



2^ª EDIÇÃO

NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

LEI 14.133/2021

2024

www.licijur.com.br
contato@licijur.com.br
(51) 99527-2261



EDIÇÃO Nº 02

LICIJUR - SOLUÇÕES PARA GOVERNO

CNPJ Nº 05.097.345/0001-29

Av. Goethe, nº 71, salas 1002, 1004 e 1006.

Porto Alegre/RS

contato@licijur.com.br

www.licijur.com.br

COORDENADORES DO PROJETO

GIOVANI FIGUEIREDO GAZEN

MAURICIO GAZEN

MARCELO GAZEN

EQUIPE RESPONSÁVEL

PRISCILA JARDIM

SANDRO ULGUIM RAMOS

CARLOS PACHECO

LAURA GAZEN

SUMÁRIO

- 1. INTRODUÇÃO (5)**
 - 1.1 Destinatários (5)**
 - 1.2. MEs e EPPs (5)**
 - 1.3. Vigência da Lei e o Regime de Transição (6)**
- 2. NOVOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS PREVISTOS NA LEI Nº 14.133/2021 (6)**
 - 2.1. Da Aplicação das Disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (12)**
- 3. PLANEJAMENTO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS E A FASE PREPARATÓRIA DAS LICITAÇÕES (13)**
 - 3.1 Plano de Contratação Anual (13)**
 - 3.2. Estudo Técnico Preliminar (14)**
 - 3.3. Termo de Referência e Projetos (17)**
 - 3.4. Proibição de Aquisição de Artigos de Luxo (20)**
 - 3.5. Orçamento Sigiloso (21)**
 - 3.6. Análise de Risco e Matriz de Risco (22)**
 - 3.7. Racionalização das Licitações (24)**
 - 3.8. Aprovação Jurídica (25)**
- 4. SUSTENTABILIDADE DAS LICITAÇÕES (26)**
 - 4.1. Margem de preferência para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis e para empresas locais sediadas em pequenos municípios e preferência nos casos de empate para empresas que desenvolvam ações de mitigação (26)**
 - 4.2. Certificações (28)**
 - 4.3. Tratamento dos Impactos Ambientais e Urbanísticos em Contratos de Obras e Serviços de Engenharia (29)**
 - 4.4. Contratação de eficiência e remuneração variável (30)**
- 5. REGIME DE EXECUÇÃO (31)**
- 6. MODALIDADES DE LICITAÇÃO (35)**
- 7. PROCEDIMENTOS AUXILIARES (40)**
 - 7.1. Credenciamento (40)**
 - 7.2. Pré-Qualificação (42)**
 - 7.3. Procedimento de Manifestação de Interesse (42)**
 - 7.4. Sistema de Registro de Preços (43)**

- 7.5. Registro Cadastral (45)**
- 8. CRITÉRIOS DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS (46)**
 - 8.1. Desclassificação (50)**
 - 8.2. Novos Critérios de Desempate (51)**
 - 8.3. Modos de Disputa (54)**
- 9. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (55)**
 - 9.1. Alteração dos Contratos Administrativos (unilateral e bilateral) (57)**
 - 9.2. Equilíbrio Econômico-Financeiro (58)**
 - 9.3. Garantia Contratual (62)**
 - 9.4. Duração dos Contratos Administrativos (64)**
 - 9.5. Reajuste de Preços (66)**
 - 9.6. Extinção dos Contratos (67)**
 - 9.7 Subcontratação (68)**
 - 9.8 Recebimento do Objeto (68)**
 - 9.9 Nulidade dos Contratos (69)**
 - 9.10 Pagamentos (70)**
- 10. INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS (70)**
- 11. IMPUGNAÇÕES, PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS E RECURSOS (72)**
- 12. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS (73)**
- 13. EXIGÊNCIA DE COMPLIANCE PARA A CONTRATAÇÃO PÚBLICA (74)**
- 14. CRIMES EM LICITAÇÕES E EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (75)**
- 15. CONCLUSÃO (79)**
- 16. LINKS FACILITADORES DE ACESSO ÀS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES (80)**

1. INTRODUÇÃO

1.1. Destinatários

De forma bem objetiva, a redação da Nova Lei de Licitações, a qual já está em plena vigência, explica quem são os destinatários desse novo regime: Administração direta da União, Estados, Municípios e Distrito Federal; Autarquias da União, Estados, Municípios e Distrito Federal; Fundações da União, Estados, Municípios e Distrito Federal e Entidades controladas direta ou indiretamente da União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Dessa forma, tanto às empresas públicas quanto às sociedades de economia mista e subsidiárias (aplicação da Lei 13.303/16), quanto às representações diplomáticas no exterior, não se aplica a nova legislação.

1.2. MEs e EPPs

Segundo o art. 4º da Lei, aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123/2006, os quais tratam a respeito da comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, bem como o tratamento diferenciado e simplificado e, não menos importante, os critérios de desempate. Essa é a regra; logo há a exceção.

Segundo a Lei, as disposições a que se refere o art. 4º da Lei de licitações não são aplicadas em duas situações: **(i)** no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte e **(ii)** no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

Uma grande inovação trazida pela Lei está no fato de que a obtenção do benefício a que se refere o art. 4º (regra geral) fica limitada às microempresas e às

empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolam a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.

Portanto, a lei passa a exigir uma nova declaração da licitante de que não tenha extrapolado, dentro do ano que está ocorrendo o certame, o limite previsto na LC n. 123/06 para ser beneficiada com o tratamento diferenciado. Importante registrar que o TCU já vinha se manifestando no mesmo sentido e, agora, com a previsão expressa, torna-se mais consolidada essa exigência.

1.3. Vigência da lei e o regime de transição

O art. 194 da Nova Lei de Licitações e Contratos determina que a norma entraria em vigor na data de sua publicação. Ou seja, a referida lei já está em plena vigência desde o primeiro dia do ano de 2024, tendo sido revogada a Lei 8.666/93.

Importante salientar que a licitação que tenha sido iniciada (procedimento interno) durante a vigência da Lei 8.666/93 podia, a critério do Administrador, ser regida pela Lei já revogada. O contrato administrativo segue o regime definido na licitação, logo, se a Administração lançou edital com base na Lei 8.666/1993, o contrato deve obrigatoriamente ser regido por essa norma durante toda a sua vigência, incluídas as eventuais prorrogações.

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

2. NOVOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS PREVISTOS NA LEI Nº 14.133/2021

Entre as novidades trazidas pela Nova Lei de Licitações, está o vasto rol de princípios jurídicos elencados ao artigo 5º da Lei 14.133/2021, quais sejam; o da

legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável

A Lei 14.133/2021, além de reproduzir os princípios constitucionais já existentes no artigo 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), também replicou a redação dos outros princípios previstos no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 (igualdade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo).

Tem-se que o princípio do interesse público e a proporcionalidade estão subentendidos na antiga Lei 8.666/93, assim como o princípio da celeridade que se encontra na Lei 10.520/2002, conhecida como a lei do pregão.

O **Princípio da Legalidade**, inicialmente, pode ser vinculado com a Administração Pública no sentido de que só é lícito aquilo que o ordenamento jurídico ou lei determina e prevê. Partindo deste entendimento, tem-se duas possibilidades de aplicação do referido princípio, nas quais entende-se que os serviços licitados não devem ferir o ente federativo que irá licitar, e em segunda perspectiva refere-se a modalidades, em que uma licitação deve ser regida por procedimento licitatório previsto em lei, caso contrário, beira a prática de objeto ilícito, que por consequência afronta o princípio da legalidade.

Já o **Princípio da Impessoalidade** aborda as contratações públicas, que devem ser impessoais, sem tratamento diferenciado entre os licitantes e sem favoritismo, a fim de manter a competitividade entre as empresas.

O **Princípio da Moralidade** trata de exigir entre os licitantes a boa-fé em seus atos, sem troca de favores, entre outras ações que caracterizem má-fé em atos relacionados a valores agregados pelo ordenamento jurídico. Não se deve confundir com valores étnicos, sociais ou religiosos, por exemplo, e sim uma postura frente aos interesses da Administração Pública.

O **Princípio da Publicidade** faz referência à transparência entre os envolvidos na licitação, como licitantes e órgãos de controle, sem ações sigilosas, de forma que todos tenham conhecimento dos atos nela praticados.

O conteúdo do **Princípio da Eficiência** tem a ver com a atuação constante em prol da obtenção de resultados satisfatórios, com o melhor uso possível dos melhores instrumentos à disposição do agente público. Além disso, trata-se de cumprir as formalidades processuais de forma capaz de otimizar os resultados que se quer obter, sem apego à formas inúteis que não levam a lugar algum.

Por força do **Princípio do Interesse Público e Probidade Administrativa**, as licitações devem ser realizadas tendo como meta atingir objetivos capazes de beneficiar a coletividade da forma mais ampla possível. Não é legítimo privilegiar injustificadamente determinados destinatários em prejuízo de outros. Da mesma forma, são vedados os favorecimentos a governantes e a equipes de governo determinados.

É trivial que nas licitações prevaleça o interesse público antagonista do direito privado, que em contraposição, o interesse privado pode ser visto como uma vontade individualizada, não levando em consideração o coletivo.

A Probidade Administrativa deve ser analisada no sentido de honestidade, moralidade, boa-fé, por parte dos gestores públicos, que estes devem atuar de forma moral perante os licitantes e para com a própria Administração.

O **Princípio da Igualdade** está expressamente postulado no conhecido caput do artigo 5º da Constituição Federal, que prevê que *"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza"*. No âmbito licitatório, este princípio impõe que todos os licitantes devem possuir as mesmas oportunidades e tratamento, sem diferenciamento entre uns e outros, sem que os atos dos entes públicos configurem beneficiamento.

Incidente sobretudo na fase interna dos procedimentos licitatórios, o **Princípio do Planejamento** indica o dever de alcançar clareza quanto às necessidades da Administração Pública e das adequadas escolhas e utilização dos meios capazes de as satisfazer. Em cumprimento a tal princípio, o poder público e seus agentes devem identificar da melhor forma de qual tipo de bem ou de serviço

existe a necessidade de contratação, bem como se ela é realmente necessária. Pretende-se, com isso, evitar promover procedimentos licitatórios às cegas e em vão, a fim de resguardar o patrimônio público.

O **Princípio da Transparência** preconiza inibir negociações secretas, realizadas sem registro em autos processuais. As interações entre todo e qualquer licitante e a Administração Pública devem ser feitas de modo aberto e transparente, possibilitando que todos tenham conhecimento delas.

O fito do **Princípio da Eficácia** é o de garantir o atingimento de um resultado capaz de satisfazer as necessidades da Administração Pública. Segundo o teor do Princípio da Eficácia, um procedimento licitatório eficaz é aquele no qual se realizou o objetivo final buscado, consistente na contratação, respeitados os demais princípios.

Em decorrência do **Princípio da Motivação**, todos os atos administrativos referentes à licitações e a contratos públicos devem ser adequadamente motivados e justificados. A motivação dos atos administrativos é condição de possibilidade do exercício da ampla defesa e do contraditório diante de toda e qualquer decisão emanada do poder público. Não basta publicar os atos sem informar seus motivos determinantes.

O **Princípio da Segurança Jurídica** preconiza a estabilidade e a previsibilidade das relações jurídicas. As decisões e os entendimentos dados a conhecer em contratações públicas e em licitações devem ser observados e mantidos pelo tempo necessário para que os interessados possam adequar seus comportamentos. Por força desse princípio são vedadas mudanças repentinas de entendimentos sobre questões jurídicas que possam afetar quem se relaciona com a Administração Pública.

O **Princípio da Razoabilidade**, construção jurídica originária dos Estados Unidos da América, determina a observância de um sentido de justiça derivado do senso comum quando da realização de atos jurídicos. Sob a perspectiva de tal princípio, as exigências da Administração Pública no seio de licitações e de contratos públicos devem ser equilibradas e razoáveis, de acordo com um ideal de justiça alcançável pelo homem médio.

O **Princípio da Competitividade** tem total relação com a natureza das licitações, as quais são promovidas tendo em mira a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. As possibilidades de realizar a melhor contratação aumentam de modo diretamente proporcional ao aumento do número de propostas feitas em um certame. Assim, quanto maior for o número de participantes, maior será sua competitividade e, conseqüentemente, maior será o benefício do ente promotor da disputa.

O **Princípio da Proporcionalidade**, de origem europeia, contém a meta de agir de acordo com senso de justiça mais refinado do que aquele preconizado pelo Princípio da Razoabilidade. A aplicação do Princípio da Proporcionalidade envolve o exame de três critérios, em etapas sucessivas, quais sejam: adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito.

É conhecida a tradicional morosidade dos procedimentos licitatórios de forma geral. Com o objetivo de mudar esse cenário, o **Princípio da Celeridade** foi inscrito na Nova Lei de Licitações. Mesmo que a mera existência textual do princípio em questão no diploma não tenha o condão de provocar uma transformação imediata, servirá como fundamento jurídico para que os interessados exijam trâmite mais célere dos certames.

O **Princípio da Economicidade** determina o cuidado com os recursos econômicos e financeiros do poder público. Tal cuidado pode materializar-se na forma de supressão de etapas inúteis dos procedimentos e na busca ativa por preços menores nas contratações feitas pela Administração Pública, entre outras possibilidades.

O **Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável** é a norma impositiva do dever de cuidado com aspectos ambientais, econômicos e sociais nos procedimentos licitatórios. Os certames devem ser planejados e conduzidos de maneira a evitar a ocorrência de danos ao meio ambiente, à economia nacional e à população, sobretudo de sua parcela menos favorecida, evitando-se e mitigando-se a ocorrência de impactos negativos.

Estas foram regulamentadas pelo Decreto nº 7.746/2012, com as alterações promovidas pelo Decreto nº 9.178/2017, que dissertam o que caracteriza práticas sustentáveis no âmbito das licitações públicas, quais sejam:

Art. 4º [...].

I - baixo impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;

II - preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;

III - maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;

IV - maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;

V - maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;

VI - uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais;

VII - origem sustentável dos recursos naturais utilizados nos bens, nos serviços e nas obras; e

VIII - utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros

originários de manejo florestal sustentável ou de reflorestamento.

Estas contingências deverão ser levadas em consideração nos procedimentos licitatórios conduzidos pela Administração Pública, que podem servir inclusive, para critério de desclassificação de licitantes candidatos.

Assim como o Princípio de planejamento, vinculação ao edital, julgamento objetivo e motivação, o **Princípio da Segregação de Funções** visa a implementação de critérios para a tramitação dos procedimentos licitatórios.

Esta impede que o mesmo agente pratique as ações licitatórias, a identificação da necessidade de licitação, a elaboração do edital e julgamentos das propostas apresentadas, sujeitas a risco e posteriormente fraudes, ou seja, indica que as licitações não são conduzidas de forma centralizada, única, e sim, por vários agentes, de forma complexa.

Diante do exposto, tem-se que os princípios não são meros entendimentos interpretativos colocados à nossa disposição. Eles por si só são normas jurídicas de força coercitiva, na qual com base nestes princípios, muitas decisões jurídicas serão tomadas em casos concretos.

2.1. Da Aplicação das Disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) foi substancialmente alterada pela Lei Federal n.º 13.655/2018, a qual incluiu diversas disposições atinentes ao modo de aplicar normas de Direito Público. As mudanças referidas tiveram o condão de aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, minimizando as consequências do famoso termo "Direito Administrativo do medo".

Tal alteração pode contribuir para uma atuação mais valente dos órgãos que licitam, onde foram fixadas as Leis 8.666/93 (Licitação e Contratos), 10.520/2002 (Pregão) e 12.462/2011 (RDC).

A modificação relevante feita pela Lei Federal n.º 13.655/2018 consiste na exigência de que os agentes públicos justifiquem de forma robusta sua atuação, especialmente ao invalidar ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, devendo indicar explicitamente suas consequências jurídicas e administrativas. Na nova Lei, o contratante privado impulsiona uma início importante, que buscará objetivos próprios, na qual o seu desempenho será avaliado pelo grau de confiança que possui na Administração Pública.

A expressa determinação de observância do conteúdo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro na aplicação da Nova Lei de Licitações, embora seja redundante, tem a útil função de conferir mais segurança aos agentes públicos atuantes em processos licitatórios e em contratações públicas. Por força de tal ordem, é de se esperar que tais pessoas tenham mais tranquilidade para adotar soluções inovadoras, com o objetivo de agilizar e de simplificar processos, sem se prender a formalidades inúteis e ultrapassadas.

Já dizia Rui Barbosa:

"Boa é a lei, quando executada com retidão. Isto é: boa será, em havendo no executor a virtude, que no legislador não havia. Porque só a moderação, a inteireza e a eqüidade, no aplicar das más leis, as poderiam, em certa medida, escoimar da impureza, dureza e maldade, que encerrarem. Ou, mais lisa e claramente, se bem o entendo, pretenderia significar o apóstolo das gentes [São Paulo] que mais vale a lei má, quando inexecutada, ou mal executada (para o bem), que a boa lei, sofismada e não observada (contra ele)."

Desta forma, a Lei 14.133/2021 veio de forma a possibilitar uma maior liberdade de avanços nos contratos administrativos, que apesar de desafiadora, já está sendo colocada em prática.

3. PLANEJAMENTO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS E A FASE PREPARATÓRIA DAS LICITAÇÕES

3.1. Plano de Contratação Anual

O Plano de Contratação Anual objetiva a organização do Ente Federativo no que tange às licitações e contratações que pretende realizar no ano, dentre de suas capacidades. Em outras palavras, é como se fosse uma comparação entre necessidade de contratação x orçamento público.

A elaboração de tal plano é feita pelo Ente Federativo e não por seus órgãos e entidades. Todavia, importante destacar que os entes e órgãos não encontram proibição na nova Lei caso queiram realizar a elaboração do plano de contratação anual.

Vejamos as definições legais acerca do plano em questão:

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

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

O parágrafo primeiro do artigo citado ainda traz a previsão de que, uma vez elaborado o plano de contratação anual, tal documento deverá ser divulgado e mantido à disposição do público por meio eletrônico oficial. Notemos: a elaboração do plano é facultativa, por outro lado, uma vez elaborado, a divulgação é obrigatória:

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

Além do dispositivo acima, a nova Lei ainda traz a previsão de que a fase preparatória do processo licitatório deve ser compatível com o plano de contratação anual:

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:

(...)

Ante tais disposições, e considerando que tem-se no plano de contratação anual uma possibilidade de organização do ente federativo no que diz respeito a compatibilidade entre a necessidade de contratar e o seu orçamento, vê-se em tal previsão legal uma hipótese de organização dos recursos públicos, o que ocasionará em contratações realmente necessárias e que caibam dentro do orçamento disponível no momento.

3.2. Estudo Técnico Preliminar

Antes de adentrar nas especificidades deste ponto, importante mencionar o conceito de Estudo Técnico Preliminar que, neste caso, a própria Lei traz conceito bastante claro e objetivo:

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

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;

Por conseguinte, tem-se a redação do artigo 18 que, além de determinar que o Estudo Técnico Preliminar objetiva definir, de forma fundamentada, a necessidade de determinada contratação afim de caracterizar o interesse público envolvido (tudo com base no plano de contratação anual descrito no ponto anterior), traça outras importantes definições, conforme se colaciona:

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

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

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

III - a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;

IV - o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação;

V - a elaboração do edital de licitação;

VI - a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;

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

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

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

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

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

O § 1º do referido artigo determina, ainda, os elementos que precisam estar presentes no estudo técnico preliminar:

§ 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.

Muito embora a redação do §1º, a qual contém os inúmeros elementos que devem fazer parte do estudo seja a regra, sabe-se que muitas regras possuem suas exceções. Neste caso, a exceção da descrição anterior está no §2º, que determina que ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º precisam estar previstos no estudo. Os demais, desde que mediante justificativa, podem ser dispensados:

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

Ainda, ressalta-se que a nova Lei traz rol de elementos complexos a serem preenchidos ainda no estudo técnico preliminar pelas empresas participantes, além da determinação de apresentar, desde já, posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina, conforme dispõe o inciso XIII do §1º citado acima.

Passa-se, na sequência, à análise do Termo de Referência e Projetos que, conforme será visto, em muito se parece com o aqui descrito.

3.3. Termo de Referência e Projetos

O Estudo Técnico Preliminar analisado no tópico anterior é o momento que antecede a elaboração do Termo de Referência e dos Projetos, conforme determinações do artigo 18 da nova lei de licitações, colacionado novamente:

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;

Igualmente ao tópico anterior, traz-se, antes mesmo de traçar breves considerações, alguns conceitos básicos acerca do presente ponto, todos de acordo com o previsto no artigo 6º da Lei 14.133 que, por si só, já é bastante autoexplicativo. De início, o conceito de Termo de Referência e suas exigências:

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;

Na sequência, o conceito de Anteprojeto com os elementos que deverá conter:

XXIV - anteprojeto: peça técnica com todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico, que deve conter, no mínimo, os seguintes elementos:

- a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, avaliação de demanda do público-alvo, motivação técnico-econômico-social do empreendimento, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado;
- b) condições de solidez, de segurança e de durabilidade;
- c) prazo de entrega;
- d) estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico e/ou projeto da área de influência, quando cabível;
- e) parâmetros de adequação ao interesse público, de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade;
- f) proposta de concepção da obra ou do serviço de engenharia;
- g) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção proposta;
- h) levantamento topográfico e cadastral;
- i) pareceres de sondagem;
- j) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação;

Por último, as definições de Projeto Básico, igualmente com seus respectivos elementos:

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;

Conforme se vê, tais documentos giram em torno do objeto a ser licitado pelo ente público. Dentre outras, as principais diferenças entre eles é que o Termo de referência é necessário quando a licitação versar sobre a contratação de bens e serviços; o anteprojeto, por sua vez, é o procedimento que antecede o projeto básico, o qual conterá todos os subsídios necessários para a elaboração do projeto básico; e, por fim, o projeto básico em si, que versa sobre a contratação de obras e serviços.

Importante mencionar, ainda, que é vedada a realização de obras e serviços de engenharia sem projeto executivo, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do artigo 18 desta Lei, que assim determina:

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

termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos.

Logo, em conformidade com as disposições da nova legislação, se o estudo técnico preliminar tratar sobre a contratação de obras e serviços comuns de engenharia, a especificação do objeto pode ser realizada por meio de termo de referência ou projeto básico, com a condição de que deve ser demonstrada a inexistência de prejuízo no que tange aos padrões de desempenho e qualidade almejados.

3.4. Proibição de Aquisição de Artigos de Luxo

Importante previsão existente na nova Lei de Licitações é a que diz respeito à vedação de aquisição de artigos de luxo por parte da Administração Pública. Tal previsão determina que os itens de consumo a serem adquiridos pela Administração, para fins de suprir as demandas de suas estruturas, devem ser de qualidade comum e não superior àquela necessária para cumprir a finalidade para a qual se destina. Vejamos a redação legal:

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

O mesmo dispositivo legal ainda prevê, no seu § 1º, que caberá aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a definição dos limites para enquadrar os bens como sendo comum ou de luxo:

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

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

3.5. Orçamento Sigiloso

A Lei 14.133 traz, ao longo da redação do artigo 18, que o planejamento e elaboração de uma contratação pela Administração Pública, ainda na fase preparatória do processo licitatório, deverá conter elementos essenciais para o seu trâmite, tais como o orçamento estimado, juntamente das composições de preços que chegaram a tal valor:

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:

IV - o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação;

Esta nova lei, especificamente no artigo 24, determina que este mesmo orçamento estimado da contratação poderá ser sigiloso, desde que para tal ato seja apresentada justificativa:

Art. 24. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, e, nesse caso:

Como bem menciona o artigo, em caso de sigilo, não haverá prejuízo na divulgação do detalhamento dos quantitativos e das informações que se fizerem necessárias para as propostas.

Muito embora esta previsão de orçamento sigiloso já seja, por si só, uma exceção (uma vez que, via de regra, o orçamento é público), ainda contém uma "exceção à exceção", qual seja, a de que este sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo, conforme previsão expressa do artigo 24, inciso I.

3.6. Análise de Risco e Matriz de Risco

A nova lei de Licitações é, como já vem sendo visto, bastante didática com relação às definições de alguns termos, sobretudo àqueles descritos ao longo do artigo 6º, como no caso da Matriz de Riscos, por exemplo, que no seu inciso XXVII determina que é aquela cláusula contratual que define os riscos e as responsabilidades entre as partes, caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, caso ocorram eventos supervenientes. Em outras palavras, significa dizer que a análise de riscos é a identificação e prescrição dos possíveis riscos de determinada obra ou serviço, enquanto a matriz já serve como uma espécie de "distribuição" destes riscos entre as partes envolvidas.

A referida definição de Matriz de Risco no artigo acima citado ainda traz a necessidade desta cláusula conter algumas delimitações, sendo elas:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prorrogação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;
- b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;
- c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

Corroborando com as definições da Lei, cumpre mencionar os ensinamentos de Hamilton Bonatto a respeito do assunto, o qual já descreveu que as contratações implicam no deslocamento de alguns riscos do contrato de obras e serviços de engenharia à empresa contratada, decorrentes das especificidades de cada projeto em si¹.

Ainda no texto da nova Lei de Licitações, o artigo 22 traz definições sobre a Matriz de Risco no que tange ao Edital:

Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.

Além disso, o parágrafo primeiro do artigo mencionado determina que a matriz de risco deverá estabelecer a responsabilidade de cada uma das partes, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso este ocorra durante a execução do objeto contratual. Isto é, como dito no início do tópico, a "distribuição" dos riscos entre as partes.

O parágrafo segundo, por sua vez, determina que o contrato deverá realizar a alocação pela matriz de riscos quanto: (i) às hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento; (ii) à possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual; e (iii) à contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado.

Por fim, cumpre trazer a conhecimento as determinações do parágrafo terceiro do mesmo artigo 22:

¹ BONATTO, Hamilton. Governança e Gestão de obras públicas: do planejamento à pós-ocupação. Belo Horizonte. Fórum, 2018, página 543.

“§ 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.”

Consoante se vê, este dispositivo determina os parâmetros para que haja previsão obrigatória no Edital no que tange à matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.

3.7. Racionalização das Licitações

Um dos aspectos da nova Lei de Licitações é objetivar a uniformização e racionalização de alguns procedimentos.

O artigo 19, em sua redação, atribui os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos, algumas dessas medidas de uniformização e racionalização dos procedimentos, sendo elas, segundo os incisos do referido artigo:

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

Por fim, cumpre ressaltar que o parágrafo terceiro do artigo 19 determina que a não utilização dos padrões previstos no inciso II colacionado acima, e

também do inciso IV, deverá ser justificada de forma escrita, bem como anexada ao juntamente ao processo licitatório em questão.

3.8. Aprovação Jurídica

Outra importante previsão trazida pela nova Lei de Licitações é no que tange à aprovação do processo licitatório pelo setor jurídico da Administração contratante, para fins de, segundo a própria linguagem da lei, controlar previamente a legalidade. Tal previsão passa a estar elencada no artigo 53 e seguintes da Lei 14.133, cujo caput, consoante mencionado, assim determina:

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

A lei é clara ao dispor, no seu parágrafo primeiro, que, durante a elaboração do parecer jurídico pelo assessoramento, *deverá ser apreciado o processo licitatório conforme os critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade, conforme inciso I e que tal manifestação deverá ser feita com linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica, conforme inciso II.*

Encerrada a fase de avaliação jurídica, portanto, a autoridade contratante realizará a divulgação do Edital, cuja publicidade acontecerá no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

Além desta previsão de controle de legalidade na fase instrutória da licitação, a Lei ainda reserva outra atribuição ao órgão de assessoramento jurídico da Administração:

§ 4º Na forma deste artigo, o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes,

adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.

Por derradeiro, cumpre ressaltar que a Lei determina, no parágrafo quinto do mesmo artigo, que a análise jurídica aqui descrita é dispensável nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, a qual 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.

4. SUSTENTABILIDADE DAS LICITAÇÕES

4.1. Margem de preferência para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis e para empresas locais sediadas em pequenos municípios e preferência nos casos de empate para empresas que desenvolvam ações de mitigação

Conforme mencionado no início deste material, um dos princípios trazidos pela nova Lei de Licitações é o Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável, isto é, aquele que impõe aos procedimentos licitatórios o dever de cuidado com relação aos aspectos ambientais, econômicos e sociais.

Corroborando com este Princípio, portanto, a Lei prevê, dentre outras determinações genéricas espalhadas ao longo de seu texto, que poderá ser estabelecida, no processo de licitação, margem de preferência para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, especificamente no artigo 26:

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

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

A referida margem de preferência disposta no caput do artigo 26 poderá ser de até 10% (dez por cento), segundo as delimitações do parágrafo 1º, inciso II. Havendo a necessidade de tal preferência, há expressa previsão legal (artigo 27) de que a cada exercício financeiro será divulgada a relação de empresas favorecidas, juntamente com a indicação dos recursos destinados a isso.

Vale mencionar também que as disposições do artigo 26 da Nova Lei de Licitações foram recentemente regulamentadas pelo Decreto 11.890/2024, o qual dispõe especificamente sobre a aplicação da margem de preferência no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e institui a Comissão Interministerial de Contratações Públicas para o Desenvolvimento Sustentável.

Indo um pouco mais além do benefício da preferência aqui descrito, a Lei 14.133 ainda traz a previsão de critérios de desempate que vão ao encontro do Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável. Por primeiro, há os critérios gerais previstos no artigo 60, por ordem de preferência, quais sejam:

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

I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

O inciso III também foi recentemente regulamentado pelo Decreto 11.430/2023, o qual dispõe sobre a exigência, em contratações públicas, de percentual mínimo de mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica e sobre a utilização do desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho como critério de desempate em licitações, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Na sequência há o parágrafo primeiro do artigo supracitado, o qual traz, dentre outros critérios de desempate, àquelas empresas que comprovem práticas de mitigação em conformidade com a Lei 12.187/2009:

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

I - empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize;

II - empresas brasileiras;

III - empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

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

A referida Lei citada pelo inciso IV no critério de desempate para as empresas que comprovem a prática de mitigação trata sobre a Política Nacional sobre Mudança do Clima². Cumpre lembrar que a prática da mitigação de riscos, em suma, significa as estratégias que determinada empresa adota para identificar os riscos que a sua atividade econômica imputa ao meio ambiente e, com isso, objetiva a adoção de medidas para minimizar os impactos ambientais negativos.

4.2. Certificações

A Nova Lei de Licitações ainda traz, ao longo de seu texto e, especificamente no artigo 42 e seguintes, que será admitida à empresa participante comprovar a qualidade dos produtos apresentados com as seguintes formas:

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:

III - certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar que possibilite a aferição da qualidade e da conformidade do produto ou do

² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm

processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, emitido por instituição oficial competente ou por entidade credenciada.

Conforme se nota, a Lei está permitindo que a empresa comprove tal qualidade não só por meio de certificação ou certificados, mas também por meio de laudo laboratorial ou outro documento similar emitido pela instituição competente, desde que possibilite se aferir as especificidades do produto.

4.3. Tratamento dos impactos ambientais e urbanísticos em contratos de obras e serviços de engenharia

Importante previsão legal trazida pela Lei 14.133 é no que tange à previsão de tratamento dos impactos ambientais e urbanísticos em contratos de obras e serviços de engenharia que, em outras palavras, significa dizer, em consonância com os tópicos anteriores, que as empresas participantes do procedimento licitatório devem objetivar, sempre que possível, desenvolver e praticar o seu objeto social da forma menos agressiva para o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Tal previsão está inserida no artigo 45 e seguintes da referida Lei:

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

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - utilização de produtos, de equipamentos e de serviços que, comprovadamente, favoreçam a redução do consumo de energia e de recursos naturais;

IV - avaliação de impacto de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V - proteção do patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas;

VI - acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Conforme se vê, a Lei traz como sendo um tratamento aos impactos ambientais e urbanísticos em contratos de obras e serviços de engenharia, além de outras previsões, o de dar a finalidade correta aos resíduos sólidos utilizados, bem como a utilização de produtos e também equipamentos que favoreçam a redução do consumo de energia e recursos naturais.

Cada vez mais há a necessidade de se preservar os recursos naturais e o meio ambiente ecologicamente equilibrado e, em consonância com isso, tem-se as previsões da nova Lei que, conforme visto, visam assegurar tratamentos que mitiguem os impactos negativos que as obras e serviços de engenharia em procedimento licitatórios podem causar.

4.4. Contratação de eficiência e remuneração variável

Por fim e ainda dentro do tema do objetivo da sustentabilidade no qual gira a nova Lei de Licitações, há a importante previsão de contratação de eficiência por parte da Administração, bem como a remuneração variável com base no atendimento de alguns aspectos.

A própria Lei, como antes já mencionado, traz alguns conceitos objetivos e didáticos, como no caso da contratação de eficiência:

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

LIII - contrato de eficiência: contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada;

Contratação de eficiência significa dizer que a empresa contratada assumirá algumas obrigações de tal contratação, de modo a gerar uma economia para a Administração contratante, a qual será, por conseguinte, remunerada com base no percentual de economia que gerou.

Nesta seara, determina o artigo 39 da Lei que no julgamento por maior retorno econômico será considerada a maior economia para a empresa, e reforça a ideia de que a remuneração será efetivada com base em tal economia:

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

Por fim, nesta mesma linha de sustentabilidade, economia e remuneração, tem-se as determinações da Lei no que tange à remuneração variável, para a qual colaciona-se o artigo 144:

Art. 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.

Consoante se vê, há previsão específica de que na contratação de obras, fornecimentos e serviços (que engloba a área da engenharia) poderá haver a remuneração variável vinculada à, dentre outros critérios, sustentabilidade ambiental. Isto é, neste casos, poderá ser reajustada a remuneração da contratada, uma vez que sua atividade vai ao encontro de tais determinações, dentre elas a de exercer a sustentabilidade ambiental.

5. REGIMES DE EXECUÇÃO.

Há duas formas distintas de a Administração executar suas atividades: a direta e a indireta.

A execução direta ocorre quando a Administração Pública utiliza seus próprios meios, como bens, materiais e pessoal, para realizar uma tarefa específica,

sem contratar terceiros. Esse modelo é comumente utilizado em convênios, parcerias e outros acordos nos quais a Administração Pública realiza diretamente o objeto em questão.

Já a execução indireta está relacionada ao processo de licitação. Nesse caso, a Administração não executa diretamente a tarefa, contratando, em vez disso, um terceiro para alocar bens, serviços e/ou pessoal sob sua responsabilidade, a depender da natureza do contrato. A Administração apenas supervisiona e fiscaliza.

Diferentemente da Lei n. 8.666/1993, que preocupava-se em conceituar as duas formas de execução, a Nova Lei de Licitações não se delonga sobre a execução direta, mencionando-a uma única vez – o que não surpreende, visto tratar-se de uma norma que regulamenta as licitações. De fato, na Lei n. 14.133/2021, a execução direta é referida apenas nas hipóteses de rescisão do contrato administrativo por culpa do particular, na forma do § 1º do artigo 139:

139, § 1º. A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II do caput deste artigo ficará a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta.

Com relação à execução indireta, a Nova Lei estabelece sete modalidades distintas no rol do artigo 46, a saber:

- (i) empreitada por preço unitário;
- (ii) empreitada por preço global;
- (iii) empreitada integral;
- (iv) contratação por tarefa;
- (v) contratação integrada;
- (vi) contratação semi-integrada e
- (vii) fornecimento e prestação de serviço associado.

Destas, a maioria já era conhecida e contavam com previsão em normativas esparsas: na Lei n. 8.666/1993, na Lei n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas) e na Lei n. 13.303/2016 (Lei das Estatais). A Nova Lei parece ter somente consolidado todos esses regimes, reunindo-os em um único rol, com algumas diferenciações e limitações, mas sem alterações substanciais.

Há, no entanto, uma especial diferenciação na Lei n. 14.133/2021 em relação ao tipo de contratação em que tais regimes são aplicados. Isto porque a Lei n. 8.666/1993 dispunha, na forma do revogado artigo 10, que "as obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas [...]". Contudo, a Lei n. 14.133/2021 relega tais regimes de execução apenas às "obras e serviços de engenharia". Ou seja, enquanto na Lei n. 8.666/1993 o regime de execução era amplo e contemplava serviços em geral e obras, na nova lei limitou-se às obras e serviços de engenharia.

No que tange aos regimes, não houve inovação nas modalidades de empreitada. Trata-se, em essência, dos mesmos institutos já previstos anteriormente na Lei n. 8.666/1993, sem nenhuma alteração significativa.

O mesmo vale para o regime de contratação por tarefa, que, aliás, dada a sua baixíssima aplicação prática, poderia ter sido perfeitamente extirpado sem qualquer reflexo prático na praxe das contratações públicas, diga-se – mas acabou sendo mantido, sem alterações.

A contratação integrada, novidade na Lei n. 14.133/2021, estava prevista anteriormente na Lei n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações) e, mais recentemente, foi introduzida na Lei n. 13.303/2016 (Lei das Estatais). Ela é definida da seguinte forma:

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.

O regime é bastante parecido com o da empreitada integral, diferenciando-se, na essência, porque na contratação integrada o particular

assume, além da execução da obra, a responsabilidade por elaborar o projeto básico e executivo com base em um anteprojeto feito pela Administração Pública na forma do § 2º do artigo 46 da Lei n. 14.133/2021.

Tanto na contratação integrada quanto na semi-integrada, há alguns requisitos a serem cumpridos. Segundo a lei, nessas duas espécies o edital e o contrato, sempre que for o caso, deverão prever as providências necessárias para a efetivação de desapropriação autorizada pelo poder público, bem como:

- I - o responsável por cada fase do procedimento expropriatório;
- II - a responsabilidade pelo pagamento das indenizações devidas;
- III - a estimativa do valor a ser pago a título de indenização pelos bens expropriados, inclusive de custos correlatos;
- IV - a distribuição objetiva de riscos entre as partes, incluído o risco pela diferença entre o custo da desapropriação e a estimativa de valor e pelos eventuais danos e prejuízos ocasionados por atraso na disponibilização dos bens expropriados;
- V - em nome de quem deverá ser promovido o registro de imissão provisória na posse e o registro de propriedade dos bens a serem desapropriados.

Já especificamente quanto à 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.

Quanto à espécie de regime de execução indireta "fornecimento e prestação de serviço associado", a própria lei a conceitua no art. 6º, XXXIV: regime de contratação em que, além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado.

Segundo o que se extrai da lei e da doutrina, essa espécie tem como objetivo garantir a otimização de custos e eficiência no que se refere a contratações de objetos que naturalmente exigem manutenções constantes, como salas de

refrigeração, de alta segurança, ou da operação como centros comerciais e complexos esportivos e eventos. Segundo o art. 113 da nova lei de licitações esse tipo de contrato "terá sua vigência máxima definida pela soma do prazo relativo ao fornecimento inicial ou à entrega da obra com o prazo relativo ao serviço de operação e manutenção, este limitado a 5 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto inicial, autorizada a prorrogação na forma do art. 107 desta Lei".

Nota-se que poderia ser essa espécie mais bem explorada. Certamente, ficará a cargo da doutrina e da melhor jurisprudência buscar interpretação a respeito de eventuais conflitos de interesses que possam acontecer ao aplicar essa espécie.

6. MODALIDADES DE LICITAÇÃO

No que diz respeito às modalidades de licitações, a nova norma legal trouxe inovações das quais se destaca:

- a) a extinção das modalidades de licitação da tomada de preços e do convite;
- b) a promoção do pregão como importante modalidade de licitação;
- c) a inversão de fases da concorrência, que agora conta com a fase de propostas ocorrendo antes da fase de análise de habilitação, a exemplo do que já ocorria nos pregões e;
- d) a criação da modalidade do diálogo competitivo.

Neste sentido, observar-se-á que o artigo 17 da Lei 14.133 dispõe sobre o trâmite regular das licitações com a fase de propostas ou de lances ocorrendo antes da fase de habilitação, embora seja permitido, que, mediante ato motivado estas fases sejam invertidas:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:
I - preparatória;

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

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

A ocorrência da fase de apresentação de preços antes da fase de habilitação, que é uma medida que já era adotada pela antiga Lei do Pregão, a Lei 10.520/2002, visa a simplificação do procedimento licitatório, fazendo com que as eventuais concessões de diligências e as acaloradas "disputas recursais" possam ocorrer somente em relação à empresa que se encontra no primeiro lugar no certame, evitando-se o trancamento do procedimento licitatório por empresas cujas propostas não são as mais vantajosas à Administração Pública, o que contribuiu para o dinamismo dos processos licitatórios.

O artigo 28 da Nova Lei de Licitações, por sua vez, é o responsável por listar as modalidades de licitação admitidas, as quais são: o pregão; a concorrência, o concurso, o leilão e o diálogo competitivo:

- Art. 28. São modalidades de licitação:
- I - pregão;
 - II - concorrência;
 - III - concurso;
 - IV - leilão;
 - V - diálogo competitivo. (...)

Na sequência, observar-se-á, resumidamente, as características de cada modalidade de licitação.

6.1. Do pregão.

O pregão possui importante aplicação na Nova Lei, no sentido de que a legislação conduz este procedimento a ser o utilizado na maior parte dos casos. O

artigo 6º, inciso XLI, da Lei 14.133/2021, determina que o pregão é "a modalidade de licitação **obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns**, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto"

Da mesma forma, o artigo 29 da Lei 14.133/2021 determina que o pregão deve ser adotado "sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado", o que, em suma, se traduz como **bens e serviços comuns**.

O mesmo artigo 29 da Lei 14.133/2021 também estabelece que o pregão segue ao trâmite regular das fases de uma licitação, estabelecido pelo supracitado artigo 17 do mesmo diploma legal.

Do trâmite natural de um pregão destaca-se que a **disputa de lances se dá por meio de um "leilão", lato sensu, em que as licitantes podem oferecer diversos lances, dentro de um determinado período de tempo**, tentando oferecer a proposta mais vantajosa à Administração Pública.

6.2. Da concorrência.

A concorrência é, segundo o artigo 6º inciso XXXVIII, da Lei 14.133/2021:

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

- a) menor preço;
- b) melhor técnica ou conteúdo artístico;
- c) técnica e preço;
- d) maior retorno econômico;
- e) maior desconto; (*grifos nossos*)

Desta forma, a concorrência é, na prática, a modalidade de licitação que deve ser utilizada nas ocasiões, em geral, em que o pregão não puder ser utilizado, ou seja, nos casos de aquisições de **bens e serviços especiais** e/ou em que o

critério de julgamento precise de análise da técnica ou do maior retorno econômico.

O parágrafo único do artigo 29 da Lei 14.133/2021 consigna que:

Art. 29, §. O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea "a" do inciso XXI do caput do art. 6º desta Lei³.

Da mesma forma, o artigo 29 da Lei 14.133/2021 estabelece que a concorrência também segue o trâmite regular das fases de uma licitação, estabelecido pelo supracitado artigo 17 do mesmo diploma legal.

Procedimentalmente, após as alterações da concorrência na Nova Lei de Licitações, a diferença entre o pregão e a concorrência é que **na concorrência os licitantes apresentarão uma proposta única, em lance fechado**, enquanto que no pregão as licitantes podem apresentar diversos lances dentro de um período determinado.

6.3. Do concurso.

Em primeiro lugar, há que se ressaltar que **a modalidade de licitação concurso não é o concurso público para seleção de pessoal**, o conhecido concurso público, *latu sensu*, em que os cidadãos prestam provas para disputar a contratação por um ente da administração pública direta ou indireta.

A modalidade de licitação concurso se destina à "*escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor*", segundo o artigo 6º, inciso XXXIX da Lei 14.133/2021.

³ Art. 6º, XXI, a) serviço comum de engenharia: todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens;

Assim sendo, esta modalidade de licitação é usualmente utilizada para a aquisição de projetos, por exemplo. Há que se ressaltar que, no concurso, os licitantes produzem, mediante as condições previstas em edital, o seu trabalho, como um projeto - no caso exemplificado - e lhe apresentam, pronto, à Administração Pública que escolhe o melhor dentre os apresentados e paga um prêmio ao vencedor, o que significa que, **o concurso não gera uma contratação, ele é a simples compra de um trabalho pronto, o que difere de uma eventual contratação para a futura produção de um trabalho, ocasião em que devem ser utilizadas as modalidades de licitação do pregão ou da concorrência.**

Portanto, o concurso, a grosso modo, é uma licitação de "recompensa", julgada por meio da técnica. De forma que o poder público estabelece, por exemplo, que quem fizer o melhor projeto para reforma de uma praça pública receberá o prêmio, mediante a cessão de todos os direitos do projeto para o órgão licitador.

6.4. Do leilão.

O leilão, auto-explicado pelo seu próprio nome, é a modalidade de licitação em que **a Administração Pública aliena (vende) bens** originalmente seus ou apreendidos, conforme descrito pelo artigo 6º, inciso XL, da Lei 14.133/2021.

No leilão, os licitantes disputam o bem leiloado por meio de inúmeros lances sucessivos, até que se encontre a proposta mais vantajosa à Administração Pública.

Salientar-se-á que, na modalidade de licitação leilão, a Administração Pública deve respeitar diversos critérios de publicidade quanto ao bem que está sendo alienado e quanto ao tratamento isonômico dos licitantes enquanto que, aos licitantes apenas cabe disputar o bem por meio de lances e fazer o pagamento do valor proposto, em caso de vitória, para que adquira o bem, sem haver a necessidade de credenciamento prévio ou de habilitação, conforme determina o artigo 31 da Lei 14.133/2021.

6.5. Do diálogo competitivo.

Esta modalidade de licitação, que é uma inovação da Nova Lei de Licitações, segundo o artigo 6º, inciso XLII, da Lei 14.133/2021, é a modalidade de licitação destinada à contratação de obras, serviços e compras, em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados para desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades.

O artigo 32, inciso I, da Lei 14.133/2021, por sua vez, determina que esta licitação deve ser utilizada nas ocasiões o objeto envolva:

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

Em uma tentativa de tornar simples a confusa letra da lei sobre o tema, podemos definir que o diálogo competitivo é a licitação ideal para as ocasiões em que a **Administração Pública tenha uma determinada necessidade porém não saiba como satisfazê-la**, motivo pelo qual, em um edital, especifica-se a necessidade da Administração Pública e abre-se um diálogo com os licitantes pré-selecionados (empresas candidatas que comprovaram a expertise no ramo) em que, neste diálogo, estas empresas apresentam soluções para a demanda proposta.

Após isto, a Administração Pública escolhe uma ou mais soluções que lhe agradem, assim como pode unir partes de diferentes soluções, e publica um outro edital, em que as soluções escolhidas são especificadas e os mesmos licitantes pré-selecionados participam da licitação, com disputa por meio de propostas, em que o vencedor contrata com o Poder Público para a execução do objeto.

7. PROCEDIMENTOS AUXILIARES

7.1. Credenciamento

O credenciamento está disposto no artigo 79 da Nova Lei de Licitações. Destina-se à contratação de licitantes previamente credenciados pela Administração Pública após chamamento público com previsão das condições padronizadas de contratação.

Na prática, os credenciamentos não são novidade, pois existiam e eram utilizados amplamente por diferentes entes licitantes. Ele é muito útil para as situações em que é possível à administração selecionar todos os particulares que atendam aos requisitos necessários para o fornecimento de um bem ou serviço específico, facilitando assim futuras contratações.

Como ele revela uma hipótese em que a competição não faz qualquer sentido, costumava ser enquadrado no âmbito da inexigibilidade de licitação. A nova Lei de Licitações, por sua vez, previu o credenciamento como uma das formas de procedimentos auxiliares.

O credenciamento pode ser utilizado nas seguintes hipóteses de contratação:

I - paralela e não excludente (caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas);

II - com seleção a critério de terceiros (caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação);

III - em mercados fluidos (caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação).

A Administração Pública deverá manter cadastro permanente de interessados, os quais poderão ser demandados de acordo com o interesse e a necessidade do setor público. Se o objeto não permitir contratar de forma imediata e simultânea todos os credenciados, a demanda deverá ser dividida, com respeito a critérios objetivos de distribuição.

Os procedimentos de credenciamento foram definidos no Decreto Nº 11.878/2024.

Determina o Decreto que o processo ocorrerá por meio do compras.gov.br e terá fases como preparatória, divulgação do edital, registro de participação, habilitação, recurso e divulgação da lista de credenciados.

Os interessados devem estar cadastrados no SICAF e apresentar requerimento de participação indicando sua intenção. É proibida a participação de pessoas ou empresas impedidas de contratar com a administração pública ou que tenham vínculos com agentes públicos.

O credenciamento não obriga a administração pública a contratar as empresas credenciadas. Em caso de contratação, podem ocorrer de forma paralela e não excludente, com seleção a critério de terceiros ou em mercados fluidos.

O resultado do processo será publicado e disponibilizado no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). O descredenciamento pode ocorrer por pedido do credenciado, perda de condições de habilitação, descumprimento contratual ou sanção superveniente.

Os credenciados estão sujeitos a sanções previstas na Lei nº 14.133, de 2021, e no edital, com direito ao contraditório e à ampla defesa.

7.2 Pré-Qualificação

A Pré Qualificação, prevista no artigo 80 da Nova Lei de Licitações, é o método por meio do qual a Administração Pública seleciona, de forma prévia, licitantes detentores das necessárias condições de habilitação para participar de licitações que venham a ocorrer. A participação em tais certames poderá ser restrita aos licitantes pré-qualificados. Também é possível a pré-qualificação de bens que se adequem às exigências técnicas e qualitativas estabelecidas pela Administração Pública.

A Pré-Qualificação poderá ser total ou parcial, de acordo com parâmetros que envolvam alguns ou todos os requisitos técnicos ou habilitatórios necessários à

contratação, com respeito à igualdade de condições entre os concorrentes. As listas dos licitantes e dos bens pré-qualificados deverão ser divulgadas e mantidas à disposição do público.

7.3 Procedimento de Manifestação de Interesse

A Nova Lei de Licitações (artigo 81) prevê a possibilidade de a Administração Pública utilizar o Procedimento de Manifestação de Interesse para a contratação de bens e de serviços. O uso de tal procedimento já é comum em projetos de desestatização, concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas.

De acordo com o artigo 81 da Nova Lei de Licitações, o poder público pode, por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse, solicitar à iniciativa privada "a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento."

O Procedimento de Manifestação de Interesse é prévio à realização dos certames com relação aos quais se o pretenda adotar. A feitura, pela iniciativa privada, de estudos e demais trabalhos assemelhados no seio do tipo de procedimento em questão não dá direito de preferência ao realizador no processo licitatório nem implica, por si só, direito a ressarcimento de valores despendidos em sua elaboração. Os trabalhos em comento não obrigam o poder público a realizar a licitação, porém, quando ela for promovida, serão remunerados somente pelo respectivo vencedor, vedada a cobrança de valores do poder público.

Para aceitação dos produtos produzidos e dos serviços executados nos Procedimentos de Manifestação de Interesse, a Administração Pública deverá emitir parecer capaz de demonstrar que são adequados às suas necessidades, por critérios de metodologia, de economia e de vantagem.

O Procedimento de Manifestação de Interesse poderá ser restrito a *startups*. Nesse caso, deverá haver validação prévia baseada em métricas objetivas, a fim de demonstrar o atendimento das necessidades do poder público.

7.4. Sistema de Registro de Preços

Pelo procedimento do registro de preços (artigos 82 a 86 da Nova Lei de Licitações), os licitantes que oferecerem a melhor proposta para cada item licitado assinam uma Ata de Registro de Preços. Assinado o documento, o fornecimento dos itens à Administração Pública ocorrerá sob demanda, de acordo com os valores e com as quantidades registradas.

A Nova Lei de Licitações possibilita o uso do Sistema de Registro de Preços para casos de dispensa e inexigibilidade de licitação. Além disso, o novo diploma traz em seu texto a possibilidade de entes federativos que não participaram do certame aderirem às Atas de Registro de Preços de outros entes federativos. Anteriormente, essa possibilidade existia somente no texto do Decreto Federal n.º 7.892/2013.

O Sistema de Registro de Preços, tal como previsto na Nova Lei de Licitações, poderá ser utilizado também para a contratação de bens e de serviços de engenharia. Para tanto, algumas condições devem ser observadas, tais como: prévia realização de pesquisa de mercado, desenvolvimento obrigatório de rotina de controle, atualização periódica dos preços registrados e definição do período de validade do registro de preços.

O Decreto Federal n.º 11.462, de 31 de março de 2023, trata da regulamentação dos art. 82 a 86 da Lei n.º 14.133/2021, para dispor sobre o sistema de registro de preços (SRP) para a contratação de bens e serviços, inclusive obras e serviços de engenharia, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

O referido Decreto representa um avanço na regulamentação do sistema de registro de preços, promovendo maior clareza e eficiência nos processos de

contratação pública. Suas disposições, ao introduzir definições atualizadas, ampliar as possibilidades de adoção do SRP e proporcionar maior controle e aplicação de penalidades, contribuem para uma gestão mais transparente e eficaz dos recursos públicos.

Vejam, a seguir, resumidamente, alguns pontos de alteração no Decreto Federal nº 11.462, em comparação com o revogado Decreto Federal nº 7.892:

- Ampliação das possibilidades de adoção do SRP: Adição de novos casos, como atender à execução descentralizada de programa ou projeto federal, mediante compra nacional ou adesão – o que já ocorria, o novo Decreto apenas esclareceu tipificou a possibilidade.
- Registro de preços sem indicação de quantidade: Permite o registro limitado a unidades de contratação, sem indicação do total a ser adquirido, em situações específicas (quando for a primeira licitação para o objeto e não houver registro de demandas anteriores, no caso de alimentos perecíveis ou no caso em que o serviço estiver integrado ao fornecimento de bens).
- Consulta e deliberação sobre participação em IRPs em andamento: Antes de iniciar um processo licitatório, os órgãos devem consultar e deliberar sobre a conveniência de participar das IRPs em andamento. Trata-se de importante requisito a ser verificado no início do planejamento das contratações, talvez no próprio estudo técnico preliminar, apresentando a alternativa de participação na IRP como uma das formas de encaminhamento da necessidade de contratação. Tal análise deve ser célere, em razão do prazo da IRP.
- Possibilidade de registrar preços diferentes e propostas em quantitativo inferior: O edital pode prever preços diferentes em casos específicos e a possibilidade de o licitante oferecer proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto.
- Vedação à participação em mais de uma ata de registro de preços com o mesmo objeto: Evita participações simultâneas que comprometam a eficiência das atas de registro de preços.

- Atualização de preços e aplicação de penalidades ao fornecedor: Os preços registrados podem ser atualizados em determinadas situações, e o fornecedor pode solicitar a alteração do preço registrado em caso de aumento de custos ou do preço de mercado.
- Exigência de adesão à ata para fins de transferências voluntárias: A adesão à ata de registro de preços por órgãos e entidades estaduais, distritais e municipais pode ser exigida para fins de transferências voluntárias, desde que comprovada a compatibilidade dos preços registrados com os valores de mercado.

7.5. Registro Cadastral

O artigo 87 da Nova Lei de Licitações impõe aos órgãos e às entidades da Administração Pública o dever de utilizarem o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). O objetivo da imposição é o de possibilitar a formação de cadastro unificado de licitantes.

O sistema de registro cadastral unificado criado pela Nova Lei de Licitações será público e deverá ser divulgado de forma ampla, estando permanentemente aberto aos interessados. Anualmente, no mínimo, deverá ser realizado chamamento público pela *internet* para atualização dos registros existentes e para ingresso de novos interessados.

A Administração Pública poderá realizar licitações restritas a fornecedores cadastrados, desde que atendidos os critérios, as condições e os limites regulamentares, além da ampla publicidade dos procedimentos para o cadastramento.

O registro de licitante inscrito no sistema de registro cadastral unificado que deixar de satisfazer as exigências estabelecidas pela Nova Lei de Licitações ou de regulamento poderá ser, a qualquer tempo, alterado, suspenso ou cancelado.

8. CRITÉRIOS DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

No que diz respeito aos critérios de julgamento, a Lei n. 14.133/21 não introduz mudanças significativas. De fato, parece mais uma tentativa de solidificar as práticas já estabelecidas pela Administração Pública, com pontuais adições que podem ser vistas como breves novidades.

A Lei n. 8.666/1993 previa em seu art. 45, §1º e incisos, 04 (quatro) tipos de critérios de julgamentos: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta, nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

Já na Lei n. 14.133, são mantidos tais critérios e apresentados 02 novos, a saber: maior desconto e maior retorno econômico. Além disso, a Lei 14.133/2021 acrescenta ao critério "melhor técnica" o vocábulo "ou conteúdo artístico".

Entretanto, cumpre ressaltar que o maior desconto e o maior retorno econômico não são novidade em certames licitatórios. A Lei nº 12.462/11, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas — RDC, bem como a Lei nº 13.303/16, que trata das empresas estatais, já previam tais critérios de julgamento.

Outra ressalva que deve ser feita é que, conforme já mencionado, a Lei 8.666/93 não previa a expressão "melhor (...) conteúdo artístico", adotada no novo diploma legal. A inclusão é oportuna, na medida em que se busca diminuir a contratação por inexigibilidade no setor artístico e passa a conferir maior competitividade na disputa, com requisitos a serem obedecidos e atendidos pela Administração Pública na escolha do conteúdo buscado.

Vejamos a redação do artigo 33, que trata dos critérios de julgamento:

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

I - menor preço;

II - maior desconto;

III - melhor técnica ou conteúdo artístico;

- IV - técnica e preço;
- V - maior lance, no caso de leilão;
- VI - maior retorno econômico.

Segundo a Nova Lei, o julgamento por **menor preço, maior desconto** ou, quando couber, por **técnica e preço**, considerará o menor dispêndio para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação. Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis.

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

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

O julgamento por **técnica e preço** considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta, tal como determina artigo 36. Aliás, o § 1º do referido artigo determina que este critério será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de:

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

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

III - bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação;

IV - obras e serviços especiais de engenharia;

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

No julgamento por este critério, deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e, em seguida, as propostas de preço apresentadas pelos licitantes, na proporção máxima de 70% (setenta por cento) de valoração para a proposta técnica (§ 2º do art. 36).

Conforme artigo 37, o julgamento por **melhor técnica** ou por **técnica e preço** deverá ser realizado por:

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

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

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

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

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

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

O julgamento por **maior retorno econômico**, utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato (art. 39). Nas licitações que adotarem o critério de julgamento de que trata o caput deste artigo, os licitantes apresentarão (§ 1º do art. 39):

I - proposta de trabalho, que deverá contemplar:

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

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

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

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

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

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

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

8.1. Desclassificação

Majorando o Rol das possibilidade de desclassificação das empresas (art. 59 e seguintes), a Nova Lei de licitações inovou ao prever como hipótese de desclassificação, as quais **(i)** contiverem vícios insanáveis (já previsto na Lei

12.462/11 - RDC); **(ii)** não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital; **(iii)** apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação; **(iv)** não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração (já previsto na Lei 12.462/11 - RDC) e **(v)** apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.

No que diz respeito à terceira e quarta hipótese acima descritas, a Lei n. 14.133/21 traz algumas previsões merecedoras de atenção, a começar pela verificação da conformidade, que poderá ser feita exclusivamente em relação à proposta mais bem classificada, o que faz otimizar tempo e, por certo, celeridade ao procedimento. Se a comissão então se deparar com uma proposta que não pareça ser inexigível, a comissão poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, sob pena de desclassificação.

Por mais que a redação preveja que a administração "poderá" exigir diligências para a verificação da exequibilidade, este escritório mantém o entendimento que não se trata de uma faculdade, mas sim de um poder-dever da administração. Dessa forma, a Administração Pública em regra deve dar ao particular o benefício da dúvida e diligenciar para verificar a exequibilidade da sua proposta, sobretudo para o cumprimento dos antigos e novos princípios da administração pública.

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

Para serem consideradas as propostas inexequíveis no caso de obras e serviços de engenharia, a proposta terá que ser inferior a 75% do valor orçado pela administração, o que representa acréscimo percentual de 5% em relação ao parâmetro fornecido pela Lei n. 8.666/1993.12

Por fim, em consonância com o Princípio da Vinculação dos licitantes ao edital de licitação, serão desclassificadas as propostas que apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável, observando, claro, o princípio do formalismo moderado, para que propostas vantajosas ao interesse público não acabem sendo desclassificadas por um formalismo exagerado da comissão.

8.2. Novos Critérios de Desempate

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

- I - Disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;
- II - Avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais (PNCP) 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;

Não havendo desempate, após exauridos todos os critérios acima, assegura o art. 60, § 1º da nova Lei de Licitações, a preferência aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

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

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

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

No que se refere ao critério estabelecido pelo inciso III do artigo 60, "desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento", este é o primeiro a ser regulamentado efetivamente no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional pelo Decreto nº 11.430/2023.

Diz o art. 5º do referido decreto:

Art. 5º O desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho será critério de desempate em processos licitatórios, nos termos do disposto no inciso III do caput do art. 60 da Lei nº 14.133, de 2021.

§1º Para fins do disposto no caput, serão consideradas ações de equidade, respeitada a seguinte ordem:

I - medidas de inserção, de participação e de ascensão profissional igualitária entre mulheres e homens, incluída a proporção de mulheres em cargos de direção do licitante;

II - ações de promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento entre mulheres e homens em matéria de emprego e ocupação;

III - igualdade de remuneração e paridade salarial entre mulheres e homens;

IV - práticas de prevenção e de enfrentamento do assédio moral e sexual;

V - programas destinados à equidade de gênero e de raça; e

VI - ações em saúde e segurança do trabalho que considerem as diferenças entre os gêneros.

§2º Ato do Secretário de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos disporá sobre a forma de aferição, pela administração, e sobre a forma de comprovação, pelo licitante, do desenvolvimento das ações de que trata o § 1º.

Portanto, o decreto destaca o que são ações de equidade no âmbito da Administração Pública Federal.

Estabelece a normativa que os editais de licitação devem prever o emprego de mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica, em um percentual mínimo de 8% das vagas, para contratação de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra. Esse percentual é aplicável a contratos com um quantitativo mínimo de vinte e cinco colaboradores e deve ser mantido durante toda a execução contratual. Prioriza-se mulheres pretas e pardas, e a indisponibilidade de mão de obra qualificada não caracteriza descumprimento.

Além disso, prevê o decreto a formalização de um acordo de cooperação técnica entre o Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos e o Ministério das Mulheres com as unidades responsáveis pela política pública de atenção a mulheres vítimas de violência doméstica. Esse acordo visa apoiar o cumprimento do percentual mínimo de vagas e garantir a manutenção das mulheres vítimas de violência doméstica entre as empregadas do licitante.

Ainda, o decreto assegura o sigilo da condição de vítima de violência doméstica da mão de obra alocada e veda o tratamento discriminatório à mulher vítima de violência doméstica.

No entanto, ainda se aguarda ato do Secretário de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos para dispor sobre a forma de aferição destes critérios, restando impossibilitado, portanto, no âmbito federal, seu cumprimento até o momento.

Os critérios previstos nos incisos II e IV do artigo 60, avaliação do desempenho contratual prévio e desenvolvimento de programa de integridade, são critérios que ainda pendem de balizas objetivas a serem constituídas pelos entes para a sua aplicação, mostrando-se, por enquanto, deveras subjetivos.

A Instrução Normativa SEGES/ME nº 73, publicada em 03 de outubro de 2022, de observância no âmbito da Administração Pública Federal, que trata da regulamentação referente ao critério de julgamento por menor preço ou maior desconto, na forma eletrônica, para a contratação de bens, serviços e obras, nos termos da Lei nº 14.133/2021, traz as mesmas regras, por óbvio, de desempate

previstas na Nova Lei, perdendo a oportunidade de definir, pelo menos, a forma de comprovação dos critérios que hoje temos como "subjetivos".

Art. 28. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os critérios de desempate previstos no art. 60 da Lei nº 14.133, de 2021.

Parágrafo único. Empatadas as propostas iniciais e não havendo o envio de lances após o início da fase competitiva, aplicam-se os critérios de desempate de que trata o caput.

Vale ressaltar que a Lei nº 14.133/2021 não prevê expressamente a hipótese de sorteio. No entanto, se o edital incorpora essa solução, a forma de realização pode variar, sendo crucial que ela permaneça transparente para os licitantes.

8.3. Modos de Disputa

O modo de disputa poderá ser, isolada ou conjuntamente:

- aberto, hipótese em que os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes;
- fechado, hipótese em que as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação;

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

9. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

DEFINIÇÃO

Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão **as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.**

CARACTERÍSTICAS

- a) A Administração Pública deve ser parte como Poder Público, com supremacia.
- b) Trata de uma relação sempre desigual. Há um procedimento legal para a contratação: licitação, dispensa ou inexigibilidade de licitação.
- c) Tem natureza de contrato de adesão, isto é, o particular aceita ou não é contratado.
- d) É oneroso uma vez que todos os deveres a que se submete o contratado corresponde a obrigação da Administração de pagar o preço ajustado.
- e) Tem natureza *intuitu personae*, isto é, o contrato firmado com alguém especialmente selecionado para este fim, através de licitação.

PRINCÍPIOS NORTEADORES

Autonomia da vontade

A autonomia da vontade significa o poder das partes de contratar aquilo que melhor lhes convier. É a liberdade de contratar e, portanto, de produzir efeitos jurídicos.

Força obrigatória

O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Assim, um contrato válido e eficaz deve ser cumprido.

Supremacia da Ordem Pública

O interesse público é aquele que corresponde a uma proteção da coletividade, prevalecendo sempre ao interesse privado das pessoas, não sendo, portanto, o destinatário do ato da administração apenas um indivíduo, mas sim o grupo social num todo.

Boa-fé contratual

O princípio da boa-fé contratual se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta antes, durante e depois do contrato. É, acima de tudo, uma condição de lealdade de agir.

CLÁUSULAS EXORBITANTES

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

- **Modificação Unilateral do Contrato**
- **Extinção Unilateral do Contrato**
- **Fiscalização da Execução**
- **Aplicação de Sanções Administrativas**
- **Ocupação Provisória de Bens Móveis e Imóveis**

Cumprе ressaltar, todavia, que as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

9.1. Alteração dos contratos administrativos (Unilateral e Bilateral)

Os contratos administrativos podem ser alterados unilateralmente, no exercício de uma prerrogativa da Administração, ou por acordo entre as partes, desde que devidamente justificado nos autos do processo. O art. 124 da Lei 14.133/2021 preceitua que a alteração UNILATERAL pela administração pode se dar nos seguintes casos:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos;
- b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

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

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

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado e vedada a antecipação do pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
- d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

Os limites para acréscimos e supressões são os mesmos da Lei nº 8.666/1993. Ou seja, o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições

contratuais, acréscimos ou supressões de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para os acréscimos será de 50% (cinquenta por cento).

9.2. Equilíbrio Econômico-Financeiro

No campo das relações contratuais, sejam elas privadas ou públicas, tem-se como regra jurídica maior a possibilidade de se rever as regras obrigacionais originalmente pactuadas, sempre que, em decorrência de fatores imprevisíveis e supervenientes ao pacto, se configure quebra do caráter original sinalagmático da relação contratual. Tanto o Contratante como o Contratado poderão argüir a quebra contratual nestas condições, tudo com base na teoria da imprevisão.

A hipótese de alteração bilateral expressa na alínea d do inciso II do artigo 124 da nova lei de licitações estabelece uma cláusula geral do reequilíbrio econômico-financeiro, que abarca diversas situações suscetíveis de alterar a relação originária entre os encargos e as vantagens do particular contratado, ***“em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato”***.

Assim, para que seja possível a aplicação da Teoria da Imprevisão, com a alteração ou extinção do contrato, faz-se necessária a concorrência dos seguintes elementos:

- ocorrência de fato excepcional, imprevisto ou imprevisível;
- oneração excessiva de uma das partes em vista do acontecimento;
- que a parte excessivamente onerada não tenha dado causa.

O direito ao reequilíbrio da álea econômico-financeira do contrato manifesta-se sempre quando ocorre um fato imprevisto de caráter anormal, extraordinário, sem culpa da parte, de tal ordem que contratante e contratada, se dele tivessem ciência à época, não teriam firmado o contrato nos termos originais. Sobre isso, cabe citar a seguinte lição de Hamilton Bonatto:

Reequilibrar significa *tornar a equilibrar*, o que se pressupõe ter havido equilíbrio em momento anterior. Parte-se do pressuposto que, quando da assinatura do contrato, ele estava em equilíbrio e num momento posterior, já não mais assim permanecia.

Ao ser firmado o contrato administrativo, via de regra após o procedimento licitatório, supõe-se sempre que a remuneração era compatível com os encargos da empresa executora. Quando, em momento posterior, algum fator influenciou nas condições iniciais do pacto, de tal forma que a remuneração e os encargos não se mantiveram nas mesmas condições, **fica caracterizado que houve um desequilíbrio econômico-financeiro, o que necessita reequilibrar-se, evitando-se a instabilidade do sistema.** Tal fato **resulta em prejuízo para a contratada** ou para a Administração. [grifo nosso e grifado no original]

Nesse sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Enquanto o particular procura o lucro, o Poder Público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. Calha, pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legítimos de seu contratado, pois não lhe assiste minimizá-los em ordem de colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento de outra parte. Para tanto, o que importa, obviamente, não é a "aparência" de um valor contido na equação econômico-financeira, mas o real acatamento dele. " ((in Curso de Direito Administrativo. Malheiros, pg.296.)

É defeso à Administração pretender que um contratado receba em contraprestação menos do que lhe fora concedido quando se propôs a firmar o contrato. Sem dúvida, portanto, a correlação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, independentemente de previsão contratual, configurando isso um direito do contratado.

O entendimento do Tribunal de Contas da União está em plena consonância com o referido acima, conforme segue:

Não há óbice à **concessão de reequilíbrio econômico-financeiro** visando à revisão (ou recomposição) de preços de itens isolados, com fundamento no art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei 8.666/1993, desde que estejam presentes a imprevisibilidade ou a previsibilidade de efeitos incalculáveis e o impacto acentuado na relação contratual (teoria da imprevisão); e que haja análise demonstrativa acerca do comportamento dos demais insumos relevantes que possam impactar o valor do contrato. (Acórdão 1604/2015-Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES) [grifo nosso]

E ainda:

Reequilíbrio econômico é o restabelecimento da relação contratual inicialmente ajustada pelas partes, por conta da ocorrência de álea extraordinária, superveniente ao originalmente contratado. O reajuste de preços é a reposição da perda do poder aquisitivo da moeda por meio do emprego de índices de preços prefixados no contrato administrativo. A repactuação, referente a contratos de serviços contínuos, ocorre a partir da variação dos componentes dos custos do contrato, devendo ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços. (Acórdão 1827/2008-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER) [grifo nosso]

De modo semelhante:

Para que possa ser promovido o **reequilíbrio econômico-financeiro** de um contrato é necessária a ocorrência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, que configure **álea econômica extraordinária e extracontratual**. (Acórdão 167/2015-Segunda Câmara) [grifo nosso]

É clara a posição do Tribunal de Contas da União em favor da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro na relação contratual, nos moldes da previsão constante no artigo 65, inciso II, alínea "d" da Lei 8.666/93. O dispositivo legal citado é de aplicação imperativa. A falta de concessão de reequilíbrio econômico-financeiro constitui atentado à garantia inscrita no artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988, como já definiu o Tribunal de Contas da União:

O estabelecimento do critério de reajuste de preços, tanto no edital quanto no contrato, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, ainda que a vigência contratual prevista não supere doze meses. Entretanto, eventual ausência de cláusula de reajuste de preços não constitui impedimento ao **reequilíbrio econômico-financeiro do contrato**, sob pena de **ofensa à garantia inserta no art. 37, inciso XXI**, da Constituição Federal, bem como de **enriquecimento ilícito do erário** e consequente **violação ao princípio da boa-fé objetiva**. (Acórdão 7184/2018-Segunda Câmara) [grifo nosso]

Para além da cláusula geral do artigo 124, a Nova Lei explicitou algumas situações específicas já contempladas na Lei nº 8.666/1993, como a hipótese de reequilíbrio prevista no artigo 134 em razão da criação ou extinção de tributos ou outros encargos legais de comprovada repercussão sobre a execução do contrato após a data da apresentação da proposta, o que, a rigor, configura fato do príncipe.

Outro ponto relevante consta no artigo 135 da nova lei de que trata da repactuação de contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra.

Por fim, seguem alguns exemplos comuns de razões de reequilíbrios deferidos administrativamente pelo Poder Público:

- **Alta inesperada de preços de insumos**
- **Desvalorização exagerada e inesperada da moeda, diante de produtos importados.**
- **Eventos da natureza (caso fortuito) como catástrofes, ciclones, tempestades.**
- **Greve (força maior).**
- **Mudança na política econômica governamental (fato príncipe).**

9.3. Garantia Contratual

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

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

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

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

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.

IV - título de capitalização custeado por pagamento único, com resgate pelo valor total. [\(Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023\)](#)

Destarte, a Lei nº 8.666/1993 fixa que a Administração Pública pode, em regra, exigir garantias que não excedam a 5% do valor do contrato. A exceção recai sobre obras, serviços e fornecimento de grande vulto, envolvendo complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis. Para esses casos, o limite é de até 10% do valor contratual.

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

Com relação ao percentual de garantia da qual a Administração poderá se valer, o art. 97, inicialmente, repete a regra prevista na Lei 8.666/1993, fixando o percentual de 5% (cinco por cento) do valor inicial do contrato. Ocorre que, de forma diversa do estatuto anterior, a nova Lei permite que haja a majoração desse percentual para 10% (dez por cento) desde que, como visto, seja justificada mediante análise de complexidade técnica e riscos envolvidos.

Já com relação às obras e serviços de engenharia de grande vulto, o art. 99 da NLLC vai além do limite de 10% (dez por cento) anteriormente previsto na Lei nº 8666/1993. Isso porque possibilita a exigência de garantia — na modalidade seguro-garantia — em até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato.

9.4. Duração dos Contratos Administrativos

Sobre a duração dos contratos, diz a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até **5 (cinco) anos** nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes:

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

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

III - a Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem.

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

Art. 108. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de **até 10 (dez) anos** nas hipóteses previstas nas alíneas "f" e "g" do inciso IV (produzidos no país e forças armadas) e nos incisos V, VI, XII e XVI (segurança nacional) do caput do art. 75 desta Lei.

Art. 110. Na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, os prazos serão de:

I - **até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento;**

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

Art. 114. O contrato que previr a operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação poderá ter vigência máxima de **15 (quinze) anos**.

Assim, não resta dúvida de que temos diversas novidades acerca da duração dos contratos. Veja-se abaixo as determinações extraídas da própria Lei, a qual não se desmembra para fins de evitar tautologias desnecessárias:

Prazo de até 5 anos:

A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes:

- Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção;
- A autoridade competente do órgão ou entidade contratante deverá atestar a maior vantagem econômica vislumbrada em razão da contratação plurianual;

Prazo de até 10 anos

O contrato também poderá ser celebrado diretamente pelo prazo de até 10 anos em algumas hipóteses que admitem, inclusive a contratação direta, mediante dispensa de licitação (art. 75, IV, alíneas "f" e "g", V, VI, XII e XVI da nova Lei).

Prazo por até 10 anos ou até 35 anos

Nas contratações que gerem receita e nos contratos de eficiência que gerem economia para a Administração, a NLLC estabelece prazo:

- a) até 10 anos, nos contratos sem investimentos;
- b) até 35 anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente às custas do contratado.

Prazo de até 15 anos

Para os contratos com previsão de operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação a Lei estabelece a possibilidade de vigência máxima de 15 (quinze) anos (art. 114).

Prazo indeterminado

A Administração também poderá estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio, desde que comprovada, a cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação.

9.5. Reajuste de Preço

O direito ao reajustamento dos preços dos contratos administrativos, firmados com o Poder Público, está assegurado em LEI. O mesmo deve ser deferido a contar da anualidade da proposta e tendo por base o indexador previsto no próprio contrato. Na ausência de indexador tem sido comum a adoção da variação do IGPM no período. Esse direito dos contratados é mesmo óbvio, considerando-se que desde a data em que os preços foram propostos (entrega dos envelopes lacrados) os mesmos encontram congelados/inalteráveis.

A matéria foi regulada através da Lei 10.192/2001 que estabelece:

“Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública Direta ou Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Medida Provisória, e, no que com ela não conflitarem, da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993.”

§ 1º: A periodicidade anual dos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.”

Assim, ocorrida a implementação da anualidade sem sua inteira execução, incide a regra que determina o reajuste dos valores a contar desse fato.

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

I - **Reajustamento em sentido estrito**, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais; e

II - **Repactuação**, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos.

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

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

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

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

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

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

9.6. Extinção dos Contratos

O contratado terá direito à extinção do contrato, entre outras, nas seguintes hipóteses:

(a) suspensão de execução do contrato, **por ordem escrita da administração, por prazo superior a 3 (três) meses;**

(b) **repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis**, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevisíveis desmobilizações e mobilizações e outras previstas; e

(c) **atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal**, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos;

9.7 Subcontratação

Art. 122. Na execução do contrato e sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, **o contratado poderá subcontratar partes da obra, do serviço ou do fornecimento até o limite autorizado, em cada caso, pela Administração.**

§ 1º O contratado apresentará à Administração **documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, que será avaliada e juntada aos autos do processo correspondente.**

§ 2º Regulamento ou edital de licitação poderão **vedar, restringir ou estabelecer condições para a subcontratação.**

9.8 Recebimento do Objeto

Art. 140. O objeto do contrato será recebido:

I - em se tratando de obras e serviços:

a) **provisoriamente**, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo detalhado, quando verificado o cumprimento das exigências de caráter técnico;

b) **definitivamente**, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais;

II - em se tratando de compras:

a) **provisoriamente**, de forma sumária, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, com verificação posterior da conformidade do material com as exigências contratuais; b) **definitivamente**, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais.

§ 1º O objeto do contrato poderá ser rejeitado, no todo ou em parte, quando estiver em desacordo com o contrato.

§ 2º O recebimento provisório ou definitivo não excluirá a responsabilidade civil pela solidez e pela segurança da obra ou serviço nem a responsabilidade ético-profissional pela perfeita execução do contrato, nos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.

§ 4º Salvo disposição em contrário constante do edital ou de ato normativo, **os ensaios, os testes e as demais provas para aferição da boa execução do objeto do contrato exigidos por normas técnicas oficiais correrão por conta do contratado.**

§ 5º **Em se tratando de projeto de obra**, o recebimento definitivo pela Administração não eximirá o projetista ou o consultor da responsabilidade objetiva por todos os danos causados por falha de projeto.

§ 6º **Em se tratando de obra**, o recebimento definitivo pela Administração não eximirá o contratado, pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos, admitida a previsão de prazo de garantia superior no edital e no contrato, da responsabilidade objetiva pela solidez e pela segurança dos materiais e dos serviços executados e pela funcionalidade da construção, da reforma, da recuperação ou da ampliação do bem imóvel, e, em caso de vício, defeito ou incorreção identificados, o contratado ficará responsável pela reparação, pela correção, pela reconstrução ou pela substituição necessárias.

9.9 Nulidade dos Contratos

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, **caso não seja possível o saneamento**, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

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

III - motivação social e ambiental do contrato;

IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;

IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;

V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;

VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;

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

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

IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;

X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;

XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

9.10. Pagamentos

Art. 141. No dever de pagamento pela Administração, **será observada a ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos, subdividida nas seguintes categorias de contratos:**

I - fornecimento de bens;

II - locações;

III - prestação de serviços;

IV - realização de obras.

§ 1º A ordem cronológica referida no caput deste artigo **poderá ser alterada, mediante prévia justificativa da autoridade competente e posterior comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao tribunal de contas competente, exclusivamente nas seguintes situações:**

I - grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública;

II - pagamento a microempresa, empresa de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual e sociedade cooperativa, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;

III - pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;

IV - pagamento de direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada;

V - pagamento de contrato cujo objeto seja imprescindível para assegurar a integridade do patrimônio público ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, quando demonstrado o risco de descontinuidade da prestação de serviço público de relevância ou o cumprimento da missão institucional.

10. INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Com o objetivo de uniformizar e dar maior transparência, a NLLC prevê, no rol do art. 155, as infrações administrativas a que poderão sujeitar-se aqueles que licitarem ou contratarem com a Administração Pública em alguns casos.

Entende-se que esse rol é meramente exemplificativo, podendo, a critério da Administração e a depender das especificidades contratuais, haver previsão de outras infrações contratuais, o que ocorre, por exemplo, em contratos de TI ou de engenharia.

De acordo com o rol do art. 155, são infrações administrativas:

- 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.

Para essas infrações, o contrato e o edital da licitação poderão prever as seguintes sanções: a) advertência; b) multa; c) impedimento de licitar e contratar; e d) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. Nesse ponto, nenhuma novidade em relação à Lei n. 8.666/1993.

Por outro lado, o legislador criou critérios de dosimetria para que o Administrador possa dosar a sanção a ser aplicada, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. São eles:

§ 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.

Importante registrar que os Tribunais de Justiça já vinham se manifestando no sentido de ser levada em consideração a proporcionalidade e a razoabilidade das sanções e, agora, com a previsão expressa, torna-se mais consolidada essa necessidade.

11. IMPUGNAÇÕES, PEDIDOS DE ESCLARECIMENTO E RECURSOS

A Lei 14.133/2021 dispõe que qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação da Lei em tela ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame (art. 164). A resposta à impugnação ou ao pedido de esclarecimento deverá ser divulgada pela Administração em sítio eletrônico oficial no prazo de até 3 (três) dias úteis, limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame (parágrafo único ao art. 164).

Dos atos da Administração decorrentes da aplicação da Lei nº 14.133/2021 cabem recurso ou pedido de reconsideração, conforme artigo 165:

I - recurso, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação ou de lavratura da ata, em face de:

a) ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessado ou de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;

b) julgamento das propostas;

c) ato de habilitação ou inabilitação de licitante;

d) anulação ou revogação da licitação;

e) extinção do contrato, quando determinada por ato unilateral e escrito da Administração;

II - pedido de reconsideração, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação, relativamente a ato do qual não caiba recurso hierárquico.

§ 1º Quanto ao recurso apresentado em virtude do disposto nas alíneas "b" e "c" do inciso I do **caput** deste artigo, serão observadas as seguintes disposições:

I - a intenção de recorrer deverá ser manifestada imediatamente, sob pena de preclusão, e o prazo para apresentação das razões recursais previsto no inciso I do **caput** deste artigo será iniciado na data de intimação ou de lavratura da ata de habilitação ou inabilitação ou, na hipótese de adoção da inversão de fases prevista no [§ 1º do art. 17 desta Lei](#), da ata de julgamento;

II - a apreciação dar-se-á em fase única.

§ 2º O recurso de que trata o inciso I do **caput** deste artigo será dirigido à autoridade que tiver editado o ato ou proferido a decisão recorrida, que, se não reconsiderar o ato ou a decisão no prazo de 3 (três) dias úteis, encaminhará o recurso com a sua motivação à autoridade superior, a qual deverá proferir sua decisão no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contado do recebimento dos autos.

§ 3º O acolhimento do recurso implicará invalidação apenas de ato insuscetível de aproveitamento.

§ 4º O prazo para apresentação de contrarrazões será o mesmo do recurso e terá início na data de intimação pessoal ou de divulgação da interposição do recurso.

§ 5º Será assegurado ao licitante vista dos elementos indispensáveis à defesa de seus interesses.

Por fim, cabe esclarecer que o recurso e o pedido de reconsideração terão efeito suspensivo do ato ou da decisão recorrida até que sobrevenha decisão final da autoridade competente (art. 168). Na elaboração de suas decisões, a autoridade competente será auxiliada pelo órgão de assessoramento jurídico, que deverá dirimir dúvidas e subsidiá-la com as informações necessárias (art. 168, parágrafo único).

12. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A Nova Lei de Licitações (artigos 151 a 154) criou a possibilidade de prevenção e de resolução de controvérsias através dos seguintes meios alternativos: conciliação; mediação; comitê de resolução de disputas; arbitragem. A utilização desses meios alternativos é restrita a controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis, a exemplo de questões referentes ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro de contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

De forma expressa, a Nova Lei de Licitações determina que a arbitragem será sempre de direito e deverá observar o Princípio da Publicidade. O processo de escolha de árbitros, de colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas deverá observar critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Existe a possibilidade de aditar os contratos, a fim de que permitam a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias. Diante dessa permissão da lei, é possível incluir a possibilidade de utilizar os meios em comento em contratos firmados antes de sua entrada em vigor, modernizando-os. Isso poderá facilitar a resolução de discórdias surgidas.

13. EXIGÊNCIA DE COMPLIANCE PARA A CONTRATAÇÃO PÚBLICA.

Compliance ou programa de integridade é o programa pelo qual uma empresa busca a plena conformidade com as leis, as normas, e os regulamentos vigentes. Em resumo, ter o programa de integridade implementado significa que a empresa está em plena conformidade com o que o ordenamento jurídico lhe exige.

A Nova Lei de Licitações visa promover a implementação e o aperfeiçoamento de programas de integridade entre as empresas que participam de licitações e contratam com a Administração Pública mediante as seguintes medidas:

- a) obrigatoriedade, do artigo 25, §4º, de que em licitações de grande vulto (aquelas de valor estimado superior à 200 milhões de reais⁴) o contratado

⁴artigo 6º, inciso XXII, da Lei 14.133/2021 - obras, serviços e fornecimentos de **grande vulto**: aqueles cujo valor estimado supera **R\$ 200.000.000,00** (duzentos milhões de reais);

- implemente programa de integridade em até 06 meses após a assinatura do contrato;
- b) previsão, o artigo 60, inciso IV, de consideração de desenvolvimento de programa de integridade como um dos critérios de desempate de propostas em licitações;
 - c) previsão, artigo 156, §1º, inciso V, de que na aplicação de sanções administrativas será considerada a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade e;
 - d) previsão, artigo 163, §, de que no caso de sanções de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, decorrentes das condutas de apresentação de declaração ou de documentação falsa e de prática de ato lesivo, a implementação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade será condição necessária para a reabilitação da empresa

Assim sendo, está claro que a Nova Lei de Licitações visa promover a implementação e o aperfeiçoamento de programas de integridade entre as empresas que participam de licitações e contratam com a Administração Pública.

Alguns órgão públicos já vem emitindo certificados de implementação de programa de integridade que sejam válidos para as suas licitações, como por exemplo o Município de Porto Alegre.

Contudo, ainda carece de uma regulamentação mais específica o que será efetivamente considerado para fins de *compliance* em licitações, porém um decreto federal ainda deverá regular melhor o tema.

No entanto, as empresas que tenham interesse em licitações de grande vulto; as empresas que participem de licitações cujo empate de propostas seja um fato corriqueiro e; as empresas que enfrentem muitos processos administrativos sancionatórios devem buscar a implementação de programas de integridade.

14. CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Quanto aos crimes em licitações e em contratos administrativos, a principal alteração feita pela Nova Lei de Licitações é que estas condutas delitivas não estão mais previstas na Lei de Licitações, como ocorria na antiga Lei 8.666/93, que tinha os crimes em licitações e em contratos administrativos descritos entre os seus artigos 89 e 99, agora, a Lei 14.133/2021, se limitou a, no seu artigo 178, dar o comando de emenda do Código Penal, com a inclusão dos crimes em licitações em contratos administrativos no *Codex* em questão, portanto, **não se pode mais considerar, especificamente, que os crimes em licitações e em contratos administrativos estejam previstos na Lei de Licitações, mas sim no Código Penal.**

Ademais, a sessão contida entre os artigos 100 e 108 da Lei 8.666/93, que regravava o processo e o procedimento judicial nos crimes em licitações e em contratos administrativos, foi revogada, junto com a totalidade da Antiga Lei de Licitações, mas não foi objeto de nenhum dispositivo legal ou comando da Nova Lei de Licitações.

Neste sentido, vale ressaltar, para fins de conhecimento, o título XI, capítulo II-B, do Código Penal, que engloba, do artigo 337-E ao artigo 337-P, os crimes em licitações e em contratos administrativos:

Contratação direta ilegal

Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Frustração do caráter competitivo de licitação

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

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Patrocínio de contratação indevida

Art. 337-G. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo

Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Perturbação de processo licitatório

Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Violação de sigilo em licitação

Art. 337-J. Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa.

Afastamento de licitante

Art. 337-K. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.

Fraude em licitação ou contrato

Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:

I - entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;

II - fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;

III - entrega de uma mercadoria por outra;

IV - alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;

V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Contratação inidônea

Art. 337-M. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa.

§ 2º Incide na mesma pena do caput deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública.

Impedimento indevido

Art. 337-N. Obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover

indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Omissão grave de dado ou de informação por projetista
Art. 337-O. Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º Consideram-se condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos.

§ 2º Se o crime é praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo.

Art. 337-P. A pena de multa cominada aos crimes previstos neste Capítulo seguirá a metodologia de cálculo prevista neste Código e não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado

Cabe ressaltar que o Poder Legislativo pouco inovou quanto às espécies delitivas em questão, de maneira que as principais alterações trazidas pela Lei 14.133/2021 quanto ao tema são:

- a) a **elevação de quase todas as penas** previstas para os crimes em licitações e contratos administrativos;
- b) a **inclusão da espécie delitiva de "Omissão grave de dado ou de informação por projetista"** prevista no artigo 337-O do Código Penal;
- c) a **abolitio criminis da conduta do agente público que realiza licitação em hipótese em que a licitação não deveria ocorrer**, o que passou a ser uma mera irregularidade administrativa. Explica-se, a transposição do crime de "contratação direta ilegal" do artigo 89 da Lei 8.666/93 para o artigo 337E do Código Penal, manteve a cominação penal à aquele agente pública que realizar contratação direta indevida, porém, deixou de penalizar aquele agente público que realiza licitação quando deveria ter contratado diretamente;

- d) **a alteração da forma de fixação das penas de multa, que agora seguem o procedimento normal do Código Penal**, segundo o artigo 337-P do *Codex*, em detrimento da forma especial de fixação de multa que era prevista no artigo 99 da Lei 8.666/93;
- e) **as regras processuais dos crimes em licitações e em contratos públicos passaram a ser as mesmas contidas no Código de Processo Penal.**

Trata-se, portanto, de importante ponto que merece atenção.

15. CONCLUSÃO

Após quase duas décadas em tramitação no Legislativo, foi sancionada em 01 de abril de 2021 a nova Lei Nacional de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021), a qual objetiva uma melhor sistematização do instituto, com mais transparência e agilização procedimental e tem aplicação uniforme tanto para a União, como para Estados e Municípios, a qual já revogou a Lei 8.666/93 e está em plena vigência desde o início do presente ano.

Dentre as principais novidades da nova legislação trazidas, as quais possuem impacto direto na Administração Pública, nos órgãos de controle, nos licitantes e contratados e na sociedade civil, podemos citar: (i) celebração de contrato de eficiência, (ii) implantação do *e-government* e criação de catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, (iii) encerra a divisão clássica das modalidades de acordo com o valor estimado da contratação, trazendo para a mesma lei o pregão e introduzindo uma nova modalidade chamada diálogo competitivo, (iv) orçamento sigiloso, (v) inserção dos modos de disputa aberto ou fechado, (vi) matriz de alocação de riscos que define a responsabilidade de cada parte no contrato, (vii) obrigatoriedade de implantação de programa de integridade até seis meses após a assinatura de contrato de grande vulto, (viii) possibilidade da prorrogação de contratos de serviços e fornecimentos contínuos por até 10 anos, (ix) estabelecimento de ordem cronológica para os pagamentos devidos pela Administração Pública e (x)

inserção do *accountability*, em face do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

Em que pese traga uma série de novidades importantes para o ecossistema de licitações e contratos administrativos, a nova Lei infelizmente não quebrou paradigmas e não descartou por completo o modelo trazido pela Lei nº 8.666/1993.

Na prática, a nova Lei acabou unificando diversas normas legais e infralegais sobre licitações e contratos, positivando entendimentos do Tribunal de Contas da União e acolhendo lições da doutrina. Ademais, serão importantíssimas as diversas experimentações que ocorrerão nos primeiros anos de aplicação da nova Lei, sobretudo porque há licitações e contratos que ainda possuem como fundamento a Lei 8.666/93.

Por fim, não resta dúvida de que a nova Lei visa assegurar mais agilidade e transparência na seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, tencionando evitar especialmente descontrole nas contratações e nas execuções dos contratos administrativos, assegurando mais garantias recíprocas nesse objetivo maior. Do mesmo modo, os contratados passam a ter mais direitos e garantias, o que não era previsto na antiga lei.

16. LINKS FACILITADORES DE ACESSO

Para leitores deste E-book, a equipe que produziu o material disponibiliza abaixo links facilitadores para o acesso a algumas das Leis, Decretos, Portarias e Instruções Normativas que contribuíram para a Nova Lei de Licitações:

- Lei 14.133/2021 - Lei de Licitações e Contratos Administrativos: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm
- Decreto 11.246/2022 - Dispõe sobre as regras para a atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, o funcionamento da comissão de

contratação e a atuação dos gestores e fiscais de contratos, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional:

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-11.246-de-27-de-outubro-de-2022-440217660>

- Decreto 10.818/2021 - Regulamenta o disposto no art. 20 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para estabelecer o enquadramento dos bens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da administração pública federal nas categorias de qualidade comum e de luxo:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10818.htm

- Decreto 10.947/2022 - Regulamenta o inciso VII do caput do art. 12 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o plano de contratações anual e instituir o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional:

<https://in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.947-de-25-de-janeiro-de-2022-376059032>

- Decreto 11.890/2024 - Regulamenta o art. 26 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre a aplicação da margem de preferência no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e institui a Comissão Interministerial de Contratações Públicas para o Desenvolvimento Sustentável:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2024/Decreto/D11890.htm

- Instrução Normativa SEGES/ME nº 77/2022 - Dispõe sobre a observância da ordem cronológica de pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, prestação de serviços e realização de obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional:
<https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-seges-me-no-77-de-4-de-novembro-de-2022>
- Medida Provisória número 1.221 de 17/05/2024 - Dispõe sobre medidas excepcionais para a aquisição de bens e a contratação de obras e de serviços, inclusive de engenharia, destinados ao enfrentamento de impactos decorrentes de estado de calamidade pública:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/mpv/mpv1221.htm. A Gazen Advogados recentemente publicou artigo sobre o tema, acessível em:
<https://gazen.com.br/medida-provisoria-no-1-221-2024-ferramenta-necessaria-para-o-atendimento-do-interesse-publico-e-enfrentamento-da-crise-no-rs/>
- Portaria SEGES/ME nº 938/2022 - Institui o catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, em atendimento ao disposto no inciso II do art. 19 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021:
<https://www.gov.br/pncp/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/portarias/portaria-seges-me-no-938-de-2-de-fevereiro-de-2022>

