos requisitos de reabilitação, reparação integral do dano causado, pagamento de multa aplicada e cumprimento de outras condições previstas no ato punitivo.

Um ponto importante destacado é a obrigatoriedade de previsão, no ato punitivo, das condições de reabilitação. Isso significa que as condições que a pessoa jurídica deve cumprir para se reabilitar e regularizar sua situação após a desconsideração da personalidade jurídica devem ser claramente estabelecidas no ato que impõe as sanções.

Essa disposição busca garantir a transparência, a segurança jurídica e o respeito ao devido processo legal no contexto da desconsideração da personalidade jurídica. Ao estabelecer critérios claros e objetivos, bem como garantir o direito à análise prévia e ao contraditório, a lei visa assegurar que o instituto seja utilizado de forma justa e proporcional, sem prejudicar indevidamente os envolvidos.

3.5. Atualização de dados relativos às sanções aplicadas pelos poderes executivo, legislativo e judiciário de todos os entes federativos

Art. 161. Os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos deverão, no prazo máximo 15 (quinze) dias úteis, contado da data de aplicação da sanção, informar e manter atualizados os dados relativos às sanções por eles aplicadas, para fins de publicidade no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), instituídos no âmbito do Poder Executivo federal.

Parágrafo único. Para fins de aplicação das sanções previstas nos incisos I, II, III e IV do *caput* do art. 156 desta Lei, o Poder Executivo regulamentará a forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos.

O art. 161 da NLLC obriga órgãos e entidades incluírem as sanções por eles aplicadas nos portais informativos: Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), instituídos no âmbito do Poder Executivo federal. Neste sentido, o parágrafo único do referido artigo dispõe sobre a necessidade de regulamentação, pelo poder executivo respectivo, da forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos.

3.6. Multa de mora

Art. 162. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado a multa de mora, na forma prevista em edital ou em contrato.

Parágrafo único. A aplicação de multa de mora não impedirá que a Administração a converta em compensatória e promova a extinção unilateral do contrato com a aplicação cumulada de outras sanções previstas nesta Lei.

O art. 162 por sua vez trata da multa de mora em caso de atraso injustificado da execução, frisando que poderá ser esta convertida em multa compensatória.

O disciplinamento da Lei 14.133/2021 em matéria sancionadora encontra amparo no seu art. 163, antes pouco tratada na Lei nº 8.666/1993.

Acerca da observância de exigências cumulativas, sendo a especial delas a necessidade de transcurso mínimo de 1 ano da sanção de impedimento e de 3 anos no caso da aplicação da sanção de inidoneidade. Por conseguinte, prevê a obrigatoriedade de análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo sobre o cumprimento dos requisitos de reabilitação, a reparação integral do dano causado, o pagamento da multa aplicada e o cumprimento de demais condições previstas no ato punitivo (destaque aqui para a obrigatoriedade de se prever no ato punitivo as condições de reabilitação).

3.7. Requisitos para reabilitação do licitante

Art. 163. É admitida a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigidos, cumulativamente:

I - reparação integral do dano causado à Administração Pública;

II - pagamento da multa;

III - transcurso do prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade;

IV - cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo;

V - análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos neste artigo.

Parágrafo único. A sanção pelas infrações previstas nos incisos VIII e XII do caput do art. 155 desta Lei exigirá como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.

A última previsão da NLLC, em matéria de norma sancionadora, o artigo 163, que traz novidades no que se refere à reabilitação, antes tratada timidamente na Lei 86.666/1993. Fala da observância de exigências cumulativas para a reabilitação, sendo a especial delas a necessidade de transcurso mínimo de 1 ano da sanção de impedimento e de 3 anos no caso da aplicação da sanção.

Portanto, o artigo 160 da Lei nº 14.133/2021 estabelece que, para a utilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, é obrigatória a realização de uma análise jurídica prévia. Essa análise deve ser realizada com base em critérios específicos, incluindo o cumprimento dos requisitos de reabilitação, reparação integral do dano causado, pagamento de multa aplicada e cumprimento de outras condições previstas no ato punitivo.

Um ponto importante destacado é a obrigatoriedade de previsão, no ato punitivo, das condições de reabilitação. Isso significa que as condições que a pessoa jurídica deve cumprir para se reabilitar e regularizar sua situação após a desconsideração da personalidade jurídica devem ser claramente estabelecidas no ato que impõe as sanções.

Essa disposição busca garantir a transparência, a segurança jurídica e o respeito ao devido processo legal no contexto da desconsideração da personalidade jurídica. Ao estabelecer critérios claros e objetivos, bem como garantir o direito à análise prévia e ao contraditório, a lei visa assegurar

que o instituto seja utilizado de forma justa e proporcional, sem prejudicar indevidamente os envolvidos.

Consta na NLLC (Lei 14.133/2021) a previsão de reabilitação de licitantes punidos por condutas anteriores, para que possam restabelecer seu direito de concorrer em licitações públicas

O art. 163 da lei 14.133/2021 admite a reabilitação da empresa punida com impedimento ou inidoneidade, desde que: I - repare o dano; II - pague a multa; III - tenha transcorrido no mínimo um ano da pena de impedimento ou três anos da declaração de inidoneidade; IV - cumpra as condições de reabilitação definidas no ato punitivo; V - conforme a gravidade do ato, implante programa de compliance.

CAPÍTULO XIII

Do Controle das Contratações

UMA ANÁLISE DOS ARTIGOS 169 A 173 DA NLLC

Henrique Nicolau Neto

1. Introdução

A necessidade de controle nas contratações públicas é um tema de grande importância para o bom funcionamento da máquina administrativa e tem, como destinatário e ator principal, o agente público, conforme destaca o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

O controle é inerente à administração pública, pois funciona como ferramenta importante para a busca do atendimento ao interesse público de forma eficiente. Advém dos primórdios da organização social do Estado; contudo, para efeito de referência atual, é possível constatar que no texto da Constituição Federal brasileira, principalmente nos arts. 70, 71 e 74⁵⁹, fundamentam o controle das contratações, que foram regulamentados na Lei n. 14.133/2021 - Nova Lei de Licitações e Contratos - NLLC, os quais traçam as diretrizes para Administração Federal, assim como para os demais entes federativos, nas diversas áreas.

Além de vincular, a princípio, a administração pública federal, seja ela direta, indireta, ou suas autarquias, por simetria, vincula a administração pública dos estados e municípios, ainda que não prevejam nas respectivas constituições ou leis orgânicas essa possibilidade, conforme se destaca no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4.416/PA.

⁵⁹ Art. 70/CF A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder./ Art. 71/CF O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:(...) / Art.74/CF Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: (...).

Até a promulgação da NLLC, o controle das contratações públicas recebeu outras contribuições, por exemplo: (i) a inclusão dos artigos. 20 à 30 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, com a edição da Lei 13.655/2018⁶⁰, trazendo maior segurança jurídica ao gestor público que atua na linha de frente das contratações públicas, buscando assegurar que as políticas públicas sejam efetivadas, pois antes dessa alteração haviam dificuldades para as suas respectivas implementações, em decorrência da insegurança jurídica que ocorria pela interpretação dos órgãos de controle, quanto aos seus atos; (ii) a NLLC, que já no art. 1º, § 8º se preocupa com a proteção do agente público quando da existência de divergências entre o entendimento e a interpretação do órgão de controle⁶¹.

Ainda no o rol de exemplos de instrumentos que surgiram para se juntar à NLLC para apoiar nas atividades de gestão e de controle, destaca-se a Resolução 315 do Tribunal de Contas da União - TCU, editada em decorrência da alteração da LINDB, a qual demonstra a preocupação da Corte de Contas em reduzir possíveis efeitos negativos gerados pela liberdade nos conteúdos de suas decisões, frente à abrangência determinada em sua Lei Orgânica - Lei Nº 8.443/1992, em especial os dispositivos: art. 12, inciso IV e art. 45⁶², que lhe oferece elevado nível de discricionariedade ao realizar o controle sobre os órgãos públicos.

Observava-se, ao longo da vigência da Lei 8.666/93, que a atividade de controle ocorre preponderantemente de forma repressiva, posterior ao ato do gestor, com a dosagem elevada de discricionariedade, bem como, pela falta de clareza na própria lei quanto ao enquadramento na atuação e atividade de controle. Já no item abaixo (A Compreensão do Controle nas Contratações Públicas sob uma Nova Perspectiva), observa-se a preocupação em desenvolver um sistema de controle dialógico, entre os órgãos atuantes na linha de frente das contratações e os demais órgãos de controle, com o objetivo de promover a melhor eficiência e efetividade das contratações.

Diante da breve descrição da evolução da compreensão da atividade de controle das contratações e do fato de a Lei 14.133/2021 ter dedicado um capítulo inteiro

⁶⁰ Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

⁶¹ Art. 1º (...) § 8º Lei 14.230/2021. Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário.”

⁶² Lei Nº 8.443/92., Art. 12 (...) IV IV - adotará outras medidas cabíveis;

Art. 45 Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados.

para falar “DO CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES”, surge a possibilidade de discutir o tema para que possa ser melhor compreendido pelos agentes de contratações, gestores públicos e órgãos de controle, já que estão todos na busca de um objetivo comum, que é a realização de contratações eficientes e eficazes, livre de vícios.

Assim, com o estudo do controle das contratações da NLLC, é possível destacar: (i) os principais conceitos e aspectos relevantes do controle nas contratações públicas; (ii) as inovações apresentadas, como as práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo; (iii) a utilização de recursos de tecnologia da informação, para apoiar o gestor público na realização de suas políticas públicas de forma eficiente e com segurança jurídica; (iv) a conceituação e atuação das linhas de defesa de controle dos processos; (v) as competências dos órgãos de controle; (vi) as condutas dos órgãos de controle interno na fiscalização e controle, objetivando a maior compreensão de suas responsabilidades na realização de suas atividades; (vii) finalmente, a necessidade de promoção de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução da lei. A partir de agora serão abordados neste capítulo.

2. A Compreensão do Controle nas Contratações Públicas sob uma Nova Perspectiva

O art. 169 da NLLC se destaca pela busca por ferramentas tecnológicas para auxiliar no controle com a preocupação em manter contínua e permanentemente, em todo o processo de contratação, a implementação da gestão de riscos e controle preventivo, *in verbis*:

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:

Não se pode esquecer do controle social, que já era posto na Lei 8.666/93, assim como já se encontra garantido no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a” da CF/88⁶³, na defesa dos direitos do cidadão, passou a está previsto no final do caput do art. 169 NLLC.

⁶³ CF/88, art. 5º (...), inciso XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: O direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

2.1. Das práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle

A gestão de riscos e o controle preventivo das contratações públicas expressos no caput do art. 169 já estão definidos no art. 2º, inciso IV, da Lei 9.302/2016⁶⁴; devem ser interpretados e analisados por dois aspectos, se por um lado há a necessidade de prevenir os riscos que possam ocorrer no decorrer do processo de contratação, por outro, quando se mantém uma gestão de risco mais completa, tem-se a possibilidade de identificar oportunidades de melhoria contínua, com foco em boa governança, melhorando os resultados para o atendimento das necessidades da sociedade e, assim, fazer cumprir o fim público a que se destina o órgão.

Segundo o TCU, na cartilha “10 passos para a boa gestão de riscos”, o gestor público poderá identificar de forma clara as boas práticas para a implementação da gestão de riscos e, assim, propiciar a incorporação da gestão de riscos à sua cultura e às suas atividades que resultarão em serviços eficientes e eficazes para a sociedade. Além desse importante documento de gestão de riscos, o gestor público e os demais envolvidos nos processos de contratações públicas, que queiram implementar as boas práticas, poderão lançar mão de outras obras elaboradas pelo TCU, quais sejam: “Roteiro de Avaliação de Maturidade em Gestão de Riscos”⁶⁵; o “Referencial Básico de Gestão de Riscos”⁶⁶ e o “Referencial de Combate a Fraude e Corrupção”⁶⁷.

A partir da implementação das boas práticas pelo gestor público, será possível verificar a melhoria gradual na implementação de políticas públicas, ou seja, na realização de atividades de interesse da sociedade.

⁶⁴ Lei 9203/2017. art. 2º, inciso IV - gestão de riscos - processo de natureza permanente, estabelecido, direcionado e monitorado pela alta administração, que contempla as atividades de identificar, avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam afetar a organização, destinado a fornecer segurança razoável quanto à realização de seus objetivos

⁶⁵ **10 passos para a boa gestão de riscos / Tribunal de Contas da União.** - **Passo 1** Decida gerenciar riscos de forma proativa; **Passo 2** Aprenda sobre gestão de riscos; **Passo 3** Defina papéis e responsabilidades; **Passo 4** Estabeleça a política de gestão de riscos; **Passo 5** Defina o processo de gestão de riscos; **Passo 6** Identifique os riscos-chave; **Passo 7** Trate e monitore os riscos-chave; **Passo 8** Mantenha canais de comunicação com as partes interessadas; **Passo 9** Incorpore a gestão de riscos aos processos organizacionais; **Passo 10** Avalie e aprimore a gestão de riscos. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/gestao-de-riscos-avaliacao-da-maturidade.htm> Acesso em: 06.08.2022, 10:00

⁶⁶ Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/referencial-basico-de-gestao-de-riscos.htm>. Acesso em: 30.08.2022, 18:00

⁶⁷ Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/referencial-de-combate-a-fraude-e-corruptao.htm>. Acesso em: 22.08.2022, 9:00

Para o aprimoramento das medidas de boas práticas administrativas, o gestor público poderá, ainda, verificar a regularidade da instrução processual por meio de listas de verificação, conforme se pode verificar no site da Advocacia-Geral da União¹. No referido ambiente eletrônico, o gestor poderá acessar as soluções para alguns problemas relativos ao controle prévio dos processos e assim garantir eficiência, eficácia e efetividade. Além desses documentos, o gestor também poderá fazer uso de minutas padrão ².

Assim, para a realização da atividade de controle nas contratações como preconiza art. 169 da NLLC, é importante destacar a necessidade de aprimoramento da comunicação entre os órgãos de controle e os órgãos de primeira linha de defesa, os quais deverão atuar com foco nas melhores práticas de controle nas contratações.

2.2. Adoção de recursos de tecnologia da informação

É bem verdade que muitos entes administrativos que atuam na implementação das políticas públicas, no território brasileiro, não dispõem de recursos de tecnologia da informação adequados para um controle automático dos processos, que levem ao aprimoramento e rapidez dessas atividades cotidianas realizadas. Todavia, conforme prevê o art. 169, §1º, da Lei, a alta gestão poderá avaliar os custos e benefícios envolvidos na implantação, dando, assim, maior autonomia no momento de decidir pela implantação ou não de referidas medidas, conforme assim destaca o texto:

Art. 169. (...)

§ 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.

¹ Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21519355/do1-2016-05-11-instrucao-normativa-conjunta-n-1-de-10-de-maio-de-2016-21519197>. Acesso em: 06.08.2022, 10:00

² Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/assuntos-1/modelos-de-convenios-licitacoes-e-contratos>>. Acesso em: 25.08.2022, 12:00

Conforme o texto do parágrafo acima, ainda que não seja possível a implementação integral da adoção de recursos de tecnologia da informação na realização das atividades de controle, será necessário que o gestor garanta a segurança jurídica com resultados vantajosos para a Administração, tendo a discricionariedade de buscar as ferramentas que melhor se adéquem às suas possibilidades.

3. As Linhas de Defesa e a Efetividade do Controle Interno

3.1. A primeira linha de defesa

Embora não fosse possível identificar as linhas de defesa do controle das contratações no texto da Lei 8.666/93, pode-se verificar que o controle interno teve uma atenção especial com a edição da Instrução Normativa Conjunta – IN nº 1, de 10 de maio de 2016, editada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e a Controladoria-Geral da União, que dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do poder executivo federal.

Observa-se, ainda, que no respectivo documento é possível determinar que as funções de “controles internos” são aquelas exercidas pelos órgãos responsáveis pela condução dos processos finalísticos e de apoio dos órgãos e que estes constituem a primeira linha de defesa, conforme descrito no art. 3º³.

Importante destacar que o inciso XVI, do art. 2º, da referida IN, informa que não se deve confundir as atividades de controle interno que são executadas pelos órgãos da administração pública envolvidas no processo de contrata-

³ INSTRUÇÃO NORMATIVA CONJUNTA MP/CGU Nº 01. Art. 3º Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal deverão implementar, manter, monitorar e revisar os controles internos da gestão, tendo por base a identificação, a avaliação e o gerenciamento de riscos que possam impactar a consecução dos objetivos estabelecidos pelo Poder Público. Os controles internos da gestão se constituem na primeira linha (ou camada) de defesa das organizações públicas para propiciar o alcance de seus objetivos. Esses controles são operados por todos os agentes públicos responsáveis pela condução de atividades e tarefas, no âmbito dos macroprocessos finalísticos e de apoio dos órgãos e entidades do Poder Executivo federal. A definição e a operacionalização dos controles internos devem levar em conta os riscos que se pretende mitigar, tendo em vista os objetivos das organizações públicas. Assim, tendo em vista os objetivos estabelecidos pelos órgãos e entidades da administração pública, e os riscos decorrentes de eventos internos ou externos que possam obstaculizar o alcance desses objetivos, devem ser posicionados os controles internos mais adequados para mitigar a probabilidade de ocorrência dos riscos, ou o seu impacto sobre os objetivos organizacionais.

ção, com o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal, executado pelos órgãos de Controladoria-Geral da União⁴.

Isso posto, entende-se que o gestor público deve se preocupar com os controles internos em suas contratações, que serão executados por todos aqueles agentes envolvidos no processo, os quais estão relacionados, conforme a NLLC, na primeira linha de controle. Como se pode destacar do inciso “I” do art. 169⁵ desta lei, a Instrução Normativa Nº. 1/2016, conjunta do Ministério do Planejamento com a Controladoria Geral da União, já regulamenta as atividades a serem realizadas pela primeira linha de defesa.

3.2. Segunda linha de defesa

Importante destacar que, conforme regula o *caput* do art. 169 e seus respectivos incisos, os órgãos da Procuradoria e Controladoria/Auditoria, recebem uma atribuição fundamental para a efetividade das contratações públicas. Pois, embora cada um atue em momento específico com atribuições de controle definidas, atuarão com o objetivo de colaborar com a atuação dos agentes envolvidos nas contratações, desde a concepção até a respectiva gestão e fiscalização das contratações. Tais atuações levam ao aprimoramento das atividades dos agentes de primeira linha, objetivando a eficiência, eficácia e efetividade nas contratações.

⁴ INSTRUÇÃO NORMATIVA CONJUNTA MP/CGU No 01, art. 2º, XVI – Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal: compreende as atividades de avaliação do cumprimento das metas previstas no plano plurianual, da execução dos programas de governo e dos orçamentos da União e de avaliação da gestão dos administradores públicos federais, utilizando como instrumentos a auditoria e a fiscalização, e tendo como órgão central a Controladoria-Geral da União. **Não se confunde com os controles internos da gestão**, de responsabilidade de cada órgão e entidade do Poder Executivo federal.

⁵ Lei 14.133/2021,
art. 169,

(...),

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

A função intrínseca de apoio atribuída aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, pela atividade de assessoramento aos órgãos de primeira linha, se constata pela leitura do texto do art. 8º, § 3º da NLLC ⁶.

Percebe-se, portanto, a preocupação com a efetividade das contratações, embora as funções de fiscalização e controle sejam inerentes à maior efetividade das contratações públicas, receberam o implemento da necessidade de aprimoramento da comunicação junto aos órgãos de primeira linha, objetivando maior segurança jurídica nas respectivas atuações.

Nesse sentido, os órgãos de controle interno passam a exercer um papel mais atuante no controle das contratações, apoiando de maneira efetiva os agentes de contratação, desde a orientação, conforme se destaca do art. 8º, parágrafo 3º da Lei 14.133/2021, bem como na orientação aos gestores e fiscais de contratos.

Nessa perspectiva, o parecer jurídico, na NLLC, que passou a ser orientado claramente no art. 53, vai além de um parecer jurídico meramente formal, passando a servir para alertar o gestor quanto a eventuais impropriedades ou vícios encontrados no processo de contratação.

Conforme se destaca no próprio dispositivo, a intenção é garantir maior segurança jurídica à gestão pública na realização de suas políticas públicas, assim como aprimorar a comunicação com os gestores públicos por meio dos pareceres jurídicos com linguagem simplificada, de modo que estes possam compreender de forma objetiva as informações e assim atuarem mais assertivamente.

Não obstante, é importante destacar que a administração máxima poderá dispensar a análise jurídica naqueles processos de contratações que atendam os seguintes requisitos: “o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos

⁶ Lei 14.133/2021, art. 169.

art. 8º, parágrafo 3º da Nova Lei de Licitações e Contratos. (...).

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

de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico”, conforme destaca o art. 53, § 5º da NLLC,⁷

Além dos artigos que tratam especificamente do controle nas contratações públicas, na NLLC se destacam outras informações e regras que ajudarão os agentes envolvidos nas atividades essenciais dos processos de contratações a compreenderem as suas respectivas responsabilidades.

Conforme se pode observar, em todo o processo de contratação, os agentes públicos terão o apoio dos órgãos de controle interno e de assessoramento jurídico para a instituição de modelos padronizados de documentos necessários para a realização das contratações, constantes do art. 19, inciso IV⁸.

Além do apoio aos agentes de contratação, destinados ao processo de contratação propriamente dito, que vai da concepção do objeto até a realização do contrato, o apoio pelos órgãos de controle interno e de assessoramento jurídico se estende até aos fiscais e gestores de contratos para que se previnam riscos na execução contratual, conforme se destaca do disposto no § 3º do art. 117⁹, da NLLC.

Trata-se, agora, da perspectiva do controle interno em rede, se materializando numa mudança de paradigma, posto que esses órgãos saem da cultura de que a atividade de controle deve ser um mero formalismo, para a busca de maior segurança jurídica nas contratações. Embora atuando sob demanda do gestor público, buscarão o aprimoramento de seus pareceres de modo a facilitar o controle no trabalho dos órgãos de primeira linha.

Há a necessidade de total interação entre os agentes do controle para que se possa ter uma administração pública eficiente e que traga segurança ju-

⁷ 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.

⁸ Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão:

(...)

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

⁹ Art. 117. (...)

§ 3º O fiscal do contrato será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual. (grifo nosso)

rídica nas suas contratações, que não haja um controle apenas com o foco em punição, mas que possa contribuir cotidianamente para a construção de ferramentas que consigam efetivamente combater atos escusos e ilegais.

3.3. Terceira linha de defesa

Conforme destaca o art. 169, inciso III da NLLC¹⁰, na terceira linha de defesa das contratações públicas, encontram-se o Órgão Central de Controle Interno da Administração e o tribunal de contas, quais sejam: o TCU, os Tribunais de Contas dos Estados (TCE) e os Tribunais de Contas dos Municípios (TCM), quando houver.

Importante destacar que os órgãos de controle, sejam administrativos ou judiciais, não devem decidir abstratamente sem considerar as consequências práticas da decisão, assim como deverá haver motivação para cada medida imposta, bem como as possíveis alternativas aplicáveis, conforme o texto do art. 20 e § único da LINDB, abaixo:

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.

§ 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.

Conforme se verifica do presente dispositivo, as decisões dos órgãos de controle ou judicial devem mensurar as consequências práticas que irão gerar no caso concreto. À propósito, o próprio TCU já tem decidido, em seus julgamentos, alinhados à determinação do referido artigo da LINDB, supra. Esse alinhamento pode ser demonstrado pela leitura dos julgados publicados no site do respectivo órgão de controle, pelo que se verifica do teor do Acórdão 180/2021 - Plenário¹¹.

¹⁰ Lei 14.133/2021 - art. 169

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

¹¹ Acórdão 180/2021 – Plenário:15. Por fim, resta verificar a presença do requisito de admissibilidade relativo ao interesse público. No caso em tela, o potencial prejuízo decorrente da inabilitação da empresa Navele seria de apenas R\$ 245,00, correspondente à diferença entre a proposta da representante, no valor de R\$ 17.389.999,00 (peça 1, p. 538) e da empresa vencedora do certame, Araújo Abreu Engenharia S/A, no valor de R\$ 17.390.244,00 (peça 1, p. 623). O baixo valor do prejuízo potencial afasta o risco de grave lesão ao erário necessário para caracterizar a presença de interesse público.

3.4. A conduta dos integrantes das linhas de defesa

Ao realizar as respectivas atividades de controle, conforme destaca o art. 169, § 3º da NLLC¹², os integrantes das três linhas de defesa deverão manter conduta coerente para atender a cada caso, de acordo com o nível de complexidade da impropriedade ou irregularidade.

As medidas a serem adotadas serão: (i) a adoção de medidas adequadas de saneamento e mitigação de riscos para sanar simples improbidades detectadas no processo; (ii) apresentação de outras medidas para que melhorem continuamente a atuação dos agentes públicos envolvidos nos processos de contratação. No entanto, diante de irregularidade que configure dano à Administração, tais medidas podem ser adotadas cumulativamente com outras que busquem a resolução das irregularidades, com as respectivas apurações necessárias, sem prejuízo da remessa de cópias dos documentos ao Ministério Público para apuração de responsabilidades delitivas¹³.

Importante destacar que o disposto no art. 169, § 3º, incisos I e II, estabelece as medidas que o agente, na função de controle, deve tomar ao constatar irregularidades nos processos de contratações públicas. Conforme o disposto no inciso I, o agente se baseará nos efeitos resultantes da irregularidade constatada, pois se for detectado “simples improbidade formal”, o agente tomará medidas de saneamento e mitigação de riscos de nova ocorrência, com vistas ao aperfeiçoamento dos controles preventivos e capacitação dos agentes públicos envolvidos. Já o disposto do inciso II, nos casos em que se constate irregularidade que resulte em dano à Administração, além das me-

¹² § 3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do caput deste artigo observarão o seguinte: I - quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis; II - quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste § 3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

¹³ Art. 169, § 3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do caput deste artigo observarão o seguinte:

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

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

didadas do inciso I, realizará apurações com o objetivo de identificar sempre a responsabilidade individual do agente, podendo ainda contar com a atuação do Ministério Público para apuração de ilícitos de sua competência.

A classificação dos achados em “simples impropriedade formal”¹⁴ e “irregularidade que configure dano à Administração”¹⁵, disposto no dispositivo citado, objetiva a classificação dos achados e traz maior segurança para os agentes públicos, pois delimita as condutas a serem aplicadas pelos respectivos órgãos ao caso concreto, possibilitando maior clareza no controle das contratações, tanto para a compreensão dos agentes primeira linha como para a delimitação da abrangência das decisões dos agentes de controle.

4. Da Orientação da NLLC aos Órgãos de Controle

Ressalta-se a importância das orientações quanto à atividade de controle contidas, especialmente, nos arts. 169 e 170¹⁶. Não obstante os agentes de controle estejam vinculados às suas atribuições, pode-se destacar, do teor dos respectivos artigos, que atuarão com vistas a considerar o bom senso na fiscalização dos atos praticados pelos agentes de contratação, utilizando os critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e as razões apresentadas pelos respectivos órgãos, assim como os resultados obtidos na contratação, verificando o parágrafo 3º do art. 169 da NLLC

¹⁴ Ocorrerá impropriedade formal quando, por exemplo, ocorrido no Acórdão 10530/2018-TCU-Primeira Câmara: “É possível considerar como falha formal a execução de despesas fora da vigência do convênio, em situações em que reste comprovado que os dispêndios contribuíram para o atingimento dos objetivos pactuados.” Caso em que fica comprovado que não houve dano ao erário.

¹⁵ Ocorrerá irregularidade que configure dano à Administração quando for comprovado o prejuízo aos cofres públicos quando da realização de contratação que não atinja os objetivos pactuados, contudo haja sido realizado o pagamento da prestação (falta de controle do contrato/medição).

¹⁶ Art. 170. Os órgãos de controle adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação, observado o disposto no § 3º do art. 169 desta Lei.

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

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

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

4.1. Do “*modus operandi*” dos órgãos de controle

O art. 170 da NLLC veio para orientar como os órgãos de controle devem realizar suas atividades de fiscalização dos atos dos agentes públicos, assim como recepcionar as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação e ainda o que dispõe o § 3º do art. 169.

Embora na Lei 8.666/1993 não existisse tal regulamentação, não se pode considerar que, até agora, os órgãos de fiscalização tenham realizado suas atividades de controle de maneira aleatória, pois, por exemplo, já vem sendo prática do TCU a realização de planejamento de auditorias, como exemplo o disposto na Cartilha: “*Orientações para seleção de objetos e ações de controle*”, disponível no site do tribunal¹⁷, seguindo os mesmos critérios listados no “*caput*” do art. 170 da NLLC, quais sejam: o da oportunidade, materialidade, relevância e risco.

Diante da necessidade de atuação do TCU em sua atividade de fiscalização, se imaginarmos a quantidade de procedimentos de contratações realizados em todo o território nacional diariamente, é possível confirmar a impossibilidade de realizar a fiscalização em todos os processos. Diante disso, as orientações para a seleção de objetos e ações de controle são fundamentais para que os auditores possam direcionar seus trabalhos na fiscalização de órgãos e entidades.

Importante destacar, ainda, a utilização de robôs para auxiliar na delimitação das auditorias a serem realizadas pelo TCU, conforme se verifica do Acórdão 1139/2022-Plenário, e assim potencializar o resultado do trabalho dos auditores, como exemplos dessas tecnologias, citam-se as ferramentas de Inteligência Artificial: Alice, Sofia e Mônica¹⁸.

O robô Alice tem a função de fazer uma verificação minuciosa nos Diários Oficiais a fim de coletar dados de licitações e editais, gerar um relatório com os respectivos processos relacionados a cada estado, com a respectiva valoração dos riscos por processo para apontar se em determinados processos há indícios de fraudes. Associados aos outros dois robôs, Sofia e Mônica, trazem eficiência com aumento de produtividade, redução de tempo e ainda redução de custos na execução dos

¹⁷ Endereço do Site do TCU: referente a cartilha.

¹⁸ Alice (Sistema de Análise de Licitações e Editais, Sofia (Sistema de Orientação sobre Fatos e Indícios para o Auditor), Monica (Sistema de Monitoramento Integrado para o Controle de Aquisições), Adele (Análise de Disputa em Licitações Eletrônicas), Carina (Crawler e Analisador de Registros da Imprensa Nacional) e Ágata (Aplicação Geradora de Análise Textual com Aprendizado)

processos, dentre outras inúmeras vantagens, como otimização na alocação de recursos humanos, aumento da confiabilidade e transparência dos processos e maior tempestividade na resposta.

Por esse cenário, percebe-se que os órgãos de controle estão bem preparados para o cumprimento da NLLC, pois se percebe a elevada qualificação de seus agentes, suas regulamentações internas e seus julgados, os quais tenham sido utilizados como base para edição da NLLC, bem como a utilização das ferramentas tecnológicas, que facilitam a fiscalização de processos de contratação, como a utilização dos robôs que auxiliam no trabalho dos auditores do TCU.

5. O Controle Externo na NLLC

5.1. Da prática dos órgãos de controle

No que concerne ao atendimento dos critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco, assim como a observância às razões apresentadas pelos órgãos auditados e os resultados obtidos com a contratação, o art. 170 da NLLC alinha-se ao que já dispõe a Resolução 269/2015 do TCU¹⁹, alterada pelo Acórdão TCU – 272/2019, em julgamento no Plenário daquela Corte, bem como, às alterações dos arts. 20 e 22 da LINDB²⁰.

¹⁹ Acórdão 272/2019 - PLENÁRIO, do Relator: BRUNO DANTAS, sessão em: 13/02/2019.

²⁰ 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.

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

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Importante destacar que os agentes de controle externo deverão oportunizar, aos gestores e responsáveis pelos processos, a possibilidade de apresentar razões quanto às deliberações propostas na condução de determinado processo de auditoria, conforme orienta o art.14²¹ da Resolução do TCU - 315/2020.

Nesse sentido, conforme se obtém dos respectivos parágrafos 1º a 3º, do art. 170, da NLLC, constata-se as orientações dos dispositivos legais supracitados aos órgãos de controle. Por exemplo, o § 1º do presente artigo orienta que, mesmo o responsável pela fiscalização não concordando com as razões apresentadas, em documentos, pelos gestores de órgãos e entidades auditados, não poderá desentranhá-los dos autos.

Já o § 2º seguinte orienta ao órgão de fiscalização que, mesmo havendo omissão por parte do órgão fiscalizado na prestação de informações, não impedirá as deliberações dos órgãos de controle nem retardará a aplicação dos prazos processuais

No entanto, é importante destacar que o órgão fiscalizador deverá aguardar o fim do prazo estabelecido para a apresentação das razões e ou informações pelo gestor responsável do órgão fiscalizado, para, só então, realizar as demais deliberações ou cumprir outras tramitações.

Embora os documentos apresentados pelo órgão fiscalizado não possam ser excluídos do processo, quando não se prestarem aos esclarecimentos dos fatos, os órgãos de controle poderão desconsiderá-los, conforme indica o § 3º.

Ainda quanto ao controle externo referido no art. 170 da NLLC, no § 4º, se evidencia a possibilidade de qualquer licitante ou pessoa física ou jurídica exercer a atividade de controle social das contratações.

²¹ Resolução 315 – TCU

Art. 14. A unidade técnica instrutiva deve oportunizar aos destinatários das deliberações a apresentação de comentários sobre as propostas de determinação e/ou recomendação, solicitando, em prazo compatível, informações quanto às consequências práticas da implementação das medidas aventadas e eventuais alternativas.

§ 1º A manifestação a que se refere o caput deve ser viabilizada mediante o envio do relatório preliminar da fiscalização ou da instrução que contenha as propostas de determinação ou recomendação.

§ 2º Dispensa-se a providência indicada no parágrafo anterior se: I - as circunstâncias do processo permitirem antecipar a possível proposta de encaminhamento, facultando à unidade jurisdicionada manifestar-se sobre as informações previstas no caput na etapa de contraditório ou na reunião de encerramento dos trabalhos; II - o prévio conhecimento da proposta pelos gestores colocar em risco o alcance dos objetivos da ação de controle.

5.2. Da fiscalização

As alterações ocorridas na Portaria 280/2010 do TCU até novembro de 2020, propiciaram ao gestor público a possibilidade de realizar comentários referentes ao relatório preliminar.

145. Nas auditorias operacionais, a regra é submeter o relatório preliminar aos comentários dos gestores, inclusive os achados, as conclusões e as propostas de encaminhamento formuladas pela equipe. Nas demais fiscalizações, a regra é que seja encaminhado ao gestor, para comentários, excerto do relatório preliminar contendo, para cada achado que resultar em proposta de determinação e/ou recomendação, o registro dos aspectos II, III, IV e XI listados no § 138.

Nesse sentido o art. 171, inciso I, da NLLC, estabelece a viabilidade de manifestação dos gestores, quanto às propostas encaminhadas pelos órgãos de fiscalização, objetivando a avaliação de custo benefício de propostas de encaminhamento, conforme assim determina:

Art. 171. (...)

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

O teor do art. 171, inciso II da NLLC, reflete os princípios da administração pública, constantes na CF/88, em especial no art. 37 caput, quais sejam: legalidade; impessoalidade; moralidade; publicidade. Nele, é possível constatar a preocupação do legislador, ao informar ao órgão fiscalizador o devido respeito a tais princípios, para que se evitem prejuízos aos órgãos e suas políticas públicas.

Percebe-se que este inciso dá segurança jurídica ao gestor público, coibindo possíveis afrontas aos princípios administrativos supracitados, os quais estão susceptíveis de desrespeitos quando da realização de fiscalização pelos órgãos de controle e assim trazer maior segurança para a implementação de suas políticas públicas.

Ao tratar do art. 171, inciso III, da NLLC, preliminarmente, deve-se destacar que, no art. 6º, incisos XXIX, XXX, XXXII e XXXIII, estão conceituados os tipos de contratação empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada²². Ao se verificar o teor do respectivo inciso, deve-se estabelecer nexo com o art. 40, §§ 2º e 3º²³, respectivamente, considerando que nesse dispositivo se estabelecem as condições em que não será possível realizar o parcelamento de aquisições. Posto isso, a contrário senso, todas as outras aquisições deverão ter seus objetos.

Contudo, deve-se salientar a importância do dispositivo ao estabelecer a definição dos objetivos nos regimes de empreitada, conforme se lê do teor, *in verbis*:

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

²² Art. 6º (...)

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

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

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

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

²³ Art. 40.(...)

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

I - a viabilidade da divisão do objeto em lotes;

II - o aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com vistas à economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e

III - o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

§ 3º O parcelamento não será adotado quando:

I - a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor;

II - o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido;

III - o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo.

Conforme se destaca da última parte do inciso supracitado, constata-se que houve o devido cuidado para alertar os órgãos contratantes, ao verificar os preços encontrados no bojo do objeto, em comparação com o mercado, e ainda devendo levar em consideração a dimensão geográfica da pesquisa de preços, sendo ainda relevante considerar a possibilidade da prática de “jogo de planilhas”²⁴, que tem potencial de trazer prejuízo irreparável para a contratação.

A suspensão cautelar do processo licitatório disposto no art. 171, § 1º, da NLLC, autoriza a execução de medidas acautelatórias pelo Tribunal de Contas, respeitado o prazo máximo de duração com uma prorrogação por igual período, conforme assim dispõe:

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

I - as causas da ordem de suspensão;

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

Importante destacar que, ao regular a prerrogativa da autoridade do órgão de controle, o parágrafo supracitado faz de maneira que a possibilidade de suspender cautelarmente se refira somente ao processo licitatório.

Outro requisito importante do referido parágrafo é que houve a imposição do prazo máximo para que o Tribunal realize a análise de mérito, promovendo

²⁴ **Acórdão 2714/2015 – plenário – Relator: Benjamin Zymler**

47. “Uma hipótese bastante comum verificada por esta Corte de Contas é o chamado “jogo de planilha” em obras públicas, quando se realizam aditivos contratuais que aumentam quantitativos dos serviços com preços majorados. Ou seja, há uma desconfiguração da equação econômico-financeira fixada no procedimento licitatório.

61. Ora, o contrato está vinculado ao procedimento licitatório e às condições lá fixadas. Assim, em determinadas situações, as alterações contratuais podem ser de tal relevância que comprometem a própria essência do processo licitatório, eventualmente caracterizando a fraude do certame.

62. Em situações da espécie, pode haver desvirtuamento do processo licitatório, pois os princípios da igualdade, da vinculação ao edital e do interesse público teriam sido violados. Isso porque, caso os demais agentes do mercado soubessem como de fato se daria a medição do serviço – hipótese do presente caso –, poderiam ter apresentado propostas mais vantajosas para o Erário.

do, assim, maior segurança para os órgãos auditados, evitando suspensões de processos licitatórios por prazos indeterminados, levando a muitos prejuízos às implementações das políticas públicas dos respectivos órgãos.

Para atender ao disposto no art. 171, incisos I e II, do § 1º, da NLLC, o órgão de controle deverá cumprir o princípio da motivação, tanto de fato como de direito, a fim de garantir o princípio da transparência e do devido processo legal, uma vez que os motivos apresentados para respectiva suspensão cautelar subsidiará a prestação de informações e esclarecimentos do órgão auditado.

Referente a esses incisos, estabelece ao órgão de controle que, em objetos essenciais ou contratações emergenciais, ao aplicar a suspensão cautelar do procedimento licitatório, deverá indicar como o interesse público será atendido. Nesse caso, trata-se de efetiva inovação da NLLC, uma vez que levará o órgão de controle a exercer a empatia em relação aos serviços que deverão ser prestados com a realização da respectiva contratação, que foi obstada pela suspensão cautelar emitida, conforme ainda destaca a LINDB em seu art. 21, abaixo:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

O § 2º orienta como o órgão ou entidade deve agir ao ser intimado da ordem de suspensão do processo licitatório, conforme se destaca abaixo:

§ 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.

Inicialmente, deve-se verificar o prazo de 10 dias úteis para o órgão ou entidade fazer cumprir os incisos “I” à “III” do presente parágrafo, não será prorrogado sem que haja a devida solicitação justificada, ainda assim, não foi determinado qual seria o prazo de prorrogação. Parece ser necessário

que a solicitação de prorrogação seja realizada ainda dentro do período dos primeiros dez dias úteis.

O órgão ou entidade deve estar atento ao cumprimento dos respectivos incisos supracitados, ainda que exista ação judicial para anulação do ato do órgão de controle que ordenou a suspensão cautelar, devendo manter um canal de diálogo com o respectivo órgão a fim de dirimir maiores prejuízos ao andamento das atividades, as quais dependem da finalização do processo suspenso cautelarmente.

Após suspenso cautelarmente o processo licitatório, bem como, após esauridos todos os prazos, deverá ocorrer decisão de mérito, que se realiza baseada nos documentos produzidos e apresentados. Nessa fase, conforme se interpreta do texto constante do parágrafo 3º, deverá o órgão que julgar o mérito se pronunciar para a definição de medidas.

Por ocasião da suspensão, deve-se destacar que será provisória, devendo o órgão controlador apresentar sua decisão de mérito, incluindo medidas saneadoras legalmente possíveis, caso não haja possibilidade de saneamento do processo, deve determinar justificadamente a anulação, bem como, deverá motivar a decisão em decorrência da necessidade de cumprimento do dever de motivação, conforme destaca o ordenamento jurídico brasileiro, como exemplo, a determinação do art. 20²⁵ e parágrafo único da LINDB.

Finalmente, o órgão controlador deverá, ainda, indicar ao órgão controlado o cumprimento de eventuais medidas saneadoras ou anulatórias, de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais, conforme se destaca o texto do art. 23 da LINDB²⁶.

Ademais, é importante ressaltar que os Tribunais de Contas já vêm recepcionando em suas Leis Orgânicas o que dispõe o Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019, o qual inseriu os arts. 20 ao art. 30 da LINDB. No referido decreto, destaca-se, além de outras disposições, a possibilidade da produção do Ter-

²⁵ 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

²⁶ Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais

mo de Ajuste de Gestão - TAG²⁷, que poderá ser firmado entre os agentes públicos e os órgãos de controle da administração pública, o qual terá, dentre outras finalidades, a de corrigir falhas apontadas em ações de controle.

Quando, enfim, houver descumprimento do disposto no parágrafo 2º supra, o órgão controlador fica autorizado a realizar os devidos procedimentos de apuração de responsabilidade e consequente aplicação de cumprimento de eventuais obrigações reparatórias ao erário.

6. Da Necessidade de Qualificação dos Servidores

Pelo disposto no art. 173 da NLLC²⁸, observa-se a preocupação do legislador em promover a maior qualificação dos agentes de contratações em relação ao cumprimento das regras legais.

Os agentes de contratação pública, especialmente aqueles que se encontram na primeira linha de defesa do controle, que estão diretamente ligados ao processo de contratação, conforme está determinado no art. 8º da NLLC, são os que deverão ter especial atenção, visto que serão os responsáveis por equacionar as necessidades de contratações da administração à melhor escolha, bem como, obedecer aos ditames dos órgãos de controle.

A efetiva qualificação dos agentes públicos responsáveis pelas atividades essenciais às contratações públicas passa pela implementação de capacitações e orientações mais claras, como a disponibilização de cartilhas, cursos de capacitações, que devem ir além da obrigação constante do presente art. 173, sendo, ainda, previsto no art. 7º da NLLC, que a autoridade máxima do

²⁷ **Decreto 9830/2019 - Termo de ajustamento de gestão**

Art. 11. Poderá ser celebrado termo de ajustamento de gestão entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da administração pública com a finalidade de corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral.

§ 1º A decisão de celebrar o termo de ajustamento de gestão será motivada na forma do disposto no art. 2º.

§ 2º Não será celebrado termo de ajustamento de gestão na hipótese de ocorrência de dano ao erário praticado por agentes públicos que agirem com dolo ou erro grosseiro.

§ 3º A assinatura de termo de ajustamento de gestão será comunicada ao órgão central do sistema de controle interno.

²⁸ Art. 173. Os tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas

órgão ou entidade destine agentes públicos já devidamente qualificados²⁹ para a respectiva função no âmbito das contratações.

Ademais, destaca-se que, assim como é importante que os processos de contratações sejam instruídos por profissionais devidamente qualificados e motivados para esse fim, a alta gestão deve atender às necessidades de qualificação do gestor e do fiscal do contrato, visto que são peças fundamentais no controle da contratação para que se efetive políticas públicas eficientes.

Nesse sentido, o TCU já conta com essa estrutura para possibilitar a qualificação e aperfeiçoamento dos agentes de contratações, com Instituto Serzedello Corrêa, que já realiza formações nesse sentido. Essa prática deve ser adotada pelos demais órgãos de controle externo espalhados pelo Brasil, uma vez que estes podem atender com um nível maior de assertividade às dúvidas e necessidades dos órgãos das respectivas regiões.

7. Jurisprudência

- *A atribuição, ao pregoeiro, da responsabilidade pela elaboração do edital cumulativamente às tarefas de sua estrita competência afronta o princípio da segregação de funções e não encontra respaldo no art. 3º, inciso IV, da Lei 10.520/2002 nem no art. 17 do Decreto 10.024/2019. (Acórdão 2146/2022-Plenário | Relator: AROLDO CEDRAZ) -Informativo de Licitações e Contratos nº 446 de 18/10/2022; Boletim de Jurisprudência nº 421 de 17/10/2022.*
- *A deliberação decorreu da constatação do controle interno de que, em algumas contratações diretas, não restou devidamente demonstrada a verificação da regularidade fiscal da contratada, em desacordo com a jurisprudência deste Tribunal, a exemplo do mencionado Acórdão 3.146/2010-1ª Câmara, que assenta a necessidade de tal conferência, requerida nas licitações públicas, também nos casos de contratações feitas mediante dispensa ou inexigibilidade de certame licitatório.*

²⁹ Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

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

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

III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral

(...) Rememore-se que a regularidade fiscal inserta no art. 29 da Lei 8.666/1993 abarca a situação cadastral do licitante ou contratado perante as Fazendas Federal, Estadual e Municipal, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, sendo que as decisões do Tribunal que acataram as exceções dos regulamentos das entidades quanto à necessidade de demonstração de tal condição em contratações diretas, com base no art. 32, § 1º, da mesma lei, não estenderam tal prerrogativa à verificação da situação do fornecedor junto ao sistema da Seguridade Social, por força da mencionada disposição constitucional (art. 195, § 3º), que impõe que “A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.” (Destacamos.) Acórdão nº 2898/2017 – Plenário “[Voto]

- **RELATÓRIO DE AUDITORIA. ESTABELECIMENTO DE SISTEMA INTERNO E ESTRUTURA DE GOVERNANÇA PARA A GESTÃO DE RECURSOS PARA RECONSTRUÇÃO DO MUSEU NACIONAL CONTRATAÇÕES REALIZADAS PARA A RECONSTRUÇÃO E RESTAURAÇÃO DO MUSEU NACIONAL. MECANISMOS DE GOVERNANÇA, CONTROLES E TRANSPARÊNCIA EXISTENTES, BEM COMO GESTÃO DE RISCOS. ACHADOS DE AUDITORIA. ADEQUAÇÃO DOS MECANISMOS DE GOVERNANÇA. OPORTUNIDADES DE MELHORIA. CIÊNCIA. (...)** 2 No que diz respeito aos mecanismos de governança, verificou-se a possibilidade de incrementar a segregação de funções (achado 3.3) entre o Comitê Executivo do PMNV e o grupo responsável pelas atividades de planejamento e acompanhamento das atividades (GTGP). Também é aconselhável garantir a segregação de funções entre a SAMN e a Comissão de Fiscalização e torná-la mais efetiva, com a elaboração de relatórios periódicos (achado 3.2). Foi avaliado que o monitoramento das ações do PMNV deve ser respaldado por relatórios técnicos de modo a garantir a accountability desse processo (achado 3.4). Ainda, considera-se adequado reposicionar a Superintendência de Governança na estrutura da UFRJ (achado 3.7). (...) 5.3 É importante que a UFRJ realize o mapeamento de riscos que podem prejudicar o alcance dos objetivos da organização, tornando efetiva sua gestão de riscos (achado 3.5). A universidade também deve providenciar um código de ética próprio (achado 3.8). 5.4 Observou-se que os controles internos primários adotados nas contratações para reconstrução do Museu Nacional podem ser melhorados com a elaboração de manuais, formalização dos fluxos de processos, criação de termos a respeito de eventuais conflitos de interesse (achado 3.6). **ACÓRDÃO 1137/2023 - PLENÁRIO, RELATOR AUGUSTO NARDES, ATA 23/2023 - Plenário, DATA DA SESSÃO 07/06/2023.**
- O risco de prejuízos para a Administração decorrentes de eventual paralisação do certame pode justificar a convalidação de atos irregulares, a exemplo de ilícita desclassificação de proposta de licitante, de forma a preservar o

interesse público, pois a atuação do Poder Público não pode ocasionar um dano maior do que aquele que objetiva combater com a medida administrativa. (Acórdão 13748/2018-TCU-Primeira Câmara | Relator: Walton Alencar Rodrigues)

- O perigo de dano ao erário pode justificar a convalidação de atos irregulares, a exemplo de ilícita desclassificação de propostas de licitantes, de forma a preservar o interesse público, pois a atuação do Poder Público não pode ocasionar um dano maior do que aquele que objetiva combater com a medida administrativa. (Acórdão 5431/2017-TCU-Segunda Câmara | Relator: Ana Arraes)
- O perigo de dano ao erário pode justificar a convalidação de atos irregulares, a exemplo de ilícita desclassificação de propostas de licitantes, de forma a preservar o interesse público, mas isso não implica dizer que tais atos sejam lícitos nem afasta a necessidade da adequada apuração das responsabilidades. (Acórdão 2143/2013-TCU-Plenário | Relator: Benjamin Zymler)
- Admite-se a convalidação de certame quando verificada a ausência de restrição ao caráter competitivo diante de exigência indevida. No caso da irregularidade descrita no achado de auditoria III.3 do relatório de fiscalização, observa-se que a consequência da sua materialização consiste na indefinição do objeto licitado, especialmente em razão de divergência entre a planilha orçamentária e o projeto básico, assim como entre esse e o projeto aprovado pela Caixa. Em termos concretos, essa indefinição parece ter afastado da disputa pelo menos uma das pessoas jurídicas interessadas, que após solicitar esclarecimentos à administração a respeito das lacunas do projeto não obteve resposta satisfatória.
- Apesar dessa ocorrência, outras sete empresas/consórcios apresentaram propostas comerciais no âmbito do prélio, certamente por considerarem os elementos disponibilizados junto com o ato convocatório suficientes para esse fim. O regime de execução previsto para o futuro ajuste, qual seja, empreitada a preços unitários, também contribuiu para o ambiente concorrencial, pois, nesse regime, como de conhecimento desta Corte, os riscos vinculados à execução do objeto são repartidos com a administração, na medida em que o particular contratado será remunerado com base nos serviços efetivamente executados.
- Assim, nos parece ser possível a convalidação da impropriedade, caso confirmado, por exemplo, junto à pessoa jurídica que ofereceu a menor proposta, que as obrigações assumidas se alinham ao projeto integral das intervenções (original), aprovado pela CEF, representado pelos quantitativos de serviços consignados na planilha orçamentária que fundamentou a contratação. Garantida essa vinculação, as lacunas das pranchas de engenharia

poderão ser relativizadas, pois a empresa contratada confirmará a extensão da obrigação assumida, em consonância com a proposta comercial apresentada no torneio.

- *Nesses termos, formula-se abaixo proposta de determinação cotejando a necessidade de a Seinfra/RJ adotar providências para viabilizar essa diretriz, que poderá ser monitorada pela Unidade de Auditoria em Infraestrutura Urbana e Hídrica.*
- *No tocante às análises processuais vinculadas à responsabilização das pessoas físicas chamadas em audiência, ratifico as análises e a proposta de encaminhamento registrada na instrução precedente. (Acórdão 2962/2012-TCU-Plenário | Relator: José Mucio Monteiro).*
- *7.8. Unilateral (administrativa): pode decorrer tanto por inadimplência da contratada quanto por interesse público; A rescisão contratual não possui natureza sancionatória, pois não se trata de uma genérica pretensão punitiva do Estado, além de não estar elencada no rol de sanções previsto na legislação. A rescisão é uma consequência de ruptura dos efeitos decorrentes da relação contratual entre a administração pública e a contratada, que se tornou insustentável diante de uma situação específica. (Acórdão:2081/2014 – Plenário).*
- *7.9. 56887 – Responsabilidade – Delegação de competência – Afastamento da responsabilidade do prefeito – Necessidade de lei municipal – TCU Precedente expedido na vigência da Lei nº 8.666/1993, cuja racionalidade poderá orientar a aplicação da Lei nº 14.133/2021: o TCU reafirmou o entendimento de que “a comprovação de que todos os atos de gestão e controle do convênio foram praticados por secretário municipal, conforme delegação de competência prevista em lei municipal, afasta a responsabilidade do prefeito pela utilização dos recursos transferidos, mesmo que, na condição de agente político, figure como signatário do ajuste” (Acórdão nº 7.304/2013, da 1ª Câmara e Acórdão nº 563/2019, 1ª Câmara). Por outro lado, “a delegação de competência a secretário realizada por decreto municipal é insuficiente para afastar a responsabilidade do prefeito pela utilização de recursos federais. Se não houver lei municipal dispondo diferentemente, o ordenador de despesas é o prefeito, titular máximo da administração pública local” (Acórdão nº 10.397/2021, da 2ª Câmara). (Grifamos.) (TCU, Acórdão nº 4.485/2022, da 2ª Câmara, Rel. Min. Marcos Bemquerer, j. em 23.08.2022.)*
- *Constitui fraude à licitação, ensejando a declaração de inidoneidade do fraudador, a mera participação em certames licitatórios de pessoa jurídica auto-declarada como microempresa ou empresa de pequeno porte, visando os benefícios concedidos pela LC 123/2006, cujo sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa não beneficiada, fato que contraria o art. 3º, §*

4º, inciso IV, dessa lei, bem como sua finalidade. (Acórdão 930/2022-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER - ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Declaração de inidoneidade | SUBTEMA: Tratamento diferenciado. Outros indexadores: Fraude, Cota social, Extrapolação, Microempresa, Pequena empresa, Sócio. Publicado: Boletim de Jurisprudência nº 399 de 16/05/2022)

- *Constitui fraude à licitação, ensejando a declaração de inidoneidade do fraudador, a mera participação em certames licitatórios de pessoa jurídica auto-declarada como microempresa ou empresa de pequeno porte, visando os benefícios concedidos pela LC 123/2006, cujo sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa não beneficiada, fato que contraria o art. 3º, § 4º, inciso IV, dessa lei, bem como sua finalidade. (Acórdão 930/2022-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER - ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Declaração de inidoneidade | SUBTEMA: Tratamento diferenciado. Outros indexadores: Fraude, Cota social, Extrapolação, Microempresa, Pequena empresa, Sócio - Publicado: Boletim de Jurisprudência nº 399 de 16/05/2022)*
- *A Administração pode, por razões de interesse público, não declarar a nulidade de ato ilegal verificado na formalização do contrato ou no certame licitatório que o precedeu, quando tal medida puder causar prejuízo maior do que a manutenção do ato viciado. (Acórdão 2075/2021-Plenário | Relator: RAIMUNDO CARREIRO - ÁREA: Contrato Administrativo | TEMA: Anulação | SUBTEMA: Avaliação - Outros indexadores: Ato ilegal, Convalidação, Interesse público. Publicado: Boletim de Jurisprudência nº 372 de 27/09/2021).*
- *As empresas que oferecem propostas com valores acima dos praticados pelo mercado, tirando proveito de orçamentos superestimados elaborados pelos órgãos públicos contratantes, contribuem para o superfaturamento dos serviços, sujeitando-se à responsabilização solidária pelo dano evidenciado. (Acórdão 8497/2022-Segunda Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER - ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Contrato administrativo | SUBTEMA: Superfaturamento. Outros indexadores: Solidariedade, Proposta de preço, Orçamento estimativo).*

Erro Grosseiro com Enfoque nos Tribunais de Contas

Hamer Soares Rios

1. Introdução

Os Tribunais de Contas desempenham um papel crucial na fiscalização e controle dos recursos públicos e possuem competência constitucional de fiscalizar e julgar a boa e regular aplicação dos recursos públicos pelos administradores e demais responsáveis, auxiliando o Poder Legislativo no exercício do controle externo.

Um conceito de relevância nesse contexto é o erro grosseiro, que será apresentado no presente estudo e que merece uma análise atenciosa para compreender como os Tribunais de Contas o identificam e atuam na incidência do erro grosseiro no âmbito da responsabilização administrativa e financeira do agente público. Por objetivos específicos, o presente estudo buscou demonstrar o conceito de erro grosseiro trazido pela Lei nº 13.655/2018 e que foi regulamentada pelo Decreto nº 9.830/2019, de 10 de junho de 2019, tendo em vista que se faz necessário o seu conhecimento para operação do direito e para quaisquer agentes públicos que atue na área de compras e contratações públicas; identificar as relações com o Direito Penal e a aplicação do Direito Administrativo Sancionador; apresentar meios que podem mitigar a ocorrência de erro grosseiro nos processos licitatórios; e, por fim, analisar o conceito de erro grosseiro e seu arcabouço na jurisprudência dos Tribunais de Contas, priorizando o entendimento do Tribunal de Contas de União.

O estudo aponta definições e reflexões idealizadas a partir de uma pesquisa bibliográfica, concebidas, além de doutrinadores como Bitencourt, Greco, Santos, Niebuhr, Jordão e Tristão, Gomes, Moraes e Loreiro, pelas orientações e aplicações do fato gerador do erro grosseiro ao caso concreto, conforme as jurisprudências dos Tribunais de Contas e do Tribunal de Contas da União.

Em suma, o erro grosseiro abrange falhas substanciais e evidentes nos processos licitatórios conforme demonstrado no presente artigo. Previsto no artigo 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, que trata da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, e que fora acrescido pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 - trazendo disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público - o erro grosseiro se traduz no resultado da conduta do agente, tendo em vista que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro e é necessária atenção e a preparação constante dos agentes públicos na atividade administrativa a fim de recair em dolo ou erro grosseiro por suas decisões e opiniões no âmbito do poder discricionário.

2. O Erro Grosseiro e a Lei nº 13.655/2018

A Lei nº 13.655/2018³⁰ foi regulamentada pelo Decreto nº 9.830/2019, de 10 de junho de 2019³¹, cujo artigo 12, §1º, propõe a conceituar “erro grosseiro” como “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”.

Essa alteração legislativa demonstra uma orientação hermenêutica com o objetivo de trazer maior controle na condução dos atos administrativos e nas condutas dos agentes públicos, bem como nos processos de contratações públicas. Contribui para limitar a responsabilização pessoal do agente no exercício da sua função, que responderá por dolo ou erro grosseiro, conforme diversos casos que serão demonstrados a seguir.

Considerando não haver na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro uma definição objetiva com nexo causal apropriado (a exemplo da referência de administrador/homem médio), é necessário utilizar outras áreas do direito, como o Direito Penal, para auxílio laboral do intérprete. Ainda, faz-se necessário um estudo acurado das normas em apreço pelo agente público,

³⁰ Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

³¹ Que regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro.

uma vez que a norma utiliza conceitos, por vezes, subjetivos e de difícil interpretação na aplicação do caso concreto.

Diante das normas, o agente público está em uma área de atuação sob o olhar analítico do controle externo, seja pela ampliação do rol de responsabilidades a que estão sujeitos em razão de competências controladas, quer pelo aumento das tarefas e políticas públicas a serem implementadas, e, ainda, o desafio de inovar no setor tão restrito em razão da burocracia e das formalidades legais, o que, em certa medida, aumenta sua exposição ao risco e faz com que estejam cada vez mais sujeitos à responsabilização.

3. Do Dolo x Culpa x Erro

O teor do artigo 18 do Código Penal, diz o crime por meio de duas condutas: I. crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; e, II. crime culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência e imperícia.

Quanto ao dolo, não sendo necessário fazer um estudo mais apurado, mas uma breve síntese para a consolidação do entendimento geral, Bitencourt (2020, p. 373), explica que é “a consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal, ou, na expressão de Welzel, “dolo, em sentido técnico penal, é somente a vontade de ação orientada à realização do tipo de um delito”. Nas palavras de Moraes (2021, p. 201), o dolo “engloba a consciência da conduta e do resultado, a consciência da relação causal entre a conduta e o resultado e vontade de realizar a conduta e produzir o resultado”. Portanto, pode-se dizer que o dolo na área de compras e contratações públicas é praticado quando há a intenção do agente de realizar determinada conduta com consciência do resultado ilegal ou antieconômico no âmbito do processo licitatório.

Por sua vez, o crime culposos, ou seja, aquele cometido sem a intenção de fazê-lo, caracteriza-se pela violação do dever de cuidado objetivo, decorrente das modalidades negligência, imprudência ou imperícia. Ao explicar a culpa no sentido estrito, Moraes (2021, p. 207) demonstra que tal conduta “consiste em se alcançar um resultado antijurídico, não desejado, porém previsível, que poderia ter sido evitado se o agente tivesse dado a atenção necessária, com a

cautela ordinária ao praticar determinado ato”. Cabe registrar, ao leitor, aquele não possuindo afinidade com o direito, que, conforme leciona Greco (2015, P.251), a ausência da conduta dolosa ou culposa “faz com que o fato cometido deixe de ser típico, afastando-se, por conseguinte, a própria infração penal cuja prática se quer imputar ao agente.” Seria, inclusive, possível explanar em outro momento a inaplicabilidade do erro grosseiro, uma vez que o §2º, do artigo 28, aponta a não configuração dolo ou erro grosseiro quando “não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro”, mas em razão do objetivo do presente estudo, não será tratado no momento.

Portanto, diante da definição contida no artigo 12, §1º, do Decreto nº 9.830/2019, de 10 de junho de 2023, citado anteriormente e que subsidiou a Lei nº 13.655/2018, pode-se observar sua similitude à definição do crime culposo, considerando a existência da “culpa grave” e as modalidades da culpa (negligência, imprudência e imperícia). Entretanto, o debate merece atenção. O artigo 28, da Lei em apreço, aponta que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. A redação, ora colacionada, não faz referência à culpa, mas ao dolo e ao erro grosseiro.

Para que não haja divergências de entendimento e objetivando proporcionar maior segurança jurídica aos agentes e aplicadores do direito, cabe, pois, mencionar a diferença entre “culpa” e “erro”. Com maestria, Santos(2019, P.975-992) contribui com o tema e explana o que chama de “inovação legislativa” ao apontar que:

A responsabilização pode ocorrer pelo cometimento de infração mediante conduta dolosa ou culposa, omissiva ou comissiva. Nesse propósito, uma questão controvertida que sempre se postou diz respeito à responsabilidade por **erro do agente público, que é a falsa percepção da realidade**.

À prima facie, poderia argumentar-se que o erro seria categoria subsumida na noção de culpa em sentido estrito, ou seja, negligente, imprudente ou imperita. Contudo, tal não se revela juridicamente correto. **Culpa em sentido estrito se caracteriza pela falta do dever de cuidado objetivo.**

Porém, o **erro é uma categoria jurídica independente. A conduta maculada pelo erro não necessariamente será originária de falta de cuidado objetivo. Não necessariamente será impru-**

dente, imperita ou negligente, mas aquela que ocorre por uma falsa ou incorreta representação da realidade que opera, ou pode operar, efeitos significativos no plano da manifestação da vontade.

A Lei nº 13.655/2018, que produziu modificações no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), trouxe novidade para o cenário jurídico preceituando, em seu art. 28, que o “agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Essa inovação legislativa representa um novo norte hermenêutico para balizar e conduzir o controle dos atos administrativos e das condutas dos agentes públicos em geral e no processo da contratação pública em especial.

Há evidente propósito normativo de limitar o alcance da responsabilização pessoal do agente público, que passa a responder pessoalmente apenas por dolo ou erro grosseiro .

Atente-se para o fato de que a norma não faz qualquer referência à culpa, mas tão somente a dolo e a erro grosseiro.” (g.n) (SANTOS, José Anacleto Abduch. Erro grosseiro no processo da contratação pública. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 308, p. 975-992, out. 2019, seção Doutrina)

Vale abrir um parêntese e expor a lição de Gomes (1994, P. 184), quanto a definição de erro. O autor considera erro como “a falsa representação da realidade ou o falso ou equivocado conhecimento de um objeto (estado positivo). Para mais, o autor difere o erro da ignorância, apontando que o último “é a falta de representação da realidade ou o desconhecimento total do objeto (estado negativo).”

Muito embora haja essa distinção conceitual, Greco (2015, P. 355) aponta que, para o Direito Penal, o erro e a ignorância são tratados de forma idêntica, sendo, também, idênticos os seus efeitos. Portanto, pode-se definir erro, em uma concepção ampla, como sendo a falsa percepção da realidade. Nas palavras de Greco (2015, P. 249), o agente ocorre em erro ao imaginar “uma situação diversa daquela realmente existente”. Ao não considerar o erro grosseiro como uma categoria jurídica independente, por considerar apenas a existência do dolo e da culpa, o autor explica que “a consequência natural do erro de tipo é a de, sempre, afastar o dolo do agente, permitindo, contudo, a sua punição pela prática de um crime culposos, se houver previsão legal, conforme determi-

na o caput do art. 20 do Código Penal”GRECO (2015, P. 249). Importante mencionar que, para o Direito Penal, o agente que incorrer em erro de tipo (escusável ou inescusável), restará afastado o seu dolo, tendo em vista que o agente não age com a vontade e consciência de praticar a conduta delituosa.

Destarte, analisando o demonstrado pelos doutrinadores, o dolo é determinado pela plena consciência da conduta e do resultado, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. A conduta culposa está atrelada à falta de dever de cuidado, decorrente das modalidades negligência, imprudência ou imperícia, enquanto o erro está direcionado à falsa percepção da realidade ou ao equivocado conhecimento de um objeto.

4. Definições das Modalidades (negligência, imprudência e imperícia)

Seguindo com o desmembramento da definição contida no §1º, do artigo 12, do Decreto nº 9.830/2019 e considerando que o erro grosseiro possui tais elementos característicos, levando-se em conta o diálogo que possui com o Direito Penal, cabe trazer as definições das modalidades negligência, imprudência e imperícia para que, assim, o leitor possa identificar tais modalidades de condutas e possa ter a segurança na tomada de decisão.

Destarte, Moraes (2021, p.208) define as modalidades da culpa da seguinte forma: I. negligência, como sendo a “omissão de um determinado procedimento, comportamento incauto ou a falta de precaução”; II. imprudência, como “manifesto desprezo pelas cautelas, comportamento precipitado e afoito; e, por último, III. imperícia, como sendo a “inabilidade, da falta de conhecimento técnico ou inobservância de uma regra ou protocolo técnico”.

Ao apontar que, “pelo fato de haver em todos os delitos culposos essa ausência de observância a um dever de cuidado é que parte da doutrina, quando os analisa, a eles se refere como direito penal da negligência”, Greco (2015, P. 258) afirma que o “direito penal da negligência” seria o gênero, do qual a imprudência, a imperícia e a própria negligência, são espécies, o autor define as modalidades de condutas da seguinte forma: I. imprudente seria a “conduta positiva praticada pelo agente que, por não observar o seu dever de cuidado, causasse o resultado lesivo que lhe era previsível”; II. negligên-

cia, em razão de “deixar de fazer aquilo que a diligência normal impunha”; e, III. imperícia quando ocorre uma inaptidão, momentânea ou não, do agente para o exercício de arte, profissão ou ofício”.

Finalizando com a exposição de definições dos elementos da culpa (e do erro grosseiro), mais uma vez, Bitencourt (2020, p. 397) aponta que: I. a imprudência “é a prática de uma conduta arriscada ou perigosa e tem caráter comissivo. Conduta imprudente é aquela que se caracteriza pela intemperividade, precipitação, insensatez ou imoderação do agente”; II. negligência “é a displicência no agir, a falta de precaução, a indiferença do agente, que, podendo adotar as cautelas necessárias, não o faz. É a imprevisão passiva, o desleixo, a inação. É o não fazer o que deveria ser feito antes da ação descuidada”; e, por fim, III. a imperícia “é a falta de capacidade, de aptidão, despreparo ou insuficiência de conhecimento técnico para o exercício de arte, profissão ou ofício”.

4.1. Quadro resumo

MODALIDADES X DOUTRINADORES	MORAES	GRECO	BITENCOURT
NEGLIGÊNCIA	“omissão de um determinado procedimento, comportamento incauto ou a falta de precaução”	“deixar de fazer aquilo que a diligência normal impunha”	“é a displicência no agir, a falta de precaução, a indiferença do agente, que, podendo adotar as cautelas necessárias, não o faz. É a imprevisão passiva, o desleixo, a inação. É o não fazer o que deveria ser feito antes da ação descuidada”
IMPRUDÊNCIA	“manifesto desprezo pelas cautelas, comportamento precipitado e afoito”	“conduta positiva praticada pelo agente que, por não observar o seu dever de cuidado, causasse o resultado lesivo que lhe era previsível”	“é a prática de uma conduta arriscada ou perigosa e tem caráter comissivo. Conduta imprudente é aquela que se caracteriza pela intemperividade, precipitação, insensatez ou imoderação do agente”

MODALIDADES X DOUTRINADORES	MORAES	GRECO	BITENCOURT
IMPERÍCIA	“inabilidade, da falta de conhecimento técnico ou inobservância de uma regra ou protocolo técnico”	“ocorre uma inaptidão, momentânea ou não, do agente para o exercício de arte, profissão ou ofício”	“é a falta de capacidade, de aptidão, despreparo ou insuficiência de conhecimento técnico para o exercício de arte, profissão ou ofício”

5. Da Culpa Grave

A definição utilizada no artigo 12, §1º, do Decreto nº 9.830/2019, traz, ainda, a necessidade de haver a culpa grave do agente. Para o Tribunal de Contas da União - TCU, o erro grosseiro indicado como requisito para a responsabilização do agente público pelo art. 28 da LINDB é a aplicação da “culpa grave” no caso concreto. Nada mais justo, uma vez que a definição contida no §1º, do artigo 12, do Decreto nº 9.830/2019, cita, em sua redação, a “culpa grave”. Esse foi, inclusive, o entendimento adotado no julgamento do Acórdão nº 2.391/2018 do Plenário, quando a Corte de Contas concluiu que “Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, erro grosseiro é o que decorreu de grave inobservância do dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave”. Em outro caso, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1.689/2019 do Plenário, voltou a decidir que, “Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, erro grosseiro é o que decorreu de grave inobservância do dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave”. Portanto, faz-se necessário explanar, mesmo que de forma breve, a definição de “culpa grave”, que, em análise à matéria, a Consultoria Zênite aduz que:

Ocorre que a ação ou omissão culposa pode assumir vários graus. Assim, a **culpa levíssima** caracteriza-se pela falta de uma atenção extraordinária, que apenas um indivíduo diligentíssimo, especialmente cuidadoso e atento, poderia empregar. Já a **culpa média** configura-se pela ação irregular decorrente de uma falta de atenção média, que deveria ser empregada por um indivíduo comum. E, por sua vez, a **culpa grave** caracteriza-se **pela ação ou omissão irregular decorrente de uma falta de atenção e cuidado substancialmente elevada, extraordinária e grosseira.** (g.n) (QUAIS OS RECENTES entendimentos

do TCU sobre configuração de erro grosseiro, que pode gerar a responsabilização do agente público? Zênite Fácil, categoria Perguntas e Respostas, fev. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 30 ago. 2023)

Pode-se parecer redundância, tendo em vista que além da culpa grave o artigo 12, §1º, do Decreto nº 9.830/2019, cita a ação ou omissão com “elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. Entretanto, o mesmo dispositivo cita que o “elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia” é uma característica da culpa grave, corroborando com a característica dada pela Consultoria Zênite ao apontar a “culpa grave” pela “falta de atenção e cuidado substancialmente elevada, extraordinária e grosseira”.

Conforme já abordado, é comum na doutrina clássica a distinção entre culpa e erro. Em suas conclusões, Santos (2019, P.975-992):

“O erro grosseiro de que trata a Lei é caracterizado pela conduta culposa praticada com **grave negligência, grave imprudência ou grave imperícia**. Trata-se, pois, em que pese a designação de “erro” na norma legal, de conduta maculada pela culpa grave. Assim, o **erro grosseiro de que trata a Lei é figura jurídica relativa à culpa qualificada pela gravidade da negligência, da imprudência ou da imperícia.**” (g.n) (SANTOS, José Anacleto Abduch. Erro grosseiro no processo da contratação pública. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 308, p. 975-992, out. 2019, seção Doutrina)

Como bem demonstrado na citação acima, a LINDB acabou por qualificar o erro grosseiro como uma espécie de culpa qualificada, a culpa grave, tendo em vista, ainda, as características e os elementos que estão descritos na definição de erro grosseiro nos termos do §1º, do artigo 12 do Decreto nº 9.830/2019. Nesse ponto, cabe trazer, ainda, o que foi exposto no Acórdão nº 2.391/2018, ao apontar algumas diretrizes sobre o erro grosseiro. O Acórdão traz o seguinte:

82. Dito isso, é preciso conceituar o que vem a ser erro grosseiro para o exercício do poder sancionatório desta Corte de Contas. Segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele “que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio” (grifos acrescidos). Se ele for substancial, nos termos

do art. 139, torna anulável o negócio jurídico. Se não, pode ser convalidado.

83. Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave. (TCU, Acórdão nº 2.391/2018, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 17.10.2018.)

Traz um importante detalhamento da gradação do erro, nesses moldes:

GRADAÇÃO DO ERRO	PESSOA QUE SERIA CAPAZ DE PERCEBER O ERRO	EFEITO SOBRE A VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO (SE SUBSTANCIAL)
Erro grosseiro	Com diligência abaixo do normal	Anulável
Erro (sem qualificação)	Com diligência normal	Anulável
Erro leve	Com diligência extraordinária - acima do normal	Não anulável

Além da gradação trazida no acórdão em apreço, a relator ainda trouxe as definições da culpa grave por outros autores para subsidiar a peça técnica, conforme colacionado abaixo:

84. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “culpa grave é caracterizada por uma conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam” (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. São Paulo: Atlas, p. 169).

85. Os aludidos autores invocaram a doutrina de Pontes de Miranda, segundo a qual a culpa grave é “a culpa crassa, magna, nimia, que tanto pode haver no ato positivo como no negativo, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidados indispensáveis”. (PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado, t. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 72).(TCU, Acórdão nº 2.391/2018, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 17.10.2018.)

Ao analisar o caso, Niebuhr (2018, P. 1187-1192) explana que o acórdão representa um avanço em razão do que chama de “referencial conceitual” sobre a categoria “erro grosseiro” trazido pelo acórdão em apreço, e, que, mesmo diante da orientação contida no referido julgado, o Tribunal de Contas da União necessita “dar novos passos, especialmente na direção de aprimorar a motivação de suas decisões no tocante às análises de gradação de culpabilidade, talvez fixando algum tipo de parâmetro mais objetivo, em prol da segurança jurídica”.

6. Do Erro Grosseiro e as Definições do TCU

Considerando o enfoque, estabelecido no presente estudo, cabe ressaltar o entendimento do Tribunal de Contas da União - TCU no que tange a definição de “erro grosseiro”. No Acórdão 2012/2022-TCU-Segunda Câmara, o relator Min. Antônio Anastasia aponta que “o erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei nº 13.655/2018, fica configurado quando a conduta do agente público distancia-se daquela que seria esperada do administrador médio, avaliada no caso concreto.”

Cabe mencionar, ainda, o Acórdão 4447/2020-TCU-Segunda Câmara, onde o relator Min. Aroldo Cedraz demonstra que “para fins de responsabilização perante o TCU, considera-se erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - LINDB) aquele que “poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal ou que poderia ser evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, decorrente de grave inobservância de dever de cuidado.”

No Acórdão 63/2023-TCU-Primeira Câmara, mais recente, o relator Ministro Benjamin Zymler explica que, para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, “considera-se erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei nº 4.657/1942 - LINDB) aquele que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal ou que poderia ser evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, decorrente de grave inobservância do dever de cuidado”.

O Ministro explana, ainda, que “associar culpa grave à conduta desviante da que seria esperada do homem médio significa tornar aquela idêntica à culpa comum ou ordinária, negando eficácia às mudanças promovidas pela Lei nº

13.655/2018 na LINDB, que buscaram instituir novo paradigma de avaliação da culpabilidade dos agentes públicos, tornando mais restritos os critérios de responsabilização.” Conforme demonstrado, o Tribunal de Contas da União utiliza a noção de “homem médio” ou “administrado médio” como parâmetro para determinar a conduta do agente que supostamente violou os princípios e as regras. Assim, caso a conduta do agente tenha destoado da conduta do “homem médio”, terá seu ato caracterizado como erro grosseiro.

Para mais, diante de dezenas de acórdãos em que o erro grosseiro foi utilizado, Jordão e Tristão (2020, P. p. 277-278) explicam, ao menos, quatro sentidos distintos, sendo:

No primeiro, erro grosseiro é traduzido por meio de outros conceitos indeterminados, como quando o TCU o aproxima da “culpa grave” (ac. nº 2391/18-P), ou caracteriza como tal “a conduta que foge ao referencial do ‘administrador médio’” (ac.1628.18-P); a “atuação com nível de diligência abaixo da média” (ac. nº 2928/19-P) ou “abaixo do normal ou aquém do ordinário” (ac. nº 2872/19-P); ou a “grave inobservância do dever de cuidado” (ac. nº 2759/19-P).

No segundo, o TCU caracteriza como erro grosseiro condutas específicas que lhe chegam a controle: “a prestação de contas dos recursos oriundos do Fundo Nacional de Assistência Social (...) desacompanhada do parecer do Conselho Municipal de Assistência Social” (ac. 4778/19-1ªC.); “o direcionamento de licitação para marca específica sem a devida justificativa” (ac. nº 1264/19-P); “a realização de pagamento antecipado sem justificativa do interesse público na sua adoção” (ac.185/19-P); ou “a autorização de pagamento sem a devida liquidação da despesa” (ac. nº 2699/19-1ª C.).

No terceiro, o TCU entende por erro grosseiro o mero descumprimento de normas jurídicas: “grave ofensa a norma orçamentário-financeira” (ac. nº 2659/19-P); “desconsideração de (...) normas de responsabilidade contábil” (ac. nº 2924/18-P); “inobservância de normas contábeis aplicáveis” (ac.2892.19-P); “graves inobservâncias a disposições afetas aos procedimentos licitatórios” (ac. nº 986/19-P).

No quarto, enfim, o TCU diz ser erro grosseiro “o descumprimento, sem a devida motivação, de determinação expedida pelo TCU” (ac. nº 1941/19-P).

Em nenhum dos quatro sentidos mapeados acima as definições do TCU parecem totalmente satisfatórias.

No primeiro, o uso de novos conceitos jurídicos indeterminados não contribui para a densificação normativa da ideia e segue deixando espaço para a subjetividade do controlador.(g.n) (JORDÃO, Eduardo; TRISTÃO, Conrado. O que é erro grosseiro para o TCU? A segurança jurídica é obra coletiva de legisladores e controladores. In: ROSILHO, André. (Org.). Direito Administrativo e Controle de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 277-278. ISBN 978-65-5518-491-4.)

Diante do que foi exposto e unindo os conceitos apresentados até aqui no presente artigo, o “erro grosseiro” pode ser compreendido como o ato manifesto, evidente e inescusável do agente público, praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão em razão da falta de atenção e cuidado substancialmente elevado, extraordinário e grosseiro, com comportamento precipitado, sem precaução ou sem aptidão técnica.

Para fins do exercício do poder sancionatório, o TCU compreende o erro grosseiro como a ação ou omissão, decorrente de grave inobservância do dever de cuidado, praticado com culpa grave e com o nítido distanciamento da conduta esperada pelo administrador médio. Em outras palavras, o TCU relaciona o conceito de erro grosseiro, em regra, à figura do administrador/homem médio, devendo ter esse o dever de cuidado objetivo, em que, em caso de sua violação, a presunção de um comportamento decorrente de uma atitude motivada por imprudência, negligência e imperícia (Loreiro, 2023, P. 108).

7. Os Desafios na Identificação do “Erro Grosseiro”

A complexidade da interpretação do conceito indeterminado de erro grosseiro dificulta a detecção preventiva oportuna de erros grosseiros por parte do gestor público (Jordão e Tristão, 2023, P. 278). Afeta, por resultado, a segurança jurídica que recai sobre a Administração Pública. Essa dificuldade é agravada por tantas definições e sentidos distintos adotados pelos órgãos de controle, como demonstrado no presente trabalho, bem como a constatação de graus de culpa para a responsabilização de agentes públicos de forma subjetiva (Niebuhr, 2023, P. 504) ou a falta da gradação objetiva do erro.

O gestor público, atualmente, deve trabalhar com extrema cautela para que não recaia sobre ele multa ou sanção que inviabilize a sua motivação laboral

e sua vontade de inovar no setor público, ato tão carente nos órgãos públicos hoje em dia. Como explica Niebuhr (2023, P. 499), o agente público pode sofrer severas punições ao ir de encontro à legalidade:

Os agentes administrativos, controlados pelos órgãos de controle, vêm-se, então, diante de uma legalidade movediça, relativa e voltada para a repressão. Para piorar o quadro, as penas a que se sujeitam os agentes administrativos variam, têm dimensões e naturezas diferentes. A mesma decisão, no entanto, pode levar a diversas penas, na esfera administrativa, civil e penal. Por exemplo, toma-se uma contratação por dispensa de licitação considerada equivocada. Os agentes administrativos que tenham participado do processo que culminou na contratação, técnicos, advogados, autoridades administrativas, podem ser responsabilizados dentro da própria Administração Pública, ser até demitidos e ter suas aposentadorias cassadas. Pela mesma contratação, **podem ser condenados perante o tribunal de contas, sofrer multas altíssimas, ser impedidos de exercer suas funções, condenados a ressarcir prejuízos e outras sanções.**

Ainda pela mesma contratação, **podem sofrer ações populares ou ações de improbidade administrativa, com condenações muito parecidas, multas, perda de direitos, inclusive políticos, e ressarcimento de dano.** Os agentes administrativos ainda podem, pela mesma contratação, **sofrer processo crime**, porque, de acordo com o artigo 337-F do Código Penal, dispositivo que lhe foi introduzido pela Lei nº 14.133/2021, contratar sem licitação fora das hipóteses legais é crime, **com pena de reclusão de quatro a oito anos.** Ou seja, por uma interpretação equivocada da Lei nº 14.133/2021, os agentes administrativos **estão sujeitos a perder o cargo, perder a aposentadoria, perder uma série de direitos, inclusive políticos, tomar multas sucessivas, ter de ressarcir pretensos prejuízos causados ao erário e ser presos.** É um horizonte cinzento. (g.n) (NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo - 6. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2023. (Coleção Fórum Menezes Niebuhr) ISBN: 978-65-5518-517-1 Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/v2/livro/L1250/E4760/38209>. Acesso em 23 ago. 2023. P. 499)

As inconsistências da aplicação e enquadramento do erro grosseiro ao caso concreto acende o olhar do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, como bem aponta o voto do Ministro Luiz Fux:

A relevância dos graus de culpa ganhou destaque com a Lei 13.655/18, que introduziu o artigo 28 na Lei de Introdução às Normas do Direito. Ao restringir a responsabilização pessoal do

agente público aos casos “de dolo ou erro grosseiro”, a LINDB visa a conferir segurança jurídica para o agente público na tomada de decisão, evitando a presença de um temor excessivo em ser pessoalmente responsabilizado no exercício da função pública (DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. O Direito ao erro do administrador público no Brasil. GZ Editora: Rio de Janeiro, 2019. p. 95).

Com o veto aos parâmetros estabelecidos no §1º do artigo 28 na LINDB, a delimitação do conceito de erro grosseiro mantém-se candente, de modo que a densidade normativa da expressão mantém-se a cargo da doutrina e da jurisprudência judicial e administrativa. No entanto, o posicionamento do Tribunal de Contas da União tampouco tem se mostrado homogêneo, oscilando entre a classificação tripartite de erro leve, sem qualificação e grosseiro, sendo este associado à culpa grave (Tomada de Contas Especial da FUNASA, Ac. no 2.391/18) e a atuação lastreada em “especial zelo” ou na figura do “administrador médio” (Tomada de Contas Especial da Petrobras, Ac. No 2.677/18). (STF, Primeira Turma. MS nº 35.196. Rel. Min. Luiz Fux, j. 12.11.2019.)

Diante dos inúmeros desafios que se sujeita o agente público e podendo recair sobre ele o erro grosseiro, a prevenção para não incorrer em atos com tais características e efeitos possui grande relevância no setor público. Por fim, ressalta-se que deve o agente público buscar o conhecimento que possa resguardá-lo do cometimento do erro grosseiro diante da incerteza e da insegurança jurídica que recai sobre a interpretação pessoal no exercício da sua atividade administrativa.

8. Da Prevenção do Erro Grosseiro

Diante do exposto, após a edição da Lei n. 13.655/2018, a figura do erro grosseiro ganha espaço no âmbito do Direito Administrativo Sancionador como sendo o fato gerador da responsabilização do agente público, sendo aplicado ao caso concreto. Por consequência, o agente público sofre sanção em razão da violação da norma jurídica.

Atualmente, o agente público conta com diversas ferramentas de gestão que podem ser aplicadas no âmbito da administração para não ocorrer em erro grosseiro. Pode-se ser citado, como uma das ferramentas, o planejamento adequado das contratações públicas, com a utilização do Estudo Técnico Preliminar – ETP, sendo obrigatória sua utilização em todos os processos de

licitação e que precede a elaboração do projeto básico, em caso de obra, ou do termo de referência, no caso de contratação de bens e serviços.

A Lei nº 14.133/2021 define Estudo Técnico Preliminar como sendo o documento “constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação”. O artigo 18 aponta que o ETP deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, contendo, ainda, os elementos descritos abaixo, in verbis:

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

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

II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;

III - requisitos da contratação;

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

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

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

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

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

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

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

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

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

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina. (BRASIL. LEI Nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 23 ago. 2023).

Tal ferramenta, quando bem aprofundada e com dados e informações necessárias, serve para subsidiar a tomada de decisão e a viabilidade das contratações. Em outras palavras, a ferramenta busca a solução mais adequada, sendo definida por meio da avaliação de viabilidade técnica, socioeconômica e ambiental. Sendo um documento preliminar, fica evidenciado que o ETP propicia uma garantia ao agente público, considerando que cabe demonstrar, da análise do fato gerador do erro grosseiro, a situação real da necessidade a qual o gestor se encontrava, apontando a situação da demanda naquele momento, suas dificuldades e a melhor solução encontrada, fazendo com que o julgador analise a situação fática e pondere a aplicação do erro grosseiro ao caso concreto.

Outro ponto que merece destaque é a qualificação contínua dos servidores por meios das escolas de governo, podendo ser citada como um dever que cabe ao próprio agente público e a todos os órgãos públicos. Esse é o entendimento previsto no Acórdão 1007/2018 pelo Plenário do Tribunal de Contas da União – TCU, de relatoria da Ministra Ana Arraes, apontado a admissão do treinamento continuado dos profissionais atuantes na área de licitações e contratos, incluindo, ainda, o devido treinamento para utilização dos sistemas operacionais aplicáveis às contratações públicas. Podem ser citadas, como meios de preparação para o agente público, as escolas de governo e as escolas dos Tribunais de Contas dos entes federativos e do Tribunal de Contas da União com cursos gratuitos para todos os interessados que estão operando no setor público.

Cabe ressaltar, ainda, a importância da gestão de riscos. Conforme definição apontada por diversos autores e manuais sobre o tema, pode-se chamar de risco o evento futuro e incerto, que pode causar impacto em dado objetivo ou empreendimento. O artigo 22 da Lei nº 14.133/2021 aponta que o instrumento convocatório pode utilizar a matriz de alocação de riscos entre o contratado e o contratante, sendo, pois, uma faculdade para a Administração.

Entretanto, o §3º do artigo 22 traz a obrigação da matriz de riscos quando ocorrerem contratações que envolvem obras e serviços de grande vulto¹ ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada. Inclusive, o parágrafo único, do artigo 11, da Lei n. 14.133/21, aponta que a administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e que “deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos”. Para Niebuhr(2023, P. 486) gestão ou análise de riscos “é o conjunto de providências prestantes a identificar e qualificar riscos, bem como tratá-los, prevendo medidas de mitigação para evitá-los e, se for o caso, para atenuar os seus efeitos”.

Considerando o processo licitatório em sua integralidade, o artigo 169 da Lei nº 14.133/2021 determina que “as contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo [...]”, exigindo três linhas de defesa: a primeira composta pelos agentes administrativos, a segunda, pela assessoria jurídica e controle interno e a terceira, pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

Diante do exposto na nova Lei de Licitações, Nieburh (2023, P. 487) sugere a criação de um “comitê de gestão de risco para os processos de contratação pública do órgão ou entidade”, com a competência de elaborar um “plano de trabalho a ser referendado pela alta administração do órgão ou entidade e que, dentro deles sejam tomadas as medidas consideradas adequadas”, sob a perspectiva conjunta dos respectivos processos de contratação pública. Explicando o plano sugerido, Nieburh (2023, P. 487) sugere os seguintes passos a serem adotados:

¹ Conforme dispõe o inciso XXII do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021, obras, serviços e fornecimento de grande vulto são aqueles cujo valor estimado supera duzentos milhões de reais.

“sugere-se que se classifiquem os contratos do órgão ou entidades, que se avaliem e que se qualifiquem os riscos relacionados a cada classe de contrato ou às principais classes de contrato e, com base nisso que sejam definidos política de alçadas e plano de ação em relação às classes, alcançando-se medidas mitigadoras, de monitoramento e controle.” NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo - 6. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2023. (Coleção Fórum Menezes Niebuhr) ISBN: 978-65-5518-517-1 Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/v2/livro/L1250/E4760/38209>. Acesso em 23 ago. 2023. (P. 487)

Até o momento foram apresentadas as ações que o agente público deveria observar para atenuar e não incorrer no fato gerador do erro grosseiro nos processos de contratações públicas. Ocorre que também há na doutrina diversos manifestos em relação à atuação dos tribunais de contas na aplicação do erro grosseiro no caso concreto. Como bem explica Loureiro (2023, P. 119), cabe ao controlador apreciar os fatos que levaram o agente público à decisão e ao contexto o qual estava inserido, apontando como sendo as dificuldades reais de gestão, conforme explana a seguir:

“(...) o controlador tem o dever de analisar o elemento subjetivo (culpa ou mesmo dolo) da conduta do agente público diante do contexto e das alternativas que se apresentavam como disponíveis para, a partir daí, identificar se houve erro e, em sendo confirmada essa possibilidade, constatar se seria erro essencial/escusável em virtude dos elementos fáticos envolvidos quando da tomada de decisão, portanto, excludente da culpabilidade do agente público; ou, ao contrário, concluir pela ocorrência do erro grosseiro, uma vez que a conduta resulta de imperícia, negligência ou imprudência graves na análise das informações técnicas, urgência da situação e dos dados disponíveis e, em razão disso, incorreu em erro grosseiro, razão pela qual será pessoalmente responsabilizado”. (LOUREIRO, Carlos Henrique Benedito Nitão. Entre as alternativas possíveis e o erro grosseiro nas Contratações Públicas: a LINDB e os impactos na responsabilização do agente público. Londrina, PR: Thoth, 2022. ISBN 978-65-5959-390-3 (P. 119) Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/kindle-library>. Acesso em 01 set. 2023)

O autor aponta, ainda, que deve ser considerado, pelos órgãos de controle, os obstáculos e as dificuldades reais de gestão, as escolhas interpretativas realizadas pelo agente público nos respectivos processos licitatórios e, sobretudo, o fato de ter o agente público a obrigação de laborar diariamente

com “normas de conteúdo indeterminado”. Ainda, em sua ótica, é válido e interessante trazer o entendimento dos tribunais de contas por meio da jurisprudência para conhecimento do público interessado com o objetivo de orientar e alertar o gestor na condução da atividade administrativa. Entretanto, o autor afirma que as análises realizadas pelos tribunais “não podem ser manejadas, em abstrato, como sendo suficientes para o exame da decisão administrativa”.

Para Nierburh (2023, p. 498), as decisões dos agentes públicos “deveriam ser avaliadas pelos órgãos de controle com deferência (princípio da deferência), partindo-se do pressuposto de que sejam legítimas (presunção de legitimidade dos atos administrativos)”. O autor suscita ainda que a discordância entre a visão do agente público e o controlador “não deveria ser suficiente para reprova-la e, muito menos, para apenar o agente administrativo que tenha participado dela”. O autor faz apontamento importante, conforme transcrito abaixo:

Os agentes administrativos somente deveriam ser penalizados quando tivessem atuado com má-fé ou quando tivessem agido com culpa grave, que se caracteriza diante de casos gritantes e excepcionais. Não deveriam ser penalizados quando os órgãos de controle apenas discordam sobre o mérito de suas decisões ou quando discordam da interpretação jurídica dada pelos agentes administrativos diante de temas que sejam ou que admitam controvérsia técnica ou jurídica. A interpretação dos órgãos de controle não poderia ser levada à verdade absoluta, de modo que agentes administrativos fossem penalizados pela mera divergência de entendimento. NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo - 6. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2023. (Coleção Fórum Menezes Niebuhr) ISBN: 978-65-5518-517-1 Disponível em: <https://www.forumcohecimento.com.br/v2/livro/L1250/E4760/38209>. Acesso em 23 ago. 2023. P. 498

Ainda, quanto aos princípios suscitados, Loureiro (2023, p. 135) explica que a sua observância visa “a promoção de segurança jurídica na aplicação das normas de direito público, mediante concretização de valores abstratos face às circunstâncias que efetivamente podem ter condicionado ou limitado a interpretação e a respectiva decisão administrativa”.

Destarte, para que se possa evitar a caracterização do fato gerador por erro grosseiro, cabe ao agente público realizar a prevenção de tal conduta por meio da implementação de mecanismos de supervisão interna rigorosa,

auditorias frequentes e transparência nos processos licitatórios. Por outro lado, os órgãos de controle deveriam buscar trazer elementos objetivos e clareza em suas análises para evitar decisões baseadas em subjetivismo e uso de conceitos jurídicos indeterminados, conforme apontado pelos inúmeros autores que analisam a matéria. Ainda, a colaboração e o diálogo entre os Tribunais de Contas e os órgãos governamentais é fundamental para promover a accountability e minimizar erros que podem ser sanados antes da ocorrência do ato delituoso.

9. Conclusão

Em decorrência das alterações que ocorreram em 2018, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi inserida como referencial normativo, tanto para os órgãos de controle, judiciário e para os agentes públicos envolvidos na seara das contratações públicas. Fica demonstrado no presente estudo que os tribunais de contas e o Tribunal de Contas da União adotam o parâmetro do administrador/homem médio no conceito de erro grosseiro, que busca o cuidado objetivo e que, em caso de violação por um comportamento dotado de negligência, imprudência e imperícia, sofre a sanção cabível pelo intérprete. Destarte, recai sobre o agente público o dever de motivar e contextualizar as suas decisões no âmbito dos processos de contratação diante do olhar e interpretação que o controlador pode adotar no caso concreto. Diante disso, há meios, ferramentas de gestão e diversas orientações doutrinárias e jurisprudências que contribuem para a melhor tomada de decisão por parte do agente público.

Em primeiro, o Estudo Técnico Preliminar é um importante documento da primeira etapa do planejamento de uma contratação e que auxilia o agente público a tomar a melhor decisão. A ferramenta contribui para caracterizar o interesse público envolvido e a sua melhor solução, dando base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação.

Em segundo, a qualificação contínua dos servidores contribui para uma interpretação e aplicação da lei de forma mais assertiva, sendo ideal para a execução de suas atribuições no exercício de sua competência, com escolhas

viáveis e razoáveis. Em terceiro, estabelecer uma gestão de riscos no âmbito do órgão, contribuindo para implementar processos e estruturas de controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, antevendo prejuízos, falhas e reduzindo chance de incorrer em atos temerários.

Por sua vez, o sistema de controle precisa levar em consideração que, em qualquer atividade de interpretação e tomada de decisão do agente envolvido em processos de contratações, faz-se necessário avaliar os obstáculos e as reais dificuldades vivenciadas pelo agente público, cabendo ressaltar no presente contexto o teor do artigo 22. do DECRETO-LEI Nº 4.657/1942 apontando quena interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo.

Neste cenário, no âmbito das contratações públicas, os inúmeros obstáculos materiais, jurídicos e técnicos podem desencadear equívocos durante o processo de decisão, o que torna imperativo contemplar considerações sobre o erro grosseiro nos campos do Direito Penal, Civil, Administrativo e o erro como atributo existencial do homem.

O presente artigo não extingue a discussão sobre o tema, uma vez que há no mundo jurídico uma série de considerações e interpretações que podem ser adotadas diante do conceito apresentado no presente estudo. É necessário um constante debate judicial, doutrinário e acadêmico para o aperfeiçoamento da caracterização do erro grosseiro e a justa punição ao agente público, exemplificando o conceito de administrador/homem médio que serve de parâmetro em tais casos. O presente estudo busca, tão somente, trazer alguns conceitos, alertar e transmitir as orientações doutrinárias e jurisprudências no sentido de contribuir com a melhor decisão daqueles que estão atuando, diariamente, com as dificuldades inerentes do setor público e que fazem no exercício da boa-fé objetiva.

10. Jurisprudência

- *Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte - TCE/RN- Atestados de Capacidade Técnica - Qualificação Técnica - Violação - TCE/RN - O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte, apontou que o item do edital que exigia atestado de comprovação da prestação de serviço semelhante*

no âmbito do estado, violaria o art. 30, §5º, da lei 8.666/93. Em análise ao caso, o relator destacou que seria pacífico na jurisprudência do Tribunal de Contas da União o caráter irregular da exigência de atestados de capacidade técnica que contemplem, obrigatoriamente, o local em que os serviços foram executados. Caracterizaria a ocorrência de erro grosseiro, entendido como aquele que não seria cometido pelo homem médio se estivesse nas mesmas circunstâncias dos agentes públicos, cujas condutas estão sob julgamento, motivo pelo qual julgou-se pela procedência da representação; reconhecimento da irregularidade; pela condenação do gestor responsável ao pagamento de multa. (Acórdão no. 327/2023 - TC/RN)

- *Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais - TCE/MG- Restrição à competitividade – Direcionamento – Erro grosseiro – Caracterização – TCE/MG - O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais julgou sobre a ocorrência de erro grosseiro em razão de irregularidades na contratação para a prestação de serviços de coleta, transporte e tratamento por destruição térmica (incineração) e destinação final de resíduos contaminantes químicos e biológicos. Em análise, foi apontada a exigência irregular de comprovação de unidade de tratamento licenciada no município, por restringir indevidamente a competitividade no certame e, ainda, direcionar o resultado para a contratação de determinada empresa (a única que possuía unidade de tratamento). Segundo analisado, a referida irregularidade “pode ser caracterizada como ‘erro grosseiro’ a que alude o art. 28 da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)”, uma vez que se “reveste de significativa gravidade, pois direcionou a licitação para a contratação de empresa previamente determinada, dada a nuance do caso concreto”. O tribunal concluiu, que “erro grosseiro é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. É aquele que decorre de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave”. (g.n) (TCE/MG, Denúncia nº 1095355, Rel. Cons. José Alves Viana, j. em 02.08.2022).*
- *Dispensa de licitação – Ausência de formalização – Erro grosseiro – Multa – TCE/MG - O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais julgou sobre a ausência de formalização de dispensa de licitação na contratação de empresa de transporte escolar. A unidade técnica apontou a inexistência de caracterização e comprovação da situação fática que autorizou a dispensa de licitação, razão da escolha do fornecedor e justificativa do preço, além da ausência de motivos e fundamentação legal para amparar a contratação direta. Segundo o julgador, “foi consignada justificativa para a contratação realizada, mas sem que fossem observadas as formalidades da legislação*

de referência”. Destarte, julgou pela ocorrência de graves irregularidades na formalização da dispensa, “as quais configuram erro grosseiro, porquanto deixaram de ser realizados procedimentos expressamente previstos no art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993, em especial nos incisos II e III de seu parágrafo único, cuja observância não demanda maior esforço de interpretação ou de inteligência, razão pela qual a autoridade que conduziu a dispensa de licitação, até mesmo a ratificando, deve ser responsabilizada”. (TCE/MG, Processo nº 1031364, Rel. Cons. Gilberto Diniz, j. em 22.11.2022.).

- **Participação de servidor – Órgão contratante – Erro grosseiro – Multa – TCE/MG** - O TCE/MG julgou que “o descumprimento do art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, que proíbe expressamente a participação, em licitação, de servidor ocupante de cargo efetivo ou em comissão do órgão ou entidade contratante ou responsável pelo certame, configura erro grosseiro e, por isso, enseja a aplicação de multa aos responsáveis pelo procedimento licitatório”. (TCE/MG, Processos nºs 1077066 e 1077089, Rel. Cons. Wanderley Ávila, j. em 27.10.2021.)
- **Tribunal de Contas da União – TCU - Projeto básico – Ausência – Ilegalidade – Erro grosseiro – TCU** - No caso, apurou-se a responsabilidade pela celebração de contratos por dispensa sem a existência de projeto básico, em afronta ao art. 7º, §§ 2º, I, e 9º, da Lei nº 8.666/93. De acordo com o Ministro Relator, a ilegalidade cometida gerou assimetria de informações entre os potenciais fornecedores do objeto e prejudicou a seleção da proposta mais vantajosa. Nesse passo, o Ministro Relator entendeu que, “ainda que não seja possível quantificar, em termos monetários, eventual prejuízo, verifica-se que ele se encontra devidamente caracterizado nos autos, ante a flagrante infringência legal.” Ressaltou, ainda, que a falta de projeto básico em contratações diretas caracteriza o erro grosseiro previsto no art. 28 da LINDB, que, segundo o TCU, é aquele decorrente de grave inobservância do dever de cuidado, capaz de justificar a aplicação de multa. No caso, a Segunda Câmara do TCU manteve inalterada a decisão proferida. (TCU, Acórdão nº 2783/2022, Segunda Câmara, Min. Rel. Augusto Nardes, j. em 31.05.2022)
- **Orçamento estimativo – Pesquisa limitada a potenciais fornecedores – Erro grosseiro – TCU** - O TCU, em representação, julgou que a elaboração de orçamento estimado limitando-se a cotação a potenciais fornecedores pode ser considerada erro grosseiro, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Segundo o tribunal, “os custos foram superestimados, caracterizando sobrepreço, situação agravada, como será ponderado, em razão de a pesquisa de preços ter sido realizada apenas junto a fornecedores, não havendo evidenciação de que restaria inviável pesquisa junto aos sistemas públicos, como o painel de preços do Comprasnet ou mesmo com

o uso de ferramentas privadas”. (TCU, Acórdão nº 3.569/2023, da 2ª Câmara, Rel. Min. Marcos Bemquerer, j. em 23.05.2023.)

- **Pagamento – Antecipação – Ausência de previsão no edital e garantias – TCU** - O TCU, em tomada de contas especial, julgou que a “antecipação de pagamentos, em descompasso com a execução física do objeto, sem previsão no edital e sem as devidas garantias ao resguardo do interesse da Administração Pública, constitui irregularidade grave, suficiente para macular as contas e ensejar aplicação de sanção aos responsáveis”. Referida irregularidade, segundo o relator, “pode ser tipificada como erro grosseiro” (art. 28 da LINBD). (TCU, Acórdão nº 3.328/2023, da 2ª Câmara, Rel. Min. Marcos Bemquerer, j. em 09.05.2023.)
- **Obras – Alterações quantitativas – Falha na fiscalização – TCU** - No caso, os recorrentes que desempenhavam a função de fiscal foram responsabilizados pela aprovação de planilhas de rerratificação do contrato com quantitativos significativamente diferentes daqueles constantes do orçamento do projeto executivo. Dentre os argumentos de defesa apresentados pelos recorrentes, destaca-se aquele relativo à atribuição de responsabilidade à empresa contratada para gerenciar, supervisionar e fiscalizar as obras, por ter induzido os recorrentes em erro. De acordo com o Ministro Relator, as alterações dos quantitativos foram tão expressivas e de tamanha gravidade que não podem ser consideradas meras falhas formais, uma vez que poderiam comprometer o equilíbrio econômico-financeiro em desfavor do Erário a partir do chamado “jogo de planilhas”. Ademais, o Ministro Relator esclarece que a “jurisprudência desta Corte de Conta é pacífica quanto à inafastabilidade da obrigação do gestor e do fiscal do contrato no acompanhamento da obra, mesmo que a Administração contrate terceiro para auxiliá-la na fiscalização do empreendimento, conforme artigo 67 da Lei 8.666/1993. A função do terceiro é de assistência, não de substituição ao gestor e fiscal da avença.” Diante disso, conclui o Relator que os responsáveis incorreram em culpa grave decorrente de erro grosseiro em não supervisionar a correção dos trabalhos supervisionados pela empresa contratada. Diante disso, o Plenário do TCU negou provimento ao pedido de reexame. (TCU, Acórdão nº 1241/2022, Plenário, Min. Rel. Walton Alencar Rodrigues, j. em 01.06.2022)
- **Pagamento – Antecipado – Ausência de pressupostos – TCU** - Conforme o julgador, existem circunstâncias, “em que a realização do pagamento antes da entrega dos materiais e da execução dos serviços representa grande potencial de economia à Administração contratante, como, por exemplo, quando se afasta o risco cambial nos contratos em que há relevante parcela de bens importados”. Assim, “conforme mencionado, deve ficar demonstrada a existência de interesse público e o atendimento a dois critérios indispensá-

veis: *prévia inclusão no edital e existência de garantias, tais como cartas-fiança ou seguros, que mitiguem os riscos à Administração*”. No entanto, no caso em apreço e diante da inexistência desses pressupostos, “*reputo que a conduta do gestor caracterizou culpa grave, em razão da profunda inobservância do dever de cuidado, ou seja, erro grosseiro nos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com as alterações decorrentes da Lei 13.655/2018*”. (TCU, Acórdão nº 9.209/2022, da 1ª Câmara, Rel. Min. Jorge Oliveira, j. em 29/11/2022.).

- **Parecer jurídico – Responsabilização – TCU** - O Tribunal apontou que o procurador emitiu parecer favorável à aprovação de aditivo em desconformidade com o art. 40, inc. XI, art. 55, III, da Lei 8.666/1993 e arts. 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Segundo o tribunal, a conduta do procurador permitiu que o “*acordo fosse assinado e a fundação recebesse valores superiores aos previstos no contrato*”. Conforme apontado, com base nos julgados do TCU, “*a condenação em débito de parecerista jurídico pela emissão de pareceres vinculantes com erros grosseiros não é usual. Pelo contrário, quando responsabilizados por tais condutas, os pareceristas foram apenados tão somente com multa, sem imputação de débito*”. Assim, o relator julgou pela irregularidade das contas do responsável e manteve a aplicação de penalidade pecuniária, uma vez que a reprovabilidade da conduta não foi afastada. (TCU, Acórdão nº 10.830/2020, da 1ª Câmara, Rel. Min. Vital do Rêgo, j. em 29.09.2020.)
- **Contratação pública – Assessoria jurídica – Aprovação de edital com vícios – TCU** - O caso tratou de identificar irregularidades na licitação para implementação de sistema de esgotamento sanitário em determinada região. No caso, restou “*caracterizada a responsabilidade da recorrente quanto aos fatos que motivaram a sua condenação, os quais se enquadram em erro grosseiro (culpa grave) ao não apontar, por insuficiência, as irregularidades em seu parecer aprovando minuta de edital eivado de vícios de ilegalidade, no exercício da competência que estabelece o parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993*”. (TCU, Acórdão nº 9.294/2020, da 1ª Câmara, Rel. Min. Bruno Dantas, j. em 01.09.2020.)
- **Irregularidades na fiscalização do contrato – TCU** - Em auditoria realizada em obras públicas onde foi constatada a ocorrência de falhas na fiscalização do contrato, o relator ao constatar a ocorrência de erro grosseiro por parte da conduta dos agentes, apontou que “*as planilhas orçamentárias dos aditivos de rerratificação aprovadas pelos responsáveis são mera peça de ficção, que não guardam nenhuma compatibilidade com as planilhas constantes dos projetos executivos que promoveram diversas alterações em relação ao projeto básico licitado*”. Segundo o relator, “*houve a apro-*

vação dos projetos executivos pelo Dnit, mas de forma injustificada os novos quantitativos trazidos pelo projeto executivo não foram refletidos nas planilhas orçamentárias dos aditivos”. Além disso, não houve a “alteração global dos contratos, a despeito de haver expressivas alterações promovidas pelo projeto executivo”. Foi aplicada a multa do inc. II do art. 58 da Lei nº 8.443/1992, tendo em vista que a conduta dos responsáveis ocorreu à luz do disposto no art. 28 da LINDB. (TCU, Acórdão nº 875/2020, do Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 08.04.2020.)

- *Indicação de marca – Ausência de justificativa técnica – Sanção – TCU – Em representação em face da restrição indevida à competitividade por indicação de marca na licitação para contratação de expansão e modernização da solução de armazenamento de dados – storage, o relator apontou que “o Estudo Técnico Preliminar da Contratação (ETP) não demonstrou de forma adequada que a restrição ao fabricante (...) residia na solução mais vantajosa para a Administração, haja vista a ausência de justificativas técnicas e econômicas objetivas, comparativo de custo total de propriedade das alternativas cabíveis e de estudos e justificativas para o estabelecimento dos requisitos técnicos nos estudos técnicos preliminares da contratação”. Assim, o “direcionamento não justificado de licitação para marca específica e as irregularidades constatadas na contratação efetivada (...), em afronta às regras contidas na IN-SLTI/MP 4/2014, aos citados artigos da Lei 8.666/1993, ao princípio da eficiência e à citada jurisprudência deste Tribunal, podem ser considerados como erro grosseiro, nos termos do art. 28 do Decreto-Lei 4.657/1942 (LINDB), passível de ensejar a aplicação de sanção do TCU”. (TCU, Acórdão nº 1.264/2019, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, j. em 05.06.2019.)*
- *Descumprimento de determinação do TCU – TCU – Realização de auditoria em que o tribunal decidiu que “para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – LINDB) o descumprimento, sem a devida motivação, de determinação expedida pelo TCU, pois tal conduta revela grave inobservância do dever de cuidado, o que configura culpa grave”. (TCU, Acórdão nº 2.028/2020, do Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, j. em 05.08.2020.)*

Referências Bibliográficas

CAPÍTULO I

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: RED Livros, 1999. A violação do princípio da moralidade como fundamento para condenação na ação de improbidade administrativa na Teoria dos Princípios de Humberto Ávila x Neoconstitucionalismo. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/improbidade-administrativa-o-que-vem-a-ser-e-como-deve-ser-feito-o-seu-controle/>>; Acesso em: 04 de jul. 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo. Ed. Malheiros, 2014.

BRASIL, LEI Nº 8.429, de 2 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências**. Disponível em: < [BRASIL, LEI Nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: < \[https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm\]\(https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm\)>; Acesso em: 03 de nov. 2023.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.429%2C%20DE%20%20DE%20JUNHO%20DE%201992&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20san%C3%A7%C3%B5es%20aplic%C3%A1veis,fundacional%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.&text=Art.,-1%C2%B0%20Os>; Acesso em: 04 de jul. 2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

BRASIL, LEI Nº 4657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>; Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL, LEI Nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), **disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm>; Acesso em: 23 de jun. de 2024.

BRASIL, LEI Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>; Acesso em: 23 de jun de 2024.

BRASIL, LEI Nº 12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011 - **Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.** Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>; Acesso em: 12 mai. de 2024.

BRASIL. **STJ -O STJ e o princípio da segurança jurídica.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>>; Acesso em: 21 de jun. de 2024.

SILVA, Almiro do Couto. **Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro.** Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/17/edicao-1/principio-da-seguranca-juridica-no-direito-administrativo-brasileiro>>; Acesso em: 21 de jun. de 2024.

DA SILVA, Magno Antônio. **O princípio da segregação de funções e sua aplicação no controle processual das despesas:** uma abordagem analítica pela ótica das licitações públicas e das contratações administrativas. Disponível em: <revista.tcu.gov.br>; Acesso em: 21 de jun. de 2024.

ÂMBITO JURÍDICO, **O estudo dos Princípios da Eficiência, Eficácia e Economicidade na Administração Pública**, de 1 de mai. De 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/o-estudo-dos-principios-da-eficiencia-eficacia-e-economicidade-na-administracao-publica/>>; Acesso em: 27 de mai. de 2024.

BRASIL. TCU – Tribunal de Contas da União, **Licitações e Contratos** – Orientações e Jurisprudência do TCU. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA-540A&inline=1>>; Acesso em: 22 de fev. de 2024.

BRASIL. TJSP - Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 20, nº 47, p. 151-164, Janeiro-Fevereiro/2019. **Interesse público.** Disponível em: <<https://www.>

tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/47.10.pdf?d=636909377789222583>; Acesso em: 02 de abr. de 2024.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo 17ª edição**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 451.

CAPÍTULO II

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **O princípio da eficiência no direito administrativo**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.14, jun./ago. 2002.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>; Acesso em: 23/2/2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 5216/2007- 1ª Câmara**.

BRASIL. **Lei nº 10.947, de 25 de janeiro de 2022**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>; Acesso em: 19/08/2022.

BRASIL. Manual de Orientação STJ, 4ª Edição | **Lei 14.133/2021 Pesquisa de preço**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/MOP/article/view/11587/11711>>; Acesso em: 23/2/2022.

FERNADES. Jacoby. FERNANDES Ana Luiza Jacoby. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Lei nº 14.133/2021: LEI DE Licitações e Contratos Administrativos**. Vol.1. Fórum. Belo Horizonte. 2021

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 1ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2021.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. **Política de Integridade Pública em Licitações**. Revista Controle do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, 2013.

NEVES, Marcelo. **Planejamento estratégico: etapa prévia à realização das licitações e contratações na administração pública**. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, v. 10, n. 111, p. 56-59, mar. 2011. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/3342?mode=full>>; Acesso em: 31 jul. 2022.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo** / João Joel de Menezes Niebuhr. – 5.ed. – Belo Horizonte : Fórum, 2022.

SANTOS Frankin. **Painel de Preços**. estudo de caso. 2018. Disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3458/4/SEGES%2520%20Enap>>; Acesso em 31 jul de 2022

TORRES, Ronny Charles Lopes. **Leis das Licitações Públicas Comentadas**. 12ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021, p. 827 In SARAI, Leandro (organizador). Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos: Lei 14133/2021 Comentada por Advogados Públicos. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021, p. 1491.

ZANCANER ZOCKUN, CAROLINA ; SARAI, L. . **Comentários ao Título I - Disposições Preliminares (Lei n 14.133, de 1 de abril de 2021)**. In: SARAI, Leandro. (Org.). Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Comentada por Advogados Públicos. 1ed.São Paulo: JusPodivm, 2021, v. 1, p. 21-24.

CAPÍTULOS III, IV e V

BRASIL. **Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)**: Disponível em: <<https://pncp.gov.br/app/>>; Acesso em: 22 de jul de 2024.

SOUZA, Alyne et al. **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 14133/21. Comentada por Advogados Públicos / organizar Leandro Sarai – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. Pag. 552.

BRASIL, **Decreto n. 93.872/1986**: Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d93872.htm>; Acesso em: 12 de jul. de 2024.

BRASIL. **Lei n. 4.320/1964**: Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm>; Acesso em: 25 de jul. de 2024.

BRASIL. AGU. **Orientação Normativa n. 37/2011**. Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/onsagu>>. Acesso em: 22 de jun. de 2024.

BRASIL. TCU, **Acórdão 1739/2015 – 1ª Câmara**, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 24/03/2015. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1389424%22>>; Acesso em: 22 de mai. de 2024.

BRASIL. TCU, **Acórdão 1565/2015 – Plenário**, Rel. Min. Vital do Rêgo, julgado em 24/06/2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1565%2520ANOACORDAO%253A2015%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>; Acesso em: 14 de jul. de 2024.

BRASIL. TCU, **Acórdão 0158/2015 – Plenário**, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 04/02/2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1328122/NUMACORDAOINT%20asc/0>; Acesso em: 22 fev. de 2024.

BRASIL. TCU, **Acórdão 1614/2013 – 1ª Câmara**, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 26/03/2013. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1265814%22>>; Acesso em: 11 de mai. de 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico**. Coleção Jacoby de Direito Público. Edição 6ª, V. 7, p. 27. Editora Forum, 2015.

BRASIL. TCU, **Acórdão 0766/2010 – Plenário**, Rel. Min. José Jorge, julgado em 14/04/2010. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1145827%22>>; Acesso em: 03 de ago. de 2024.

BRASIL. TCDF. **Decisão Normativa n. 3/1999**. Disponível em: <http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/69734/Decis_o_Normativa_3_10_11_1999.html>; Acesso em: 05 de jun. de 2024.

BRASIL. TCU, **Acórdão 0766/2010 – Plenário**, Rel. Min. José Jorge, julgado em 14/04/2010. Disponível em: <[BRASIL. TCDF. **Decisão Normativa n. 3/1999**. Disponível em: <\[http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/69734/Decis_o_Normativa_3_10_11_1999.html\]\(http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/69734/Decis_o_Normativa_3_10_11_1999.html\)>; Acesso em: 02 de ago. de 2024.](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A766%2520ANOACORDAO%253A2010%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>; Acesso em: 07 de jun. de 2024.</p>
</div>
<div data-bbox=)

BRASIL. AGU. **Orientação Normativa n. 51/2021**. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-seges-me-no-51-de-13-de-maio-de-2021>>; Acesso em: 21 de jun. de 2024.

BRASIL. TCU, **Acórdão 0481/2007 – Plenário**, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, julgado em 28/03/2007. Disponível em: <[BRASIL. TCU. SUMULAS - **Súmula TCU n. 270**. - pág. 21. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA56170718&inline=1>>; Acesso em: 21 de jun. de 2024.](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A481%2520ANOACORDAO%253A2007/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%-2520desc/0/%2520>; Acesso em: 21 de jun. de 2024.</p>
</div>
<div data-bbox=)

BRASIL. TCU, **Acórdão 1333/2020 – Plenário**, Rel. Min. Benjamin Zymler, julgado em 27/05/2020. Disponível em: <[ABNT. Disponível em: <<https://www.abnt.org.br/institucional/sobre>>. Acesso em: 12 de jul. de 2024.](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1333%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%-2520desc/0/%2520>; Acesso em: 21 de jun. de 2024.</p>
</div>
<div data-bbox=)

INMETRO. Disponível em: <<https://www.gov.br/inmetro/pt-br/acesso-a-informacao/institucional>>; Acesso em: 12 de jul. de 2024.

BRASIL. **Lei n. 5.966/1973**. Institui o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5966.htm#art3>; Acesso em: 21 de jun. de 2024.

BRASIL. TCU, **Acórdão 3028/2012 – Plenário**, Rel. Min. Ana Araes, julgado em 08/11/2012. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3028%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%-2520desc/0/%2520>; Acesso em: 12 de jul. de 2024.

BRASIL. TCU, **Acórdão 2814/2010 – 2ª Câmara**, Rel. Min. Benjamin Zymler, julgado em 01/06/2010. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1150353%22>>; Acesso em: 21 de jun. de 2024.

BRASIL. TCU, **Acórdão 1153/2015 – Primeira Câmara**, Rel. Ministro José Mucio Monteiro, julgado em 24/02/2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1153%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520>; Acesso em: 21 de jun. de 2024.

BRASIL. TCU, **Acórdão n. 710/2018 – Plenário**, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julgado em 04/04/2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A710%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%-2520desc/0/%2520>; Acesso em: 12 de jul. de 2024.

BRASIL. TCU, **Acórdão n. 607/2017 – Plenário**, Rel. Min. Weder de Oliveira, julgado em 29/03/2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A607%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%-2520desc/0/%2520>; Acesso em: 21 de jun. de 2024.

BRASIL. TCU, **Acórdão n. 479/2015 – Plenário**, Rel. Min. Benjamin Zymler, julgado em 11/03/2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A479%2520ANOACOR

DAO%253A2015%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>; Acesso em: 12 de jul. de 2024.

SOUZA, Raquel. Et al. **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 14133/21. Comentada por Advogados Públicos / organizar Leandro Sarai – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. Pag. 513.

BRASIL. TCU, **Acórdão n. 2.034/2017 - Plenário**, Rel. Min. Benjamin Zymler, julgado em 13/09/2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2034%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%-2520desc/0/%2520>; Acesso em: 21 de jun. de 2024.

BRASIL. TCU, **Acórdão n. 2.763/2013 - Plenário**, Rel. Min. Weder de Oliveira, julgado em 09/10/2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2763%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%-2520desc/0/%2520>; Acesso em: 21 de jun. de 2024.

BRASIL. TCU, **Acórdão n. 1.677/2014 - Plenário**, Rel. Min. Augusto Sherman, julgado em 25/06/2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1677%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%-2520desc/0/%2520>; Acesso em: 21 de jun. de 2024.

CARRIJO, Adriano et al. **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 14133/21. Comentada por Advogados Públicos / Organizar Leandro Sarai – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. Pag. 519.

BRASIL. TCU, **Acórdão n. 1534/2020 - Plenário**, Rel. Min. André de Carvalho, julgado em 17/06/2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1534%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%-2520desc/0/%2520>; Acesso em: 12 de jul. de 2024.

BRASIL. Imprensa Nacional. **Portaria Nº 4.951, DE 29 DE abril DE 2021**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-4.951-de-29-de-abril-de-2021-317003862>>; Acesso em: 21 de jun. de 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>; Acesso em: 1set 2023.

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 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>; Acesso em: 1 set 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>; Acesso em: 1 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>; Acesso em: 1 set. 2023.

FRANCO NETO, Eduardo Grossi. **Assessoria jurídica na nova lei de licitações e as linhas de defesa.** Campo de Públicas: conexões e experiências, Belo Horizonte, v. 1, n.2, p. 61-75, jul. 2022

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratações administrativas:** Lei 14.133/2021. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEDRA, Anderson Sant'Ana; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **O papel da Assessoria Jurídica na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos** (Lei nº 14.133/2021). Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, nº 13, 2022.

RIBOLI, Cesar. **A responsabilização do advogado público e procuradores pelo parecer técnico-jurídico**. Revista da ESDM. Porto Alegre, v. 2. n.º 4, 2016.

CAPÍTULO VII

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2022. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em 27 jul 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 27 jul 2022.

BRASIL. Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022. **Responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm#:~:text=1%C2%BA%20Este%20Decreto%20regulamenta%20a,1%C2%BA%20de%20agosto%20de%202013%3E>; Acesso em 01 ago 2022.

BRASIL. **COMPRASNET/BA - Fases Interna e Externa do Procedimento Licitatório**. MÓDULO II, 2021. Disponível em: <https://comprasnet.ba.gov.br/sites/default/files/modulo_ii_-_fases_interna_e_externa_do_procedimento_licitatorio_1.pdf>; Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.032/2021 – Plenário**. Relator: Min. Raimundo Carreiro. [S.l.: s.n.], 2021. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2497008/NUMACORDAOINT%20asc/0>; Acesso em: 27 jul. 2022.

FERNANDES, J.U. Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão eletrônico presencial e eletrônico**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 539.

BRASIL. **Modos de disputa**. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/images/ultimas_noticias/Modos-de-Disputa---passo-a-passo--05112019.pdf>; Acesso em: 28 jul. 2022.

ZENITE. **Orientação formulada em discussões realizadas pelo Núcleo Zênite de Pesquisa e Desenvolvimento**. Disponível em: <<https://www.zenitefacil.com.br/zeniteFacil.jsp>>; Acesso em 27 jul 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 11. ed. Malheiros, 1997. p. 124.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 5. ed. Dialética, 1998. p. 436.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 8. ed., São Paulo, Dialética, comentários ao art. 41, pgs. 417/420.

MEIRELLES, Hely Lopes. **in Licitação e contrato administrativo**, 14^o ed. 2007, p. 39.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. 2. Ed. Brasília: SENADO FEDERAL, 2018. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/547165/licitacoes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>; Acesso em: 30 jul. 2022.

FURTADO, Madeline Rocha; DOTTI, Marinês Restelatto. **A fase preparatória da licitação e seu rito procedimental – Lei nº 14.133/2021**. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 22 out. 2021. Disponível em: <<http://www.zenitefacil.com.br>>; Acesso em: 31 jul 2022.

BITTENCOURT, Sidney. **Nova Lei de Licitações**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4246>>; Acesso em: 31 jul 2022.

SAADI, Mário; DEGUIRMENDIAN, Juliana; BARBOZA, Júlio César Moreira; YOUSSEF, Laís Menegon; OLIVEIRA, Maria Cristina Mendes de. **Nova Lei de Licitações (lei Nº 14.133/2021) Sistematizada**. 1. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4263>>; Acesso em: 31 jul 2022.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Disponível em <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1250>>; Acesso em: 01 ago 2022.

CAPÍTULO VIII

BRASIL. **Licitações e Contratos:** Orientações e Jurisprudência do TCU. Disponível em: <https://licitacoescontratos.tcu.gov.br/5-5-4-habilitacao-econmico-financeira/#_ftnref4>; Acesso em: 01 de out. de 2024.

BRASIL. TCE – Tribunal de Contas do Estado do Ceará. **SÚMULAS. Súmula nº 02, Súmula 4.** Disponível em: <<https://www.tce.ce.gov.br/jurisdicionado/jurisprudencia/sumulas>>; Acesso em: 1 de out. de 2024.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos:** teoria e jurisprudência / Victor Aguiar Jardim de Amorim. – 4. ed. – Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2021, p. 290.

BRASIL, Advocacia-Geral da União, **Guia de Contratações Sustentáveis.** Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/guias/guia-de-contratacoes-sustentaveis-set-2023.pdf>>; Acesso em 12 set. 2023.

BITTENCOURT. Sidney. **Nova Lei de Licitações.** Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4246>>; Acesso em: 15 out. 2024.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. **Comentários À Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 1.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4367>>; Acesso em: 15 mai. 2024.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. **Comentários À Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4368>>; Acesso em: 10 mai. 2024.

LAZZARI LAHOZ, Rodrigo Augusto. IN: **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos** / Joel de Menezes Niebuhr et al. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.1, p. 283.

MADUREIRA, Claudio. **Licitações, Contratos e Controle Administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4192>>; Acesso em: 02 set. 2024.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 5.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1250>>; Acesso em: 15 mai. 2024.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Lei Nº 14.133/2021 Comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4352>>; Acesso em: 15 jun. 2022.

SAADI, Mário; DEGUIRMENDIAN, Juliana; BARBOZA, Júlio César Moreira; YOUSSEF, Laís Menegon; OLIVEIRA, Maria Cristina Mendes de. **Nova Lei de Licitações (Lei Nº 14.133/2021) Sistematizada**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4263>>; Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 2826/2014**. Plenário. Relator: Ministro WEDER DE OLIVEIRA. Sessão de 22/10/2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2826%2520ANOACORDAO%253A2014%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>; Acesso em: 16 set. 2024.

LEFÈVRE. **O procedimento licitatório e a fase de habilitação no regime diferenciado de contratações públicas**. In: JUSTEN FILHO; PEREIRA (Coord.). *O regime diferenciado de contratações públicas (RDC)*. 3. Ed.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 1737/2021**. Plenário. Relator: Ministro WEDER DE OLIVEIRA. Sessão de 21/07/2021. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:1737%20ANOACORDAO:2021%20COLEGIADO:%22Plen%25C3%25A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20>; Acesso em: 09 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 234/2015**. Plenário. Relator: Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES. Sessão de 11/02/2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A234%2520ANOACORDAO%253A2015%-2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>; Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 1211/2021**. Plenário. Relator: Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES. Sessão de 26/05/2021. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/1211%252F2021/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>>; Acesso em: 02 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 988/2022**. Plenário. Relator: Ministro ANTONIO ANASTASIA. Sessão de 04/05/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A988%2520ANOACORDAO%253A2022%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>; Acesso em: 16 out. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 966/2022**. Plenário. Relator: Ministro BENJAMIN ZYMLER. Sessão de 04/05/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A966%2520ANOACORDAO%253A2022%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>; Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 2443/2021**. Plenário. Relator: Ministro AUGUSTO SHERMAN. Sessão de 06/10/2021. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2443%2520ANOACORDAO%253A2021%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>; Acesso em: 17 set. 2022

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 2075/2021**. Plenário. Relator: Ministro RAIMUNDO CARRERO. Sessão de 01/09/2021. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/ACORDAO%25202075%252F2021%2520PLENARIO/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>>; Acesso em: 17 set. 2022

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 505/2021**. Plenário. Relator: Ministro MARCOS BEMQUERER. Sessão de 10/03/2021. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A505%2520ANOACOR

DAO%253A2021%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>; Acesso em: 17 set. 2022

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 2673/2021**. Plenário. Relator: Ministro JORGE OLIVEIRA. Sessão de 10/11/2001. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2673%2520ANOACORDAO%253A2021%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>; Acesso em: 17 set. 2022.

CONFEA - Ementas / Normativos. **Resolução nº 1.137/2023 do CONFEA**. Dispõe sobre a Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, o Acervo Técnico-Profissional e o Acervo Operacional, e dá outras providências. Disponível em: <<https://normativos.confea.org.br/Ementas/Visualizar?id=76099>>; Acesso em: 12 de set. de 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 503/2021**. Plenário. Relator: Ministro AUGUSTO SHERMAN. Sessão de 10/03/2021. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A503%2520ANOACORDAO%253A2021%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>; Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 829/2023**. Plenário. Relator: Ministro BENJAMIN ZYMLER. Sessão de 03/05/2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A829%2520ANOACORDAO%253A2023%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>; Acesso em: 17 set. 2022

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 1521/2022**. Segunda Câmara. Relator: Ministro ANDRÉ DE CARVALHO. Sessão de 22/03/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1251%2520ANOACORDAO%253A2022%-2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>; Acesso em: 18 set. 2022

BRASIL. STF – Supremo Tribunal Federal – Súmulas. **Súmula 346**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1576>>; Acesso em: 1 de set. De 2024.

BRASIL. STF – Supremo Tribunal Federal – Súmulas. **Súmula 473**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602>>; Acesso em: 1 de set. de 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **SÚMULAS - Súmula Nº 289** . Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A-8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>>; Acesso em: 02 de out. de 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO133/2022**. Plenário. Relator: Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES. Sessão de 26/01/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:133%20ANOACORDAO:2022%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0>; Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO924/2022**. Plenário. Relator: Ministro ANTÔNIO ANASTASIA. Sessão de 27/04/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A924%2520ANOACORDAO%253A2022%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>; Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO033/2022**. Plenário. Relator: Ministro JORGE OLIVEIRA. Sessão de 19/01/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A33%2520ANOACORDAO%253A2022%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>; Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO02595/2021**. Plenário. Relator: Ministro BRUNO DANTAS. Sessão de 27/10/2021. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2595%2520ANOACORDAO%253A2021%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>; Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO1737/2021**. Plenário. Relator: Ministro WEDER DE OLIVEIRA. Sessão de 21/07/2021. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:1737%20ANOACORDAO:2021%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20>; Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO927/2021**. Plenário. Relator: Ministro AUGUSTO NARDES. Sessão de 28/04/2021. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A927%2520ANOACORDAO%253A2021%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>; Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>; Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm>; Acesso em: 01 set. 2024.

CAPÍTULO IX

Barcelos, Dawison. **Licitações e Contratos nas empresas estatais**: regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016/ Dawison Barcelo e Ronny Charles Lopes de Torres- Salvador: Editora JusPodivm, 2018. 544p. ISBN 978-85-442-2211-9.

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 e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>; Acesso em: 01 set. 2024.

BRASIL. Lei 14.133, de 1º de abril 2021. **Lei de licitações e contratos**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01. Abr. 2021. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm>; Acesso em: 01 set. 2024.

JACOBY FERNANDES, Ana Luiza; JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses; JACOBY FERNANDES, Murilo. **Contratação Direta Sem Licitação na Nova Lei de Licitações: Lei nº 14.133/2021**. 11.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 387p. (Coleção Jacoby Fernandes de Direito Administrativo, v.2). ISBN 978-65-5518-232-3.

CALASANS, José Junior. **Manual da Licitação**: com base na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – 3. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2021. ISBN 978-65-597-7028-1.

SARAI, et al - **Tratado da Nova Lei de Licitações e contratos Administrativos**. São Paulo. Editora JusPodivm, 2021.

CAPÍTULO X

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 8.666/1993**. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NITÃO LOUREIRO, Carlos Henrique Benedito. **Das garantias**. In: SARAI, Organizador (org). **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativo Lei 14.133/21 Comentada por Advogados Públicos**. 3ª. ed. 2023.

SARAI, Leandro. Das garantias. In: SARAI, Organizador (org). **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativo Lei 14.133/21 Comentada por Advogados Públicos**. 3ª. ed. 2023.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Da alocação de riscos. In: SARAI, Organizador (org). **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativo Lei 14.133/21 Comentada por Advogados Públicos**. 3ª. ed. 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª Edição. **Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho**. Malheiros Editores. São Paulo, 2010.

CAPÍTULO XI

BRASIL. Senado Federal Praça dos Três Poderes s/nº Brasília DF CEP 70165-900. **Bibliografia sobre a nova lei de licitações: lei nº 14.133/2021**. – Brasília: Senado Federal, Biblioteca, 202.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016.

FERNANDES, Felipe; PENNA, Rodolfo. **Nova Lei de Licitações e contratos para a advocacia pública**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. p. 231.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei licitações e contratações administrativas**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021. p. 1477.

Câmara de Mediação e Arbitragem de Brusque. **O que é arbitragem?** Disponível em: <<http://www.arbitragembrusque.com.br/arquivos/323>>; Acesso em: 22 de ago. de 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 417.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm>; Acesso em: 20 ago. 2023.

CAPÍTULO XII

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Salvador: JusPodivm, 2021, p.756.

LUZIA, Cauê Vecchiaetal.**Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Joel de Menezes Niebuhr (Coord.), 2ª ed., Curitiba: Zênite, 2021, p. 236, e-book.

CARVALHO, Matheus; OLIVEIRA, João Paulo; ROCHA, Paulo Germano. **Nova Lei de Licitações Comentada e Comparada**. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 611/612.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 12ª ed., ver., ampl. E atual., São Paulo: JusPodivm, 2021, p. 772.

MARÇAL, Justen Filho. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1.623.

BITTENCOURT, Sidney. **Nova Lei de Licitações passo a passo**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 116.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêrasde. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** - Lei de Segurança para a Inovação Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 65.

OLIVEIRA, Fernão Justen. **Dosimetria do Sancionamento Administrativo**, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Anotada, Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Volume II, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho et. al. (org.), São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 205/206.

HIRSCH, Glaicon Joel. **Fiscalização e processo administrativo à luz da constituição da república**. Rio de Janeiro: AIDE, 1ª ed, 2003, p.66/67.

ALMEIDA, Herbert. **Nova Lei de Licitações e Contratos – ESQUEMATIZADO**, Estratégia Concursos, 2021, p. 224.

BRASIL. **Lei 14.133, de 01 de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>; Acesso em 6 jul 2022.

BRASIL. **Lei 13. 655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>; Acesso em 7 jul 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-36, out./dez. 2012.

ZENITE. Equipe Técnica da Zênite. **Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, o que prevê a nova lei de licitações?** Blog Zênite, 2022. Disponível em: <<https://zenite.blog.br/sobre-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-o-que-preve-a-nova-lei-de-licitacoes/>>; Acesso em: 04/10/2022.

BRASIL. Advocacia-Geral da União, Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/acesso-a-informacao/governanca/Gestao-de-Riscos/biblioteca/Normativos/instrucao-normativa-conjunta-no-1-de-10-de-maio-de-2016-im-prensa-nacional.pdf/view>>; Publicado em: 11/05/2016. Acesso em: 14 jul. 2022.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Modelos de Convênios, Licitações e Contratos**. Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/assuntos-1/modelos-de-convenios-licitacoes-e-contratos>>; Acesso em 27 jul. 2022.

BRASIL. **Advocacia-Geral da União**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/orientacao-normativa-agu-n-69-de-13-de-setembro-de-2021-*346786524>; Publicado em: 23/09/2021. Acesso em: 23 jul. 2022.

BRASIL. DL nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>; Acesso em: 24 jun 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm>; Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da União, Brasília, 22 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm>; Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. **DECRETO 9.830, de 10 de junho de 2019.** Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>; Acesso em: 3 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021.** Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm>; Acesso em: 24 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de outubro de 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm>; Acesso em: 24 jun 2022.

BRASIL. **Lei Nº 9.784 , de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>; Acesso em: 03 jul. 2022.

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 e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>; Acesso em: 03 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 10 de junho de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jun. 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>; Acesso em: 03 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **10 passos para a boa gestão de riscos, Cartilha, Manual ou Tutoria.** Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/10-passos-para-a-bom-gestao-de-riscos.htm>>; Publicado em 1/1/2018. Acesso em: 12 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Cartilha, Manual ou Tutorial**. Tema: Administração. Gestão de Riscos: Avaliação da Maturidade. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/gestao-de-riscos-avaliacao-da-maturidade.htm>>; Publicado em: 17/01/18. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Tema: Referencial de Combate a Fraude e Corrupção**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/A0/E0/EA/C7/21A1F6107AD96FE6F18818A8/Referencial_combate_fraude_corrupcao_2_edicao.pdf>; Publicado em: 14/11/18. Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Temas em Destaque**. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/institucionais/arquivos/cgu-metodologia-gestao-riscos-2018.pdf/@download/file/cgu-metodologia-gestao-riscos-2018.pdf>>; Acesso em: 03 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Tema: Contratações Públicas Cartilha, Manual ou Tutorial, 10 Passos para a Boa Gestão de Riscos**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/10-passos-para-a-boua-gestao-de-riscos.htm>>; Publicado em: 01/01/2018. Acesso em: 04 de jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Educação e eventos, Critérios Gerais de Controle Interno na Administração Pública Um estudo dos modelos e das normas disciplinadoras em diversos países**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio>>; Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Listas de Verificação**. Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/modelos/licitacoescontratos/14133/listas-de-verificacao>>; Publicado em: 31/07/2020. Atualizado em: 07/06/2022. Acesso em: 27 jul.2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 180/2021**. Plenário. Relator: Ministro RAIMUNDO CARREIRO. Sessão de 4/4/2001. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2453612/NUMACORDAOINT%20asc/0>; Data da sessão: 03/02/2021. Acesso em: 1º jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Fiscalização e Controle, Seleção de objetos e ações de controle**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/con>

tas-e-fiscalizacao/controle-e-fiscalizacao/auditoria/selecao-de-objetos-e-acoes-de-controle/;> Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1139/2022** - PLENÁRIO, Relator: AROLDO CEDRAZ. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2515226/NUMACORDAOINT%20asc/0>; Data da sessão: 25/05/2022. Acesso em: 15 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 272/2019** - PLENÁRIO, do Relator: BRUNO DANTAS, sessão em: 13/02/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2342665/NUMACORDAOINT%20asc/0>; Data da sessão: 13/02/2019. Acesso em: 15 jul. 2022.

Globo.com, G1, **Economia**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/05/07/estudo-do-bid-diz-que-brasil-gasta-muito-e-gasta-mal-ineficiencias-somam-us-68-bilhoes-por-ano.ghtml>>; Publicado em 07/05/2019. Acesso em: 04/7/2022.

JORNAL VALOR ECONÔMICO. **Judiciário e empresas abandonam o 'juridiquês', Decisões e contratos são traduzidos para facilitar compreensão**. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2022/02/21/judiciario-e-empresas-abandonam-o-juridiques.ghtml>>; Acesso em 9/7/2022.

JOTA.info. **Controle Público**. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/03/10.03.21-Resolucao-315-do-TCU_-inicio-de-uma-revolucao-no-controle_JOTA.pdf>; Acesso em: 6 set. 2021. Acesso em: 9 jul. 2022.

CAPÍTULO XIV

BRASIL. **DECRETO Nº 9.830/2019, de 10 de junho de 2019** (Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9830.htm>; Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. [S. l.], 9 set. 1942. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>; Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. DECRETO-LEI No 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm>; Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. LEI Nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm>; Acesso em: 23 ago. 2023.

BRASIL. LEI Nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942** (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. [S. l.], 26 abr. 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm>; Acesso em: 22 ago. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 26ª ed. Rev. e Atualizada. Parte Geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. (P. 373 e 397).

GOMES, Luís Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição:** e a evolução da teoria causal naturalista para a teoria finalista da ação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 184.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral, volume I / Rogério Greco. – 17. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2015. (P. 249, 251, 258 e 355).

JORDÃO, Eduardo; TRISTÃO, Conrado. **O que é erro grosseiro para o TCU?** A segurança jurídica é obra coletiva de legisladores e controladores. In: ROSILHO, André. (Org.). Direito Administrativo e Controle de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 277-278. ISBN 978-65-5518-491-4.

MORAES, Alexandre Rocha A. de. **Direito Penal:** Parte Geral. 1ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. ISBN 978-65-5518-195-1. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/login>>; Acesso em: 22 ago. 2023 (P. 201, 207 e 208).

NIEBUHR, Joel de Menezes. **O erro grosseiro** – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do Tribunal de Contas da União. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 298, p. 1187-1192, dez. 2018.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo** - 6. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2023. (Coleção Fórum Menezes Niebuhr) ISBN: 978-65-5518-517-1 Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/v2/livro/L1250/E4760/38209>>; Acesso em 23 ago. 2023 (P. 486, 487, 498, 499 e 504).

ZÊNITE FÁCIL. **QUAIS OS RECENTES entendimentos do TCU sobre configuração de erro grosseiro, que pode gerar a responsabilização do agente público?** Zênite Fácil, categoria Perguntas e Respostas, fev. 2020. Disponível em: <<http://www.zenitefacil.com.br>>; Acesso em: 30 ago. 2023.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Erro grosseiro no processo da contratação pública.** Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 308, p. 975-992, out. 2019, seção Doutrina.

Organizadores

JOÃO VICENTE LEITÃO

Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR (1990). Pós-Graduado em Gerência Executiva pela Universidade de Taubaté (UNITAL/USP) (1995). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR (2008). Membro da Comissão de Direito Tributário da OAB-CE (2010). Assessor Jurídico da Secretaria do Trabalho e Desenvolvimento Social do Estado do Ceará (STDS-CE) (2011-2013). Assessor Jurídico da Secretaria do Desenvolvimento Econômico do Município de Fortaleza (SDE-PMF) (2016-2018). Assessor Jurídico do Deputado Evandro Leitão, enquanto Primeiro Secretário da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (2019-2020). Pregoeiro da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (2021-2022). Diretor da Central de Contratações da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (2023-2024).

HENRIQUE NICOLAU NETO

Pós-graduado – Especialização em Licitações e Contratos pela Escola Mineira de Direito – EMD. Pós-graduado – Especialização em Engenharia da Produção pelo Centro de Treinamento e Desenvolvimento - CETREDE e Universidade Federal do Ceará – UFC. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Sete de Setembro – UNI7. Graduado em Gestão de Empresas pela Universidade do Vale do Acaraú – UVA. Foi Gestor de Suprimentos e Presidente da Comissão Permanente de Licitação do SENAC e da Comissão Mista de Licitação do SESC e SENAC. Advogado, membro da Comissão de Acompanhamento de Licitações e Contratos da OAB/CE e atuante em processos licitatórios desde 2006. Assessor Técnico e Secretário da Central de Contratações da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará.

AUTORES

ABRAÃO BEZERRA DE ARAÚJO

Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. MBA em Gestão e Governança pela Escola Superior do Parlamento Cearense - Unipace. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Formação técnica em Análise Contábil pela P&P Treinamentos. Advogado e Professor Universitário.

ANA MARIA FERREIRA SALES E SOUZA

Pós-graduada em Direito do Trabalho, Tributário e Previdenciário pela Faculdade Ateneu. Pós Graduação em Direito Nas Novas Tecnologias pela UNIFOR. Graduada em Direito pela UNIFOR- Universidade de Fortaleza, Graduação em Língua Espanhola pela UFC- Universidade Federal do Ceará, Atuação como Procuradora Jurídica município de Aquiraz/CE até 2009, e Assessor Técnico da Central de Contratações da Assembleia Legislativa do Ceará – Setor de Licitação.

CARLOS MAURICIO LOPES AGUIAR

Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, e Pós Graduado em Gestão em Organizações Legislativas pela Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Servidor Público de carreira da Procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Exerceu o Cargo de Secretário da Comissão Permanente de Licitação até 2023. Atualmente exerce a função de Assessoria Parlamentar.

HAMER SOARES RIOS

Graduado em Direito pela UNIFANOR. Integrante da equipe da Central de Contratações da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará.

HENRIQUE NICOLAU NETO

Pós-graduado – Especialização em Licitações e Contratos pela Escola Mineira de Direito – EMD. Pós-graduado – Especialização em Engenharia da Produção pelo Centro de Treinamento e Desenvolvimento - CETREDE e Universidade Federal do Ceará – UFC. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Sete de Setembro – UNI7. Graduado em Gestão de Empresas pela Universidade do Vale do Acaraú – UVA. Foi Gestor de Suprimentos e Presidente da Comissão Permanente de Licitação do SENAC e da Comissão Mista de Licitação do SESC

e SENAC. Advogado, membro da Comissão de Acompanhamento de Licitações e Contratos da OAB/CE e atuante em processos licitatórios desde 2006. Assessor Técnico e Secretário da Central de Contratações da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará.

INGRID LEANDRO BACH AMARAL

Graduanda em Direito pela UNI7. Atuante da equipe da Central de Contratações da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará.

JOÃO CARLOS LEITÃO TEIXEIRA

Pós graduado em Direito Público: Licitações e Contratações Públicas pela Uniamérica. Advogado. Sócio fundador do escritório João Carlos Leitão Advogados Associados. Pregoeiro. Atuante na Central de Contratações da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará.

JOÃO TOMAZ MARTINS DE QUEIROZ

Pós Graduado em "MBA EM GESTÃO E GOVERNANÇA PÚBLICA", pela Escola Superior do Parlamento Cearense (UNIPACE). Pós Graduando em "ADMINISTRAÇÃO LEGISLATIVA", pela Escola Superior do Parlamento Cearense (UNIPACE). Pós Graduando em "LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS", pelo Centro Universitário 7 de Setembro - FA7. Graduado em "DIREITO", pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Advogado. Servidor Público de Carreira. Pregoeiro e Agente de Contratação da Central de Contratações da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará.

JOÃO VICENTE LEITÃO

Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR (1990). Pós-Graduado em Gerência Executiva pela Universidade de Taubaté (UNITAL/USP) (1995). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR (2008). Membro da Comissão de Direito Tributário da OAB-CE (2010). Assessor Jurídico da Secretaria do Trabalho e Desenvolvimento Social do Estado do Ceará (STDS-CE) (2011-2013). Assessor Jurídico da Secretaria do Desenvolvimento Econômico do Município de Fortaleza (SDE-PMF) (2016-2018). Assessor Jurídico do Deputado Evandro Leitão, enquanto Primeiro Secretário da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (2019-2020). Pregoeiro da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (2021-2022). Diretor da Central de Contratações da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (2023-2024).

JORGE GOMES MARINHO

Mestrando em Educação na Formação de Professores – FUNIBER. Especialista em Docência do Ensino Superior Faculdade KURIOS. Contabilista pela UNIFANOR. Graduado em Matemática pela UECE. Servidor Público de carreira e Agente de Contratação da Central de Contratações da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará.

LORENA DE SOUZA TAVARES

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Estácio. Membro da equipe de apoio da Central de Contratações da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Atua com ênfase na área de Direito Administrativo especialmente em Aquisições Diretas e Licitações para o setor público.

POLIANA VANÚCIA DE PAULA ALBUQUERQUE

Mestre em Direito Constitucional Público, pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Pós graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Professora da Disciplina de Direito Constitucional e Direito do Trabalho. Foi Presidente da Comissão Permanente de Licitação do SENAC. Advogada. Membro da equipe de apoio da Central de Contratações da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará.

RAPHAELA VASCONCELOS CLÁUDIO LEITÃO

Pós Graduada em Direito Público Material. Graduada em Direito. Advogada. Atuante na equipe da Central de Contratações da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Interessa-se pelo Direito Administrativo.

RODRIGO MARTINIANO AYRES LINS

Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Especialista em Políticas Públicas para Cidades Inteligentes (Smart Cities) (Usp), em Direito Eleitoral (Puc/MG), em Direito Processual Civil (Unicap) e em Direito Público (Esmape). Atualmente é Procurador-Geral da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará e Professor de Cursos de Pós-Graduação em Direito.



ALECE

**ASSEMBLEIA LEGISLATIVA
DO ESTADO DO CEARÁ**

Mesa Diretora 2023-2024

Deputado Evandro Leitão
Presidente

Deputado Fernando Santana
1º Vice-Presidente

Deputado Osmar Baquit
2º Vice-Presidente

Deputado Danniell Oliveira
1º Secretário

Deputada Juliana Lucena
2º Secretária

Deputado João Jaime
3º Secretário

Deputado Dr. Oscar Rodrigues
4º Secretário



Escaneie o QR CODE
e acesse nossas
publicações