



eBook

NOVA LEI DE
LICITAÇÕES E
CONTRATOS

Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021



GAZEN
Advogados



Av. Goethe 71, Sala 1004
Porto Alegre - RS
(51) 3330.5589 | (51) 3333.5208
www.gazen.com.br

EDIÇÃO Nº 01

GAZEN ADVOGADOS ASSOCIADOS

CNPJ Nº 01.368.305/0001-13

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

Porto Alegre/RS

contato@gazen.com.br

www.gazen.com.br

COORDENADORES DO PROJETO

GIOVANI FIGUEIREDO GAZEN

MAURICIO GAZEN

EQUIPE RESPONSÁVEL

JAILSON SOARES

PRISCILA JARDIM

GUILHERME CAVALCANTI

Proibida a reprodução e divulgação sem citação da fonte, conforme Lei nº 9.610/98





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 (7)**
 - 2.1. Da Aplicação das Disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (10)**
- 3. PLANEJAMENTO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS E A FASE PREPARATÓRIA DAS LICITAÇÕES (11)**
 - 3.1 Plano de Contratação Anual (11)**
 - 3.2. Estudo Técnico Preliminar (12)**
 - 3.3. Termo de Referência e Projetos (15)**
 - 3.4. Proibição de Aquisição de Artigos de Luxo (18)**
 - 3.5. Orçamento Sigiloso (19)**
 - 3.6. Análise de Risco e Matriz de Risco (20)**
 - 3.7. Racionalização das Licitações (22)**
 - 3.8. Aprovação Jurídica (23)**
- 4. SUSTENTABILIDADE DAS LICITAÇÕES (24)**
 - 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 (24)**
 - 4.2. Certificações (26)**
 - 4.3. Tratamento dos Impactos Ambientais e Urbanísticos em Contratos de Obras e Serviços de Engenharia (26)**
 - 4.4. Contratação de eficiência e remuneração variável (27)**
- 5. REGIME DE EXECUÇÃO (29)**
- 6. MODALIDADES DE LICITAÇÃO (31)**
- 7. PROCEDIMENTOS AUXILIARES (34)**
 - 7.1. Credenciamento (34)**
 - 7.2. Pré-Qualificação (35)**
 - 7.3. Procedimento de Manifestação de Interesse (35)**
 - 7.4. Sistema de Registro de Preços (36)**
 - 7.5. Registro Cadastral (37)**



- 8. CRITÉRIOS DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS (37)**
 - 8.1. Desclassificação (41)**
 - 8.2. Novos Critérios de Desempate (42)**
 - 8.3. Modos de Disputa (43)**
- 9. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (43)**
 - 9.1. Alteração dos Contratos Administrativos (unilateral e bilateral) (45)**
 - 9.2. Equilíbrio Econômico-Financeiro (46)**
 - 9.3. Garantia Contratual (48)**
 - 9.4. Duração dos Contratos Administrativos (50)**
 - 9.5. Reajuste de Preços (51)**
 - 9.6. Extinção dos Contratos (52)**
 - 9.7 Subcontratação (53)**
 - 9.8 Recebimento do Objeto (53)**
 - 9.9 Nulidade dos Contratos (54)**
 - 9.10 Pagamentos (55)**
- 10. INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS (57)**
- 11. IMPUGNAÇÕES, PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS E RECURSOS (58)**
- 12. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS (59)**
- 13. EXIGÊNCIA DE COMPLIANCE PARA A CONTRATAÇÃO PÚBLICA (60)**
- 14. CRIMES EM LICITAÇÕES E EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (62)**
- 15. CONCLUSÃO (63)**



1. INTRODUÇÃO

1.1. Destinatários

De forma bem objetiva, a redação da Nova Lei de licitações explica quem são os destinatários desse novo regime: Administração direta da União, Estados, Municípios e DF; Autarquias da União, Estados, Municípios e DF; Fundações da União, Estados, Municípios e DF e Entidades controladas direta ou indiretamente da União, Estados, Municípios e DF.

Dessa forma, tanto as empresas públicas quanto as 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; **(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 precisão 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, dispõe que a norma entra em vigor na data de sua publicação. Ou seja, uma vez que não houve *vacatio legis*, o diploma legal pode ser aplicado imediatamente pela Administração Pública desde o dia 1º de abril de 2021, data da sanção e publicação da lei.

Assim, a Administração poderá, pelo prazo de 2 (dois) anos, contados da data publicação da lei, optar por licitar e contratar diretamente nos termos da nova legislação, ou com base na Lei nº 8.666/1993 (antiga Lei de Licitações e Contratos); na Lei nº 10.520/2002 (norma que instituiu a modalidade Pregão); e nos artigos 1º ao 47-A da Lei nº 12.462/2011 (diploma que criou o Regime Diferenciado de Contratações - RDC).

Essa opção da Administração deve ser indicada expressamente no edital ou no instrumento de contratação direta, sendo vedada a aplicação combinada da nova Lei de Licitações com qualquer das três normas citadas, nos termos do art. 191 da nova lei. Ademais, caso a Administração opte por licitar nos termos do regime antigo, o respectivo contrato será regido pelas regras nele previstas durante toda a sua vigência, consoante o parágrafo único do art. 191 da nova lei.

Em outras palavras, o contrato administrativo segue o regime definido na licitação. Se nesse prazo inicial de dois anos 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, aí incluídas as eventuais prorrogações.





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

Cumprе ressaltar que a nova lei revoga, desde a publicação, os arts. 89 a 108 da Lei 8.666/1993. Ou seja, os crimes e as penas contidos na antiga Lei de Licitações e Contratos ficam imediatamente revogados. Os novos crimes relacionados a licitações e contratos passam a constar do Código Penal Brasileiro, nos termos do art. 178 da nova lei.

Por fim, salienta-se que após o período de 2 (dois) anos da publicação da nova lei, ficam revogados os demais dispositivos da Lei n° 8.666/1993, bem como a Lei n° 10.520/2002 (integralmente) e os arts. 1 a 47 da Lei n° 12.462/2011.

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

Entre as novidades trazidas pela Nova Lei de Licitações, está a introdução de novos princípios, não contemplados na legislação anterior, especialmente na Lei Federal n.º 8.666/1993. É válido discorrer um pouco sobre cada um de tais princípios, listados no artigo 5º do novo diploma.

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 a formas inúteis que não levam a lugar algum.

Por força do **Princípio do Interesse Público**, 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.

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 escolha 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.

Em atendimento ao **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.

Em decorrência do **Princípio da Motivação**, todos os atos administrativos referentes a 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 a que os interessados a eles possam adequar seus comportamentos. Por força daquele 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.

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

Em seu artigo 5º, a Nova Lei de Licitações expressamente determina o dever de observar, em sua aplicação, os preceitos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei n.º 4.657/1942. Referida determinação, em verdade, é mesmo dispensável, porquanto o último diploma legal mencionado, desde sempre, permeia todo o ordenamento jurídico pátrio, complementando e participando da incidência de toda sorte de textos legais.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi substancialmente alterada pela Lei Federal n.º 13.655/2018, a qual nela incluiu diversas disposições atinentes ao modo de aplicar normas de Direito Público. As mudanças referidas tiveram o condão de flexibilizar a aplicação de normas historicamente rígidas, com especiais reflexos naquelas relativas a licitações e a contratos públicos.

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 invalidarem ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, devendo indicar explicitamente suas consequências jurídicas e administrativas (artigos 20 e 21). A lei em comento também introduziu o dever de serem levadas em consideração as dificuldades práticas e os obstáculos enfrentados pelos gestores públicos no desempenho de suas funções quando do julgamento de seus atos (artigo 22).

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.





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.

Vejam 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 prolação 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. Em





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.

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.

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 às 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 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

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



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:

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, e 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. REGIME DE EXECUÇÃO

Se ainda na vigência da antiga Lei de Licitações está expressamente as duas formas de execução do contrato (direta e indireta), a nova Lei de Licitações, muito embora tenha um rol de conceitos em seu art. 6º, não apresenta de forma expressa essa conceituação.

A Lei n. 14.133/2021 trata da execução direta uma única vez, de forma bastante isolada e específica. Na verdade, diferentemente da Lei n. 8.666/1993, a lei sequer conceitua o regime de execução direta, o que, em certa medida, até faz sentido diante da natureza da lei de licitações. A execução direta é mencionada nas hipóteses de rescisão do contrato administrativo por culpa do particular, na forma do § 10 do artigo 139: "§ 10 A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II do caput deste ficará a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta."

Sabe-se que há no momento alguns regimes de execução para além do direta e indireta, a citar a Lei n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas) e na Lei n. 13.303/2016 (Lei das Estatais). Todavia, no sentido de simplificar e unificar os regimes, ou seja, buscou consolidar todas essas modalidades de regime de execução em um único rol, reunindo-os com algumas diferenciações e limitações.

Há, no entanto, uma especial diferenciação na Lei n. 14.133/2021 em relação a que tipo de contratação em que tais regimes são aplicados. Veja-se que a Lei n. 8.666/1993 dispõe, na forma do artigo 10, que "[a]s obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas [...]". Por sua vez, a Lei n. 14.133/2021 relegou 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**.

Quanto às inovações das espécies do regime de execução indireta, destaca-se como novidade a contratação integrada (já prevista na Lei 12.462/11), a contratação semi-integrada e o fornecimento e prestação de serviço associado

. Passa-se a analisá-los pormenorizado.

No que diz respeito a contratação integrada, prevê a lei que a Administração é dispensada da elaboração de projeto básico, hipótese em que deverá ser elaborado anteprojeto de acordo com metodologia definida em ato do órgão competente, observados os requisitos estabelecidos no inciso XXIV do art. 6º desta Lei.

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

Tanto na contratação integrada quanto na semi, 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 a 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 inovou em dois aspectos: ter suprimido do antigo ordenamento das modalidades e ter





adicionado nova modalidade. Quanto às supressões, não faz mais parte das modalidades de licitação a tomada de preços e o convite. Quanto à adição, tem-se agora o diálogo competitivo.

Dessa forma, o artigo 28 da Lei n. 14.133/2021 apresenta um rol das modalidades de licitação: pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo. Como o presente informativo busca focar somente naquilo que é novo, aborda-se, pois, de forma mais vertical o diálogo competitivo.

A lei prevê que essa modalidade, prevista agora no art. 32, é restrita a contratações em que a Administração: que vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:

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

Ainda, contratações em que a administração verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:

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

Quanto ao procedimento a ser observado para e a modalidade de diálogo competitivo, prevê a lei que a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação, bem como observará:





- os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos;
- a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada;
- a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento;
- a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades;
- as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo;
- o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas;
- a Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto;
- a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas;
- a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado;
- o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros





permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão;

Quanto ao derradeiro ponto, há a previsão legal de que os profissionais contratados assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses.

A presente modalidade, inovadora no ordenamento, é inspirada na Diretiva 2014/24 da União Europeia, que é muito mais minuciosa e específica. A nova modalidade legitima e concede transparência e segurança jurídica para um fato que já ocorre na relação entre a Administração Pública e o particular: o contato prévio entre as partes para a apresentação de soluções fornecidas pela iniciativa privada e que podem interessar à Administração Pública.

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.

O credenciamento pode ser utilizado nas seguintes hipóteses de contratação: I - paralela e não excludente; II - com seleção a critério de terceiros; III - em mercados fluídos.

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.



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. O Sistema de Registro de Preços é comumente associado à modalidade Pregão.

A Nova Lei de Licitações possibilita o uso do Sistema de Registro de Preços para casos de dispensa e de 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.

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

Sem abordar os critérios de Julgamentos previstos na Lei 12.462/2011, o qual institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), a antiga Lei de licitações prevê em seu art. 45, §1º e incisos, 04 (quatro tipos de critérios de julgamentos: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e de maior lance ou oferta, nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.





Já na nova lei de licitações, há no art. 33, há a adição aos já existentes critérios de 03 novos, quais sejam: maior desconto; **(ii)** maior lance, no caso de leilão e **(iii)** maior retorno econômico.

Segundo a lei, o julgamento por menor preço ou maior desconto e, quando couber, por técnica e preço considerará o menor dispêndio para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação.

Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento.

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 (Art. 35)

O critério de julgamento de que trata o caput deste artigo poderá ser utilizado para a contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística (parágrafo único do art.. 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 (art. 36)

O critério de julgamento de que trata o caput deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de (§ 1º do art. 36):

I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de





juízo 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 juízo de técnica e preço, deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e, em seguida, as propostas de preço apresentadas pelos licitantes, na proporção máxima de 70% (setenta por cento) de valoração para a proposta técnica (§ 2º do art. 36).

O desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração Pública deverá ser considerado na pontuação técnica, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 88 desta Lei e em regulamento (§ 3º do art. 36)

O juízo de melhor técnica ou por técnica e preço deverá ser realizado por (art. 37):

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.

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

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.

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, prevista 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.**

Para Marcelo Caetano, em sua obra *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*:

“O contrato assenta, pois, numa determinada equação financeira (o valor em dinheiro dos encargos por um dos contratados deve equivaler ao das vantagens prometidas pelo outro) e as relações contratuais têm de desenvolver-se na base do equilíbrio estabelecido no ato de estipulação.”

Segue Jurisprudência do TCU sobre o tema:

“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 pré fixados no contrato administrativo.





Para além da cláusula geral do artigo 124, a nova lei explicitou algumas situações específicas já contempladas na Lei n. 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 segue 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 três 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.

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**.

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 (a contar da data da proposta), sem sua inteira execução, incide a regra que determina o reajuste dos valores a contar desse fato.

Ainda, o direito ao reequilíbrio contratual, além de decorrer da obviedade econômica de existência de desvalorização da moeda no Brasil (inflação) - como não poderia deixar de ser - está previsto na Constituição Federal. Consubstancia o artigo 37, inciso XXI:

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 imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas; e

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

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. 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.

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 ao licitante/contratante, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. São eles:

- 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.

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 art. 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.

Cumprir registrar que o Compliance ora abordado neste item tem o condão exclusivo de explorar, de forma objetiva, os programas de integridade a partir do espectro das empresas vencedoras em determinado procedimento licitatório, que tenha sido realizado a partir da Nova Lei de Licitações.

Sem a pretensão de explorar verticalmente conceitualização do compliance, de forma bem objetiva, pode-se afirmar que esses programas de integridades consistem, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública Estadual.

Na Carta Magna, o compliance está dentro de alguns princípios norteadores da administração pública, em especial o Princípio da Moralidade, todos previstos, sobretudo, no art. 37 da Constituição. Dessa vinculação principiológica que decorre a afirmação de que os programas de integridade não são somente um aspecto cultural de determinada empresa, mas também uma exigência normativa,





sobretudo com a vigência da Nova Lei de licitação, a qual traz em sua redação previsão expressa desse mecanismo.

Sem desconsiderar outras previsões do compliance na Nova Lei de Licitações, aborda-se deste material tão somente o *caput* do art. 25, o qual trata da fase preparatória da instrução do processo licitatório e prevê que os editais de licitação deverão conter, por óbvio, o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação e às penalidades, à fiscalização, à gestão, à entrega do objeto e às condições de pagamento, conforme é de praxe. Contudo, o novo dispositivo legal inova ao prever, no §4º, que

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

Dessa forma, ratificando ainda mais que o compliance é uma exigência normativa e não só apenas um comportamento cultural, a nova norma é categórica ao determinar que a empresa, ao ser contratada pelo poder público deverá ter implementado, de forma efetiva, dentro de sua administração, o programa de integridade. Por certo, surge a dúvida a respeito do conceito de "**grande vulto**", bem como qual é esse "**regulamento**" que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento. Aqui no Estado do Rio Grande do Sul, por meio de legislação específica, entende-se que esses dois pontos já estão regulamentados.

Quanto ao ponto de "grande vulto", em 09 de Março de 2021, a [Gazen Advogados](#) publicou informativo explicando de forma pormenorizada como que a Administração Gaúcha deverá proceder. Na oportunidade abordou-se a Lei 15.228, especificamente no capítulo VII, "DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE", onde a administração prevê de forma expressa valores de licitações que serão exigidas as implementações dos programas de integridade. Para acessar ao informativo, basta clicar [AQUI](#).





Cumpra ainda registrar que esses valores foram alterados por outra legislação, tema também abordado pela Gazen Advogados. Para acessar, basta clicar [AQUI](#).

Quanto ao "regulamento", o qual disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades de descumprimento, dentro do prazo, da implementação dos programas de integridade pela empresa vencedora, o Decreto Estadual 55.631 de 09/12/2020 aborda de forma precisa esses e outros pontos que dizem respeito ao tema. Da mesma forma, a Gazen Advogados também aborda esse tema, no informativo que poderá ser consultado ao clicar [AQUI](#).

Dessa forma, para as contratações públicas do Estado do Rio Grande do Sul, pode-se entender que, para um complemento à Leitura do art. 25, §4º da Nova Lei de Licitações, aplica-se tanto a Lei 15.228 quanto o Decreto Estadual 55.631, oportunidade em que se poderá verificar com mais clareza qual licitação poderá ser exigida da empresa vencedora a implementação, dentro do prazo previsto, dos programas de integridade, bem como as suas consequências e, principalmente, comprovação e fiscalização de sua implementação.

14. CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Nova Lei de Licitações revogou expressamente, na data de sua publicação, 1º de abril de 2021, os crimes então tipificados na Lei Federal n.º 8.666/1993, antiga Lei Nacional de Licitações. Em substituição aos dispositivos revogados, a Nova Lei de Licitações acrescentou ao Título XI da Parte Especial do Código Penal o Capítulo II-B, denominado "Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos".

Os tipos penais introduzidos pela Nova Lei de Licitações no Código Penal são os seguintes: **Contratação Direta Ilegal; Frustração do Caráter Competitivo de Licitação; Patrocínio de Contratação Indevida; Modificação ou Pagamento Irregular em Contrato Administrativo; Perturbação de Processo Licitatório; Violação de Sigilo em Licitação; Afastamento de Licitante; Fraude em Licitação ou Contrato; Contratação Inidônea; Impedimento Indevido; Omissão Grave de**





Dado ou de Informação por Projetista. As descrições da maior parte dos tipos mencionados já existiam na Lei Federal n.º 8.666/1993, antiga Lei Nacional de Licitações.

A prática dos crimes elencados acima enseja a imposição de penas privativas de liberdade acrescidas de penas multa. As penas privativas de liberdade podem ser de detenção ou de reclusão, indo do mínimo de 6 (seis) meses ao máximo de 8 (oito) anos. As penas de multa, cujos valores deverão ser calculados de acordo com o método disciplinado no próprio Código Penal, não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta (artigo 337-P do Código Penal, incluído pela Nova Lei de Licitações).

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.

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 no período de transição de dois anos previsto, bem como a regulamentação de alguns pontos específicos.

Por fim, não resta dúvida 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.




 @gazenadvogados

 Gazen Advogados

 linkedin.com/gazen

 contato@gazen.com.br

 51. 3330-5589 | 51. 99974-6188

 www.gazen.com.br