

LEI Nº
14.133
2021

Conteúdo
atualizado
com a **nova**
Lei de Licitações

CONTEÚDO
GRATUITO

NOVA LEI DE LICITAÇÕES: DESTAQUES IMPORTANTES

LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021

Cristiana Fortini
Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Tatiana Camarão
Coordenadores



Coordenadores

Cristiana Fortini

Rafael Sérgio Lima de Oliveira

Tatiana Camarão

Nova Lei de Licitações: destaques importantes

Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021

*Esse material é protegido por direitos autorais sendo vedada a reprodução não autorizada, gratuita ou onerosamente, sob pena de ressarcimento, em caso de infração aos direitos autorais.

É permitido citar os excertos em petições, pareceres e demais trabalhos, desde que seja informada a fonte, garantidos os créditos dos autores dos artigos, do órgão emanador da decisão ou informação e da publicação específica, conforme a licença legal prevista no artigo 46, III da Lei nº 9.610/1998.

Belo Horizonte

FORUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

2021

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virgínia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (<i>in memoriam</i>)	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail editorial@editoraforum.com.br, para que possamos esclarecer no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

N935 Nova Lei de Licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021/ Cristiana Fortini, Rafael Sérgio Lima de Oliveira, Tatiana Camarão (Coord.).- Belo Horizonte : Fórum, 2021.

66 p. E-book.
ISBN: 978-65-5518-226-2

1. Direito Administrativo. 2. Licitações. 3. Contratos. 4. Registro de preços I. Fortini, Cristiana. II. Oliveira, Rafael Sérgio Lima de. III. Camarão, Tatiana. IV. Título.

CDD 341.3
CDU 342.9

Elaborado por Daniela Lopes Duarte - CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. *Nova Lei de Licitações: destaques importantes* - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 66 p. E-book. ISBN 978-65-5518-226-2.

Sumário

Apresentação	5
O sistema de registro de preços: a União impõe suas regras	6
O estudo técnico preliminar na Nova Lei de Licitações e Contratos	11
As modalidades de licitação e as possibilidades de variação procedimental	17
Provocações sobre a Lei nº 14.133/2021 (NLLCA).....	30
Algumas questões relevantes sobre os contratos administrativos na Nova Lei de Licitações	44
Considerações sobre algumas das hipóteses de contratação direta na Nova Lei de Licitações	48
Questões relevantes sobre a contratação de obras e serviços de engenharia na Nova Lei de Licitações	57
Sobre os Autores.....	64

Apresentação

O presente *e-book* é uma prévia da obra coletiva *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, livro que contará com a autoria de diversos especialistas nas temáticas de licitação e contrato e que dedicaram toda a sua competência para ofertar ao público uma visão ampla e detalhada de cada um dos dispositivos da Lei nº 14.133, de 1º.4.2021.

A obra tem o propósito de analisar de maneira pormenorizada os artigos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. O Brasil passa por um momento de reforma da sua legislação de contratação pública com vistas à modernização de todo o sistema de compras governamentais das entidades de direito público (Administração direta, autárquica e fundacional). Esse movimento modernizante requer uma nova legislação e uma nova hermenêutica das normas. Por isso, o livro tem o objetivo de construir uma doutrina moderna sobre licitações e contratos administrativos no Brasil por meio de uma interpretação da “nova lei” atrelada a parâmetros internacionais e de direito comparado de contratação pública e a tecnologias de processamento de compras públicas, de forma conectada à realidade da Federação brasileira. Nesse intuito, a proposta reúne autores de renome no cenário nacional e com perfis relacionados aos diversos temas versados na nova lei.

Vale ressaltar que a obra coletiva escrita por diversos especialistas das áreas de contratação pública tem o objetivo de abordar com profundidade os temas tratados no novel diploma.

O sistema de registro de preços: a União impõe suas regras

Cristiana Fortini

O legislador da Lei nº 14.133/21 conceituou o sistema de registro de preços como o conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos à prestação de serviços, a obras e à aquisição e locação de bens para contratações futuras¹. Destacam-se a menção a obras e serviços de engenharia e a possibilidade de se utilizar o procedimento em casos de contratação direta.

Ao contrário da origem do SRP ligada a compras,² o legislador não apenas manteve a utilização para serviços, já contemplada no Decreto nº 3.931/01 e posteriormente chancelada na Lei nº 10.520/02, como abraçou de forma definitiva seu uso para obras e serviços de engenharia,³ previsto desde que atendidos os requisitos arrolados no art. 85.

Mas as mudanças vão além.

Valendo-se da regra constitucional que lhe assegura competência para editar normas gerais, a União pretende se fazer presente na vida dos entes subnacionais por meio de regras relativas a licitações e contratos.

Em movimento oposto ao que o §3º do art. 15 da Lei nº 8.666/93 preconiza, a nova lei não prevê que o SRP será regulamentado (salvo em aspectos pontuais) nem faz alusão a peculiaridades regionais. O legislador desceu a detalhes até então oferecidos por decretos dos diversos níveis de governo, pretendendo reduzir espaços antes reservados aos entes federados.

Isso porque a União transportou parte das regras federais constantes do seu Decreto nº 7.892/13 para a lei, com o cristalino objetivo de padronizar, uniformizar e vê-las consideradas como normas gerais. Não fosse essa a intenção, por que teria inserido “suas regras” na lei? Importante observar que o art. 82 da Lei nº 14.133/21,

1 Conceito consta do inc. XLV do art. 6º.

2 O art. 15 da Lei nº 8.666/93, raiz do procedimento, era relativo a compras de produtos.

3 Vale lembrar que o art. 88, inc. I, do Decreto Federal nº 7.581/11, que regulamenta o RDC, já previa o SRP para obras e serviços de engenharia

o primeiro a cuidar do tema, claramente menciona a natureza de normas gerais. O legislador quis evitar, a qualquer custo, possível interpretação em desfavor de seu propósito.

Entretanto, a lei não diz em quais situações se faculta ou se incentiva o SRP. A lei diz que o procedimento auxiliar pode ser utilizado para o fornecimento de bens e serviços, assim como alude às obras e aos serviços de engenharia que atendam aos requisitos dos incs. I e II do art. 85.

Contudo, diversamente do Decreto Federal nº 7.892/13,⁴ que tanto o inspirou, o legislador não detalha as hipóteses de seu cabimento. O art. 82,⁵ que abre a Seção V, não aborda o assunto, nem

4 “Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses: I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes; II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa; III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração”.

5 “Art. 82. O edital de licitação para registro de preços observará as regras gerais desta Lei e deverá dispor sobre: I - as especificidades da licitação e de seu objeto, inclusive a quantidade máxima de cada item que poderá ser adquirida; II - a quantidade mínima a ser cotada de unidades de bens ou, no caso de serviços, de unidades de medida; III - a possibilidade de prever preços diferentes: a) quando o objeto for realizado ou entregue em locais diferentes; b) em razão da forma e do local de acondicionamento; c) quando admitida cotação variável em razão do tamanho do lote; d) por outros motivos justificados no processo; IV - a possibilidade de o licitante oferecer ou não proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital, obrigando-se nos limites dela; V - o critério de julgamento da licitação, que será o de menor preço ou o de maior desconto sobre tabela de preços praticada no mercado; VI - as condições para alteração de preços registrados; VII - o registro de mais de um fornecedor ou prestador de serviço, desde que aceitem cotar o objeto em preço igual ao do licitante vencedor, assegurada a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação; VIII - a vedação à participação do órgão ou entidade em mais de uma ata de registro de preços com o mesmo objeto no prazo de validade daquela de que já tiver participado, salvo na ocorrência de ata que tenha registrado quantitativo inferior ao máximo previsto no edital; IX - as hipóteses de cancelamento da ata de registro de preços e suas consequências. §1º O critério de julgamento de menor preço por grupo de itens somente poderá ser adotado quando for demonstrada a inviabilidade de se promover a adjudicação por item e for evidenciada a sua vantagem técnica e econômica, e o critério de aceitabilidade de preços unitários máximos deverá ser indicado no edital. §2º Na hipótese de que trata o §1º deste artigo, observados os parâmetros estabelecidos nos §§1º, 2º e 3º do art. 23 desta Lei, a contratação posterior de item específico constante de grupo de itens exigirá prévia pesquisa de mercado e demonstração de sua vantagem para o órgão ou entidade. §3º É permitido registro de preços com indicação limitada a unidades de contratação, sem indicação do total a ser adquirido, apenas nas seguintes situações: I - quando for a primeira licitação para o objeto e o órgão ou entidade não tiver registro de demandas anteriores; II - no caso de alimento perecível; III - no caso em que o serviço estiver integrado ao fornecimento de bens. §4º Nas situações referidas no §3º deste artigo, é obrigatória a indicação do valor máximo da despesa e é vedada a participação de outro órgão ou entidade na ata. §5º O sistema de registro de preços poderá ser usado para a contratação de bens e serviços, inclusive de obras e serviços de engenharia, observadas as seguintes condições: I - realização prévia de ampla pesquisa de mercado; II - seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento; III - desenvolvimento obrigatório de rotina de controle; IV - atualização periódica dos preços registrados; V - definição do período

os dispositivos subsequentes.

Como concluir? Quem dirá quais as situações em que pode ser utilizado o SRP? A lei não responde nem prevê regulamento voltado a este tópico. Mas se ela não estabelece os casos, a conclusão possível, inclusive em homenagem ao estado federado, é a de que os entes decidirão.

Intenção de registro de preços

A lei contém normas procedimentais a respeito do SRP. Elas são exatamente as que mais celeuma causam, já que seriam justamente as que poderiam constar de regulamentos editados pelos entes federados.

Entre as regras procedimentais, mencionamos a intenção de registro de preços, tratada no art. 86. Cuida-se de procedimento já conhecido na esfera federal, que agora se nacionaliza como etapa em regra obrigatória⁶ por meio da qual se possibilita, ainda na fase interna, a participação de outros órgãos e entidades na licitação conduzida pelo órgão ou entidade gerenciador(a). Na hipótese de outros órgãos/entes acudirem ao chamado em face do IRP, ao demandado pelo órgão/entidade gerenciadora, serão adicionados os montantes solicitados pelos participantes.

A intenção é evitar a realização de procedimentos desnecessários por órgãos e entes que possuem a mesma demanda, o que se afina ao princípio da eficiência. Vantagem adicional está na economia de escala. Na expectativa de atender a um número maior de interessados, o licitante tende a reduzir o valor unitário, medida que igualmente vai ao encontro da busca por eficiência e economicidade.

Adesão à ata de registro de preços

O art. 86 repete regras que já constavam do art. 22 do Decreto nº 7.892/13. Até o advento da Lei nº 14.133/21, não havia regra legal aludindo à carona. Os regulamentos, no amplo espaço que a Lei nº 8.666/93 tinha conferido a estados e municípios, poderiam prever

de validade do registro de preços; VI - inclusão, em ata de registro de preços, do licitante que aceitar cotar os bens ou serviços em preços iguais aos do licitante vencedor na sequência de classificação da licitação e inclusão do licitante que mantiver sua proposta original. §6º O sistema de registro de preços poderá, na forma de regulamento, ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade”.

6 O IRP não é obrigatório apenas quando o órgão ou entidade gerenciadora for o único contratante, nos moldes do §1º do art. 86.

vedações absolutas à carona ou circunscrever a adesão.

A Lei nº 14.133/21 não autoriza limites maiores. Fixa-se o alcance máximo das caronas, exatamente usando-se a métrica que o Decreto Federal nº 7.892/13, em sua redação última, prescreveu.

Há requisitos para que a adesão se faça de forma regular. O §2º do art. 86 estabelece que se deve demonstrar que os valores registrados estão compatíveis com os praticados no mercado à luz do que fixa o art. 23. A isso se adiciona a justificativa da vantagem da adesão, inclusive em situações de provável desabastecimento ou descontinuidade de serviço público. Não são apenas essas as situações em que a vantagem se materializa. Trata-se de exemplos que o legislador quis destacar.

Para além de requisitos que dependem do órgão/ente que pretende aderir, há de se observar se ainda há limite para adesão e se esta vai ao encontro do que deseja o fornecedor. Devemos sempre recordar que o fornecedor se obriga a entregar/executar aquilo que restar consignado em ata para os órgãos gerenciador e participante. A pretensão do aderente pode ser frustrada porque a ela resiste o fornecedor.

Na esfera federal, percebeu-se um acirramento contra a carona. O Decreto nº 9.488/18, que alterou o Decreto Federal nº 7.892/13, revela o olhar de receio para com as adesões e estabelece novos limites. A Lei nº 14.133/21 fez transplantá-los para que todo o país assim irradiasse as mesmas regras. O que se fez foi repetir os §§3º e 4º do art. 22 do Decreto Federal nº 7.892/13,⁷ cristalizando-os nos §§4º e 5º. Assim, cada adesão está sujeita a um teto, e a soma das adesões também deve respeitar um limiar.

Percebe-se, primeiro, que o órgão não participante pode postular a adesão à Ata de Registro de Preços em até 50% dos quantitativos dos itens registrados para os órgãos gerenciador e participante.⁸ Para além do recorte individual, a soma das adesões não poderá exceder, na totalidade, ao dobro do quantitativo de cada item

7 “§3º As aquisições ou as contratações adicionais de que trata este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cinquenta por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes. §4º O instrumento convocatório preverá que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, ao dobro do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem”.

8 A redação original do Decreto Federal nº 7.892/13 limitava em 100% a adesão individual.

registrado na ata para o órgão gerenciador e órgãos participantes.⁹ Não se trata do dobro do quantitativo do órgão gerenciador (que até pode não ter interesse no certame, como visto), mas da soma de ambos os quantitativos possíveis: gerenciador e participantes.

9 A regra anterior do Decreto Federal nº 7.892/13 fixava como marco o quádruplo do mesmo quantitativo. Novamente se percebe um freio à carona.

O estudo técnico preliminar na Nova Lei de Licitações e Contratos

Tatiana Camarão

No dia 1º.4.2021, foi publicada a Nova Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 14.133/21, que dá ênfase à governança nas contratações públicas e obriga os órgãos e entidades públicos a um esforço de implementar estruturas para assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto.

Um dos documentos da etapa de planejamento que recebeu atenção da novel legislação foi o estudo técnico preliminar – ETP, devido à sua função estratégica na engrenagem das contratações públicas. Este instrumento pavimenta o caminho para o atendimento correto e assertivo da demanda de contratação ou aquisição ao avaliar os cenários projetados e comprovar a viabilidade técnica e econômica das soluções disponíveis.

De acordo com o art. 6º, inc. XX da nova lei, o estudo técnico preliminar é o documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação, que tem como característica avaliar a melhor solução com vistas ao interesse público envolvido e serve de aparato para o anteprojeto, o termo de referência, ou mesmo para o projeto básico, a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação.

Dessa feita, esse documento se destina a identificar e analisar a necessidade pungente projetada pela unidade administrativa ao realizar o seu planejamento estratégico e o plano anual de contratação, buscando evidenciar o problema a ser resolvido, assim como as soluções possíveis, com fins de avaliar as informações necessárias para subsidiar o respectivo processo de contratação.

A lei se preocupa, ainda, em descrever quais elementos devem compor esse estudo. De acordo com o art. 18, §1º, o estudo técnico preliminar contém 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 anual de contratações, 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 como 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.

A nova lei faz uma ressalva no art. 18, §2º, registrando que os elementos constantes dos incs. I, IV, VI, VIII e XIII são essenciais, e os demais elementos, caso não constem no documento, devem ter as justificativas de suas ausências apresentadas.

Com efeito, a nova lei prevê exceções a essa regra e libera a necessidade de elaboração desse documento para casos específicos. Como exemplo, o art. 18, §3º, traz essa exceção para as hipóteses de contratação de obras e serviços comuns de engenharia, caso seja notória a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados e a especificação do objeto seja

cabível apenas no termo de referência ou no projeto básico.

Por seu turno, o art. 72, que trata dos processos de contratação direta, no qual se inserem os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, prevê a faculdade da elaboração do estudo técnico preliminar.

Na realidade, a lógica para adoção do estudo técnico preliminar deveria ser essa mesma. Ou seja, identificada uma solução para a demanda de contratação ou aquisição, automaticamente não haveria motivo para elaboração do estudo prévio. A adoção do contrário ao exposto representaria retrabalho e comprometimento da fluidez da engrenagem das contratações. Assim, não restam dúvidas de que há inúmeras situações nas quais a exigência do ETP é desnecessária,¹⁰ como as a seguir listadas:

a) nas licitações dispensáveis:

- dispensa em função do valor: as contratações em função do valor quase sempre são demandas de pequena monta, que não necessitam de estudo minucioso da solução desejada. Essas contratações são de objetos específicos que não se encontram na classificação abrangente da natureza orçamentária do objeto;

- dispensa em função da situação emergencial envolve contratações inesperadas, de tal modo que não há tempo para elaborar-se o estudo técnico preliminar e é necessária uma solução imediata que não se amolda com o tempo necessário para sua concepção;

- dispensa para contratação de remanescente não demanda o estudo técnico preliminar, pois este já foi produzido quando da licitação original.

b) na prorrogação de serviços de natureza contínua: a prorrogação de serviço de natureza continuada não exige novo estudo, este já foi produzido na fase de planejamento da contratação, que contemplou as prorrogações devidas para o objeto;

c) nas contratações padronizadas: as contratações de objetos padronizados não exigem novo estudo técnico preliminar, pois a solução identificada já foi estudada, dispensando-se repetir nova análise;

10 O art. 20 da IN nº 5/17 do MPDG faz referência às situações em que o ETP é dispensado.

d) nos serviços de mesma natureza, semelhança ou afinidade, os ETP podem ser elaborados de forma comum, já que são estudos similares e equivalentes, de tal modo que é possível conciliar os documentos.

Em meio ao já exposto, ainda é possível deparar-se com outras situações nas quais o ETP não é indicado.

Para uma ideal equação entre a obrigatoriedade ou não da elaboração de um ETP, é imprescindível uma análise sistêmica das demandas, sendo certo que é possível haver situações nas quais os estudos representam apenas retóricas de outras contratações e acabam tornando-se mais um documento a somar-se aos demais que são exigidos na lei, sem propósito ou relevância, apenas servindo como pano de fundo para a legalidade do processo de contratação.

Dito de outra forma, cuidado extremado é necessário para que essa ferramenta não caia no estudo pelo simples estudo, como nos casos nos quais há a reprodução de ETP pelas unidades administrativas ou a elaboração desse documento absolutamente desalinhado com a demanda ou realidade do órgão. Essa prática, mesmo indecorosa e obviamente absurda, é observada em várias instâncias na condução dos processos de contratação pública de diversos órgãos.

Sobre essa temática, o Tribunal de Contas da União – TCU,¹¹ em recente auditoria, identificou irregularidades relacionadas à inadequação na elaboração do estudo técnico preliminar – ETP, o qual, inclusive, vem sendo produzido após o termo de referência, o que altera toda a lógica do sistema de contratações públicas.

18. Dessa forma, foi constatado que os processos de planejamento, quando continham os artefatos exigidos na instrução normativa supracitada, como o Documento de Oficialização de Demanda (DOD), o Estudo Técnico Preliminar (ETP) e o Termo de Referência (TR), que os mesmos haviam sido elaborados de maneira pro forma, isto é, o planejamento da contratação não havia ocorrido de fato.

19. Observou-se casos em que o TR, último artefato que compõe a fase de planejamento, foi o primeiro documento produzido. Isto é, o órgão já tinha definido qual a solução que pretendia adquirir e, muitas vezes, qual a ata de registro de preços à qual pretendia aderir sem sequer ter feito uma análise de suas necessidades

11 TCU, Plenário. Acórdão nº 2.037/2019.

de negócio e das soluções existentes no mercado e no portal de software público que poderiam atendê-lo.

Logo, o entendimento de que é proibido realizar uma contratação sem o ETP não tem como se sustentar, pois é essencial avaliar o micro e macroambiente nos quais se situam a demanda e a real necessidade de produção do documento.

Outro ponto importante com relação à adoção do ETP no formato previsto na nova lei diz respeito à sua observância na integralidade. Como exposto, o dispositivo que trata desse documento detalha sua elaboração. Ora, se essas orientações dizem respeito às matérias voltadas aos procedimentos administrativos, os quais são próprios e característicos de cada organização, eles não deveriam figurar em regulamentos dos próprios órgãos responsáveis pelas contratações?

À medida que o norteador venha imposto pela lei, passa a se tratar de medida compulsória, não apresentando sentido algum, visto que o órgão da Administração Pública, que já tem a estrutura do ETP endossada pela alta administração e assimilada pelas áreas, terá que rever esse documento para adequar a roteirização imposta pela lei, muitas vezes sem qualquer efeito positivo. Tal avaliação só caberia válida se fosse com intenção de realizarem-se ajustes ou melhorias. Ao estar atrelada à parte prescritiva da lei, tal ação significará um retrocesso nos processos de contratações da organização.

Lado outro, aquelas organizações que estão dando seus primeiros passos na implementação do sistema de governança da contratação pública deverão fortalecer as etapas de planejamento e gestão de contratos, acolher o roteiro descritivo da lei e dar ênfase à definição de processos de trabalho. Por isso, as organizações com grau inicial ou inexistente de maturidade da governança podem tender seu olhar para o aspecto descritivo da lei.

Enfim, a observância das orientações previstas na lei para a elaboração do ETP deve ser feita de forma correta pelas organizações. Não é possível determinar que as regras da lei alcancem todos os órgãos e entidades públicas de maneira uniforme. Uma organização com grau elevado de governança, que já se encontra estruturada e com seus processos de trabalho adaptados, sofrerá recuo se ficar atrelada à parte prescritiva do documento.

Portodo exposto, podemos concluir que a Nova Lei de Licitações dá destaque à etapa de planejamento das contratações e estabelece as medidas a serem adotadas. Um dos documentos essenciais que

integram essa etapa é o estudo técnico preliminar (ETP), o qual traz grandes benefícios para as contratações públicas, visto que se propõe a descrever a necessidade da contratação, caracterizando o interesse público envolvido por meio da avaliação dos custos e os benefícios de cada opção, indicando a alternativa mais vantajosa, representando um inibidor da ocorrência do desperdício decorrente da corrupção e ineficiência.

Com efeito, esse documento valioso não deve ser produzido sem uma justificativa plausível, servindo apenas de adorno no processo de contratação pública, tampouco alterado na sua estrutura, se esta já se encontra consolidada na organização. É importante reconhecer o quão danosa será a mudança dos elementos do ETP exclusivamente para atender à ordem legal ou a adoção desse documento sem critérios, desconectado da realidade e necessidade da área demandante.

As modalidades de licitação e as possibilidades de variação procedimental

Marcos Nóbrega

Rafael Sérgio de Oliveira

Introdução

Em matéria de modalidades de licitação, a Lei nº 14.133, de 1º.4.2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – NLLCA trouxe alterações significativas no quadro dos procedimentos destinados à seleção da proposta mais vantajosa para a execução dos contratos públicos. O tema que ora se explora é exatamente o das possibilidades admitidas pela nova lei para os procedimentos de licitação. Ao contrário do que ocorre no regime tradicional, radicado sobretudo na Lei nº 8.666, de 21.6.1993, o sistema de contratação pública inaugurado com a Lei nº 14.133/2021 não traz um procedimento fixo para cada uma das modalidades de licitação.

É fato que a NLLCA traz as linhas gerais de cada um desses ritos, mas o novo diploma ainda oferece a possibilidade de alteração de algumas fases. É possível dizer que os procedimentos de adjudicação dos contratos possuem peças que a Lei nº 14.133/2021 prevê em espécies variadas, o que acarreta a modificação do procedimento conforme as circunstâncias do certame. Cada modalidade, então, é um “lego” com as devidas peças, que poderão ser usadas conforme a adequação ao caso concreto.

Essa alteração na positivação do rito das modalidades de licitação acarreta uma substancial modificação metodológica na definição dos procedimentos de seleção do futuro contratado. Com a Lei nº 14.133/2021, a determinação do rito procedimental não é apenas informada por elementos legais. Há uma discricionariedade técnica ofertada ao gestor no momento da elaboração do certame. Tal discricionariedade é técnica porque existem diversos estudos voltados para o desenho dos procedimentos de eleição do contratado. Destacamos neste trabalho a teoria dos leilões e a sua evolução, que é a teoria de desenho dos mercados.¹² Sem dúvida, esses estudos serão capazes de orientar o gestor na formação do desenho da licitação

12 Cf. NÓBREGA, Marcos. Novos marcos teóricos em Licitação no Brasil – Olhar para além do sistema jurídico. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 11, n. 40, p. 47-72, 2013.

ante as possibilidades ofertadas pela NLLCA.

1 As modalidades de licitação na Lei nº 14.133/2021

Modalidade de licitação no direito brasileiro significa a marcha do procedimento pelo qual é escolhido o contratado dentro de um rito concorrencial. Isto é, existem procedimentos diversos para licitar os contratos a serem firmados pela Administração, correspondendo cada um deles a uma modalidade de licitação. Essa variedade existe em razão das diversas espécies de contratos celebrados pelo Poder Público, pelo que se exige uma adequação entre o procedimento de adjudicação, o objeto a ser contratado e a realidade do mercado.

Antes de adentrar na questão das modalidades licitatórias, cabe aqui uma questão acerca do sentido do termo “licitação” na legislação brasileira. A Lei nº 14.133/2021 não traz no seu glossário (art. 6º) o sentido que a norma empresta a esse termo. O mais próximo que consta do rol do art. 6º é a definição de “licitante”, que é, nos termos do inc. IX:

peessoa física ou jurídica, ou consórcio de pessoas jurídicas, que participa ou manifesta a intenção de participar de processo licitatório, sendo-lhe equiparável, para os fins desta Lei, o fornecedor ou o prestador de serviço que, em atendimento à solicitação da Administração, oferece proposta; [...].

De certo modo, a definição trazida pela lei remete para a ideia de “processo licitatório”, que é exatamente a licitação. Licitante, então, é o operador econômico, travestido de pessoa natural ou jurídica, ou de consórcio de pessoas jurídicas, que demonstra interesse em fazer parte ou que efetivamente participa de uma licitação.

Porém, a análise desse conceito legal não nos faz evoluir no sentido do que venha a ser o processo licitatório. Nesse rumo, propomos aqui um olhar sobre as hipóteses de contratação direta (dispensa e inexigibilidade), que não são postas na lei como modalidade de licitação, pois, ao contrário disso, são casos em que o diploma legal admite a exclusão da licitação (arts. 74 e 75). Trata-se, sem dúvida, de procedimentos adjudicatórios de contratos públicos, mas não de licitação. Isso porque os arts. 74 e 75 do novo diploma expressamente falam que os casos de contratação direta são situações em que se exclui a licitação porque ela é, respectivamente, inexigível ou dispensável. Inexigir ou dispensar uma licitação é, então, excluir o processo licitatório para a adjudicação de um contrato. Com isso, verificamos que no direito pátrio temos procedimentos

adjudicatórios de contratos públicos por licitação e por contratação direta. Neste último caso, não há competição, elemento presente em todas as hipóteses de modalidade de licitação.

A legislação brasileira, portanto, identifica a licitação como um procedimento adjudicatório concorrencial, sendo os casos de contratação direta situações em que o procedimento não tem caráter competitivo. É possível dizer, desse modo, que no direito pátrio há duas espécies de procedimentos adjudicatórios: a) a contratação direta, em que não há competição; e b) a licitação, hipótese em que o procedimento tem caráter concorrencial.

Visto isso, é possível se entender a parte final do inc. IX do art. 6º da Lei nº 14.133/2021, que equipara ao licitante “o fornecedor ou o prestador de serviço que, em atendimento à solicitação da Administração, oferece proposta”. Esses equiparados são exatamente aqueles operadores econômicos que oferecem propostas em casos de contratação direta. Eles não são licitantes, mas se equiparam a tal, em termos jurídicos, para os fins públicos do processo de contratação.

Não se diga que contratação direta é hipótese de licitação porque a Lei nº 14.133/2021 coloca dentro do Título II, que trata *Das Licitações*, o capítulo que cuida *Da Contratação Direta* (Capítulo VIII do Título II). Assim é porque falar de contratação direta é também falar de licitação, na medida em que aquela é a exclusão desta última. Não podemos esquecer que a Constituição de 1988 elegeu como regra o procedimento adjudicatório concorrencial, portanto, a licitação (art. 37, XXI). As inexigibilidades e as dispensas são exceções admitidas em lei, pelo que não se pode ver a exceção fora da regra. Isso é o que explica essa questão topográfica do tratamento da contratação sem licitação dentro do título da Lei nº 14.133/2021 que versa exatamente sobre licitação.

Como já dito, a licitação se processa por meio de várias espécies procedimentais. As modalidades representam, em certa medida, exatamente essa variação. O art. 28 da Nova Lei de Licitação prevê as seguintes modalidades: a) pregão; b) concorrência; c) concurso; d) leilão; e) e diálogo competitivo.

A tomada de preços e o convite, modalidades que existiam na Lei nº 8.666/1993, não constam na nova lei. Já o RDC, considerado atualmente uma modalidade licitatória, deixa de existir como tal, embora muitas das práticas desse regime diferenciado tenham a sua aplicação facultada nas modalidades previstas no novo diploma (orçamento sigiloso, contratação integrada, critério de julgamento de

maior retorno econômico, modos de disputa aberto e fechado etc.). A novidade é o diálogo competitivo, pois as demais modalidades previstas na Lei nº 14.133/2021, em alguma medida, já existiam no regime licitatório brasileiro.

Continua valendo a regra que proíbe a criação de outras modalidades além daquelas previstas na lei, assim como a que impede a combinação das modalidades entre si (art. 28, §2º). Vale dizer que essas proibições valem apenas para o nível infralegal das normas e para as leis estaduais, distritais e municipais, pois leis federais podem vir a criar novas modalidades. Enfim, a previsão dessa regra consagra o entendimento já vigente de que modalidade é matéria típica de norma geral de licitação e contratação, nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição, e, por isso, só pode ser tratada por lei federal (nacional).

As modalidades previstas são aplicáveis nas situações seguintes.

Modalidade	Cabimento
Concorrência (art. 6º, XXXVIII, c/c art. 29)	Contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia.
Concurso (art. 6º, XXXIX)	Escolha de trabalho técnico, científico ou artístico.
Leilão (art. 6º, XL)	Alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos.
Pregão (art. 6º, XLI, c/c art. 29)	<p>Obrigatoriamente, contratação de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles que possuam <i>padrões de desempenho e qualidade aptos a serem objetivamente definidos no edital</i> por meio de especificações usuais no mercado.</p> <p>Obs.: o pregão não poderá ser utilizado para licitar obras, mas poderá ser aplicado a serviços de engenharia considerados comuns.</p>

Diálogo competitivo (art. 6º, XLII, c/c art. 32)	Contratações cujo objeto é complexo a ponto de a Administração necessitar da colaboração do mercado para desenvolver as alternativas capazes de atender à necessidade/unitlidade pública a ser suprida com o contrato.
--	--

Por disposição expressa da lei, o pregão e a concorrência “seguem o rito procedimental comum” (art. 29), ou seja, têm exatamente o mesmo procedimento.¹³ A diferença entre um e outro está apenas no critério de julgamento das propostas, pois no pregão são aplicáveis apenas os critérios de *menor preço* ou de *maior desconto* (art. 6º, XLI), ao passo que na concorrência as propostas podem ser julgadas com base nos critérios de *menor preço*, *maior desconto*, *melhor técnica ou conteúdo artístico*, *técnica e preço* e *maior retorno econômico* (art. 6º, XXXVIII).

Cabe dizer que aqui a Nova Lei de Licitações deixou de trazer para o plano da norma a figura do pregão invertido e, por que não, da concorrência invertida. O pregão nesses moldes é geralmente utilizado nos casos de contratação de bens e serviços comuns em que a Administração tem a possibilidade de auferir renda. Nesses casos, o critério de julgamento das propostas é o de maior oferta.¹⁴

Outro ponto relevante de se anotar é que o pregão passa a ser legalmente obrigatório para bens e serviços comuns (art. 6º, XLI). Na égide da Lei nº 10.520/2002, o uso do pregão para licitação de bem e serviço comum é uma faculdade (art. 1º da Lei do Pregão). No plano federal, por exemplo, a obrigatoriedade do pregão decorreu dos regulamentos.¹⁵

A rigor, é possível dizer que o pregão cresce na sistemática da nova lei. Principalmente porque a concorrência foi “apregoadada”, já que incorporou a si as características do pregão. No fim das contas, na sistemática da Lei nº 14.133/2021, a concorrência é um pregão

13 Vemos aqui uma grande contradição no projeto. Como dissemos, cada espécie de modalidade de licitação indica um procedimento, ou seja, um rito. Se há modalidades de licitação com mesmo rito, ao fim e ao cabo o que existe é só uma modalidade. Essa é uma incoerência da norma que pode levar a discussões capazes de desconfigurar o desenho projetado no texto.

14 AMORIM, Victor Aguiar Jardim de; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Pregão eletrônico: comentários ao Decreto Federal nº 10.024/2019. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 89.

15 Atualmente, no plano federal, o pregão eletrônico é obrigatório em razão do disposto no art. 1º do Decreto nº 10.024/2019.

com a possibilidade do uso dos demais critérios de julgamento das propostas. Ressaltamos que a concorrência do novel diploma não tem as características daquela da Lei nº 8.666/1993. Sua maior semelhança é com o RDC, já que tem uma variação procedimental similar à do Regime Diferenciado da Lei nº 12.462/2011.

O concurso e o leilão permanecem basicamente com as mesmas configurações que possuem na Lei nº 8.666/1993. Quanto ao leilão, a Lei nº 14.133/2021 remete para regulamento as normas sobre seus “procedimentos operacionais” (art. 31).

A novidade é o diálogo competitivo,¹⁶ cujo escopo é a adjudicação de contratos dotados de complexidade técnica, jurídica ou financeira. Trata-se de um instituto oriundo do direito europeu, cujo foco inicial foi incentivar os Estados-Membros da União Europeia a promoverem parcerias público-privadas, as PPP. A ideia subjacente nessa modalidade de licitação é a de que o setor privado pode contribuir para as soluções públicas. Por isso, ele é apropriado para aquelas situações nas quais o Poder Público sabe da sua necessidade, mas não sabe como supri-la. No diálogo competitivo, o objeto da contratação é concebido no curso da licitação.

A peculiaridade desse procedimento é que antes do julgamento das propostas há uma etapa de qualificação técnica e econômico-financeira e outra de diálogo com os candidatos. A qualificação e o julgamento das propostas pouco se diferem do que existe na concorrência na forma como regulada hoje, sendo a fase de qualificação, digamos assim, equivalente à habilitação técnica e econômico-financeira. Na etapa do diálogo, cada candidato apresenta a sua solução à Administração. Reparemos que se trata de diálogo secreto, pois cada licitante apresenta sua proposta de objeto do contrato de maneira individualizada para a Administração. Escolhida a solução, parte-se para o julgamento das propostas, que deve ocorrer de acordo com um dos critérios de julgamento previstos na nova lei, com destaque para o critério de técnica e preço. Essa modalidade é apta para casos complexos, sendo, por isso, de aplicação restrita. Na Europa, poucos são os países que se valem dessa espécie de procedimento, apesar de o terem positivado no seu direito interno. Ele é bastante utilizado na Inglaterra e na França.

16 Cf. OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O diálogo competitivo brasileiro. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 232, p. 67-106, abr. 2021.

2 As possibilidades de variação do procedimento licitatório

Todo o procedimento licitatório tem seus elementos fundamentais, seus elementos constitutivos que devem ser arrançados para buscar a maior eficiência na contratação pública. Nesse sentir, os principais componentes para a formatação de um procedimento licitatório são a modalidade, os modos de disputa, os critérios de julgamento¹⁷ e os regimes de execução. Esse conjunto e sua combinação determinam a melhor forma de extrair informação dos licitantes e tentar alcançar a maior eficiência possível.

Isso é dito porque, ao passo que juridicamente podemos entender a licitação como um procedimento administrativo, ou seja, a concatenação de atos administrativos, do ponto de vista econômico, no entanto, licitação é um mecanismo de “revelação de informação”. Isto é, trata-se de um instrumento (ou um “jogo”, economicamente falando) no qual a Administração Pública formata a melhor configuração possível para extrair informação dos licitantes e diminuir a assimetria informacional existente.

Isso porque os licitantes possuem informação privilegiada e procurarão extrair alguma renda (*information rent*) da Administração Pública, levando o contrato a um equilíbrio não ótimo. Nesse contexto, o grande desafio da modelagem de uma licitação é criar mecanismos que façam alinhamento de incentivos ao mercado, de maneira que possa ser extraída a maior quantidade possível de informação pelo Poder Público em relação ao licitante. É bem verdade que essa informação pode ser extraída de duas formas. A primeira delas, por óbvio, é dada pelo preço, posto que é um mecanismo de transferência de informação. Ocorre, no entanto, que em mercados incompletos, ou em mercados submetidos a momentos de estresse (submetidos a choques exógenos, como o Covid-19, por exemplo), não há um funcionamento adequado e o sistema de preços sofre imperfeições. Dessa forma, diante de elevados custos transacionais, problemas informacionais e choques bruscos, o sistema de preços é incapaz de transmitir todas as informações para a escolha da melhor proposta.

Dessa forma, em alguns mercados, a definição do preço de equilíbrio é muito mais difícil de ser encontrada por conta da heterogeneidade do objeto como ocorre, por exemplo, no caso de serviços. Por isso, além da formatação modalidade/modos de disputa/critérios de julgamento/regime de execução, têm que ser arrançados

17 Chamados de “tipo de licitação” na sistemática da Lei nº 8.666/1993 (§1º do art. 45).

critérios subsidiários para a escolha da melhor proposta, como os mecanismos de *rating*,¹⁸ por exemplo.

Assim, quando há imperfeições no mercado (mercados incompletos, por exemplo), a licitação executa um jogo *subótimo* e o estabelecimento de mecanismos de extração de informação passa a ter uma importância extremamente grande. A assimetria de informação pode estabelecer uma série de imperfeições, sobretudo no caso de seleção adversa. Nessas circunstâncias, a imperfeição do desenho da licitação acaba por afastar os bons licitantes, deixando apenas os menos qualificados para participar do certame. É aqui onde entra a relevância de se compreender as modalidades da NLLCA e as suas peças, pois só assim será possível bem aplicar cada uma dessas nos casos para os quais são adequadas.

O estabelecimento, portanto, das modalidades licitatórias na Lei nº 14.133/2021, conjugado com as opções procedimentais dadas pelo novo diploma, tem o objetivo de tentar encontrar os melhores padrões de eficiência para os certames licitatórios no país.

É isso que se busca analisar neste texto: algumas ferramentas relativas à fase de licitação ofertadas pela Lei nº 14.133/2021 para cada uma das modalidades de licitação, ressaltando que o uso de uma ou de outra dependerá do exercício de uma discricionariedade técnica do encarregado em definir a montagem da licitação.

2.1 O caráter sigiloso do orçamento estimado da contratação

A Lei nº 8.666/1993 coloca que o orçamento estimado da contratação é uma peça anexa ao edital (art. 40, §2º, II) e, por isso, esse valor que a Administração espera despendar com o contrato é sempre do conhecimento dos proponentes na licitação.

Seguindo a lógica do RDC (art. 6º) e da Lei das Estatais (art. 34 da Lei nº 13.303, de 30.6.2016), o art. 24 da NLLCA admite que a Administração divulgue um edital de licitação sem dar a conhecer ao respectivo mercado o valor que o ente público estima despendar com aquela contratação. Essa hipótese é conhecida como *orçamento sigiloso* e só pode ser adotada pela Administração licitante no caso de ela justificar tal postura. Obviamente que tal justificativa deve se

18 Nesse sentido, a Lei nº 14.133/2021 prevê um sistema de reputação da atuação do contratado (§3º do art. 88), indicando que esses dados devem ser usados em certames cujo critério de julgamento for melhor técnica ou técnica e preço (art. 37, III). No mesmo sentido é o inc. III do art. 41 da NLLCA, que admite a vedação de contratação de marca ou produto por mal desempenho em contratos anteriores.

dar com base no propósito do certame de eleger a proposta mais vantajosa para o Poder Público (art. 11, I, da NLLCA).

Já tivemos a oportunidade de asseverar que o uso dessa ferramenta não é vantajoso em qualquer hipótese.¹⁹ Há casos em que o sigilo do orçamento estimado pode trazer vantagens para a Administração, evitando que ocorra, por exemplo, o efeito âncora, que acontece quando o conhecimento por parte do vendedor de quanto o comprador aceita pagar acaba por aproximar o valor das propostas do valor estimado.

Desse modo, a adoção dessa figura depende da consideração do gestor em relação à sua adequação ao caso concreto. Ressaltamos que essa ferramenta tem cabimento em quaisquer das modalidades de licitação do novo regime.

2.2 A inversão das fases e a pré-qualificação

O art. 17 da Lei nº 14.133/2021 estabelece o rito procedimental faseado de todas as modalidades de licitação. Segundo o mencionado dispositivo, a licitação deverá seguir as seguintes etapas, nesta ordem:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

I - preparatória;

II - de divulgação do edital de licitação;

III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

IV - de julgamento;

V - de habilitação;

VI - recursal;

VII - de homologação.

Entretanto, o §1º desse mesmo dispositivo admite que, por meio de ato motivado no qual sejam expostos os benefícios para tanto, a Administração licitante realize a habilitação antes das etapas de apresentação das propostas e de julgamento da licitação. Trata-se de uma inversão da ordem do art. 17, o que seria uma medida excepcional e condicionada à demonstração dos benefícios da antecipação da fase habilitatória.

Cabe aqui dizer que, na lógica da Lei nº 14.133/2021, o procedimento licitatório tem sentido oposto ao da Lei nº 8.666/1993 conjugada com a Lei do Pregão. Isso porque a Lei nº 8.666/1993 tinha como regra inquebrantável do procedimento licitatório a realização da

19 NÓBREGA, Marcos. *Direito e economia da infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 77-92.

habilitação antes da apresentação das propostas e do seu julgamento. Por isso, entendia-se que a Lei nº 10.520/2002 inverteu essa lógica, prevendo que a habilitação no pregão ocorre após o julgamento. No caso da Lei nº 14.133/2021, como bem se nota no inc. I do §1º do seu art. 165,²⁰ a inversão ocorre quando, nos termos do art. 17, §1º, da nova lei, a Administração decide antecipar a habilitação.

Importante notar que essa possibilidade é aberta na Nova Lei de Licitações até para o pregão. Ou seja, no regime recém-inaugurado, o pregão pode ser processado com a antecipação da habilitação para uma etapa anterior à apresentação das propostas e de lances. É claro que tal postura seria rara, mas é importante ressaltar que ela é possível e deve ser tomada nos casos em que a Administração verificar que essa inversão é mais benéfica para consagrar o objetivo da licitação de “assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública” (art. 11, I, da Lei nº 14.133/2021).

É neste ponto que entra a discricionariedade técnica conferida ao gestor para a montagem do procedimento licitatório de acordo com a realidade do mercado a ser prospectado. No caso da antecipação da habilitação, ela deve ter lugar nas situações em que a competição deve ser limitada a uma prévia qualificação dos operadores econômicos, uma vez que competidores sem a qualificação necessária tendem a atrapalhar a seleção da proposta mais vantajosa.

É por isso que defendemos que há modalidades cuja habilitação, em regra, deve vir antes da apresentação das propostas. Seria o caso do concurso e do diálogo competitivo. Essas são modalidades cuja apreciação das propostas requer uma seleção prévia dos licitantes, sob pena de a Administração ter de analisar proposições compostas de elementos técnicos apresentadas por licitantes sem capacidade de atender minimamente aos requisitos. No caso do concurso, o julgamento do certame incide nos trabalhos técnicos, científicos ou artísticos, pois a contraprestação é previamente definida no edital como prêmio ou remuneração (art. 30, III, c/c art. 35, ambos da Lei nº 14.133/2021). Já o diálogo competitivo é uma modalidade da qual a nova lei expressamente exige uma pré-seleção, para, só assim, a

20 Diz o inc. I do §1º do art. 165: “§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” (grifos nossos).

Administração passar a dialogar com o mercado para construir uma ou mais soluções para a necessidade pública (art. 32). Defendemos que essa prévia seleção ocorra com base nos critérios de habilitação.²¹

Ressaltamos, ainda, que outro elemento a ser considerado pelo gestor na montagem do procedimento de licitação, caso ele verifique que antes da apresentação das propostas deve ocorrer uma prévia qualificação, é o instituto da pré-qualificação, previsto no art. 6º, XLIV, c/c art. 80, inc. I, todos da Nova Lei de Licitações. Nos moldes da Lei nº 14.133/2021, é possível limitar a participação na licitação a licitantes pré-qualificados, de modo que esse instituto é também uma opção a ser considerada nesses casos em que for mais vantajoso habilitar com antecedência (art. 80, §10).

Ressaltamos que a pré-qualificação, no caso de aquisição, também pode dizer respeito ao objeto do contrato, hipótese em que a Administração, em uma fase que antecede a própria licitação, verifica se o bem a ser comprado atende aos requisitos técnicos ou de qualidade desejáveis (art. 80, II, da Lei nº 14.133/2021).

2.3 Os modos de disputa e os critérios de julgamento das propostas

Na linha do que ocorre no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (art. 16 da Lei nº 12.462/2011), a NLLCA traz a figura dos modos de disputa (art. 56). Trata-se da etapa da licitação relativa à apresentação das propostas e lances (art. 17, III, da Lei nº 14.133/2021). Ou seja, os modos de disputa dizem respeito à forma como as propostas e os lances são apresentados na licitação.

A Lei nº 14.133/2021 adotou o regime de dupla espécie de oferta, já presente no pregão e no RDC. Ou seja, na Nova Lei de Licitações as ofertas apresentadas pelos licitantes podem vir na forma de *propostas stricto sensu* e de *lances*, a depender do modo de disputa adotado. São dois os modos de disputa: o aberto e o fechado, que poderão ser utilizados de forma isolada ou conjunta.

Pela letra do art. 56 da Lei nº 14.133/2021, no modo de disputa aberto as propostas são apresentadas na forma de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes. Já o modo de disputa fechado ocorre quando as propostas são apresentadas sob sigilo e se tornam públicas na data e hora que o edital do certame indicar.

21 Cf. OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O diálogo competitivo brasileiro. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 232, p. 67-106, abr. 2021.

A despeito dessas definições legais, entendemos que há cabimento para variações na aplicação dos modos de disputa, sobretudo no caso de sua combinação. Assim ocorreu no RDC, conforme o disposto no Decreto nº 7.581, de 11.10.2011, e até mesmo no pregão, consoante o Decreto nº 10.024, de 20.9.2019.

Para o presente trabalho, importa ressaltar que esse é mais um elemento a ser considerado pelo gestor no momento do desenho do procedimento da licitação.

Na hipótese do pregão, necessariamente deverá ocorrer uma fase de lances. É que os critérios de julgamento do pregão são apenas o menor preço e o maior desconto. Nesses casos, o §1º do art. 56 veda o uso isolado do modo de disputa fechado, o que significa dizer que deve haver o uso do aberto de forma isolada ou conjugada com o fechado. Ou seja, sempre haverá o modo aberto, situação em que a apresentação da oferta do licitante ocorre por meio de lance.

Nas demais modalidades de licitação, o uso do modo de disputa vai depender do critério de julgamento a ser utilizado. Cabe dizer que essas considerações não se aplicam ao concurso e ao leilão. No caso do primeiro, o critério de julgamento necessariamente é melhor técnica ou conteúdo artístico (art. 6º, XXXIX), hipótese em que o valor da contraprestação da Administração é fixado pelo próprio Poder Público no edital do certame (art. 30, III, c/c art. 35, ambos da Lei nº 14.133/2021). Isto é, a disputa não ocorre em bases pecuniárias, motivo pelo qual não há lance no concurso. Em relação ao leilão, trata-se de modalidade em que a oferta, por definição, ocorre por lances (art. 6º, XL, da NLLCA), sendo seu critério de julgamento, inclusive, o de maior lance (art. 33, V, da Lei nº 14.133/2021). A rigor, o leilão é uma modalidade em que o modo de disputa é exclusivamente o aberto com preços crescentes.

Em relação ao diálogo competitivo, a Lei nº 14.133/2021 não exige um critério de julgamento específico para esta modalidade. Já tivemos a oportunidade de defender a tese de que o critério mais adequado para o diálogo competitivo é a técnica e preço,²² o que implica a adoção obrigatória do modo de disputa fechado isoladamente (art. 56, §2º, da Lei nº 14.133/2021). Com isso, temos dúvidas sobre a possibilidade de lances no âmbito dessa modalidade licitatória, restando essa definição para a regulamentação.

22 OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O diálogo competitivo brasileiro. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 232, p. 67-106, abr. 2021.

Já a concorrência é a modalidade que, por definição legal, comporta o maior número de critérios de julgamento previstos na NLLCA e, por isso, conta com uma maior variação procedimental nas fases de apresentação e julgamento das propostas. Segundo o art. 6º, XXXVIII, da Lei nº 14.133/2021, a concorrência pode ser julgada por menor preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior retorno econômico e maior desconto. Ou seja, só não se aplicaria a essa modalidade o critério de maior lance, que é privativo do leilão (art. 33, V, da Lei nº 14.133/2021).

Já se viu que o art. 56 da NLLCA impõe algumas limitações para os modos de disputa conforme o critério de julgamento. De modo que, sobretudo no caso da concorrência, a definição do critério de julgamento deve ter em conta as implicações para a fase de apresentação das propostas e de lances, quando for o caso.

Por último, cabe dizer que a maior possibilidade de variação procedimental encontrada na concorrência decorre do fato de essa modalidade ser legalmente reservada para obras e bens e serviços considerados especiais, ressalvado o serviço comum de engenharia, que também pode ser licitado por concorrência (art. 6º, XXXVIII, da Lei nº 14.133/2021). Os bens e serviços especiais têm como característica marcante a sua alta heterogeneidade ou complexidade (art. 6º, XIV, da Lei nº 14.133/2021), o que implica certa variação do mercado a ser enfrentado pelo certame. Assim, é importante que o gestor conte com uma flexibilidade procedimental, tendo a possibilidade de escolher as peças mais adequadas para o desenho da licitação apta a selecionar a proposta mais vantajosa.

Provocações sobre a Lei nº 14.133/2021 (NLLCA)

Anderson Sant'Ana Pedra

1 Todos os dispositivos da Lei nº 14.133/2021 devem ser considerados normas gerais?

O art. 1º da Lei nº 14.133/2021 (NLLCA) “estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” tal qual prescreve o art. 1º da Lei nº 8.666/1993.

Deve-se de partida firmar que não existe um rol apriorístico e com delimitações objetivas do que pode ser considerado “normas gerais” a partir da prescrição constitucional, seja em matéria de licitações e contratos administrativos, competência privativa da União nos termos do art. 22, inc. XXVII, ou de competência concorrente prevista no art. 24 da Constituição brasileira de 1988, tratando-se de uma fronteira fluida inerente a um conceito jurídico indeterminado.

Apesar de a NLLCA enunciar que “estabelece ‘normas gerais’ de licitação e contratação”, sabe-se que o congressista em determinados temas e detalhamentos foi e vai além daquilo do que deveria ser moldurado como normas gerais, ocorrendo um “maximalismo normativo” com uma indevida hipertrofia da competência legislativa do Congresso Nacional.

Podem-se elencar como as principais características das normas gerais: i) trata-se de competências normativas primárias, mas não plenas; ii) estabelecem princípios, linhas mestras, básicas, diretivas e questões fundamentais; iii) não podem conter detalhamentos dos temas tratados; iv) devem ser normas nacionais aplicáveis a todos os entes da federação; v) devem ser auto limitadoras para não invadirem a autonomia administrativa e a competência normativa dos demais entes da Federação; e vi) podem fixar um interesse público nacional, regulatório, por exemplo.

Como se nota, uma das características da norma geral é que ela não pode ser exaustiva, preenchendo todos os espaços normativos e esvaziando a competência legislativa dos demais entes da federação de produzirem as normas específicas.

Um desvirtuamento das normas gerais pelo Congresso Nacional pode ensejar uma restrição indevida na autonomia dos demais entes federativos e corromper o pacto federativo. Um espaço normativo deve ser deixado para preenchimento pelas normas específicas a fim de atender às peculiaridades sociais, econômicas e organizacionais de cada ente federativo, respeitando assim sua autonomia política, suas particularidades e, principalmente, sua capacidade de auto-organização.

Apesar da tentativa de caracterização das normas gerais, estas não permitem uma delimitação de forma precisa das competências normativas dos entes federativos, mas também não autorizam o Congresso Nacional a legislar matérias específicas que irão interferir na organização e no funcionamento dos demais entes federativos. Infelizmente, é muito comum a invasão pela União dos espaços normativos dos demais entes da federação, facilitada, inclusive, por entendimento complacente do STF, apesar de não existir um posicionamento preciso e consistente quanto à distribuição das competências legislativas.

Registra-se, por fim, que o art. 1º prescreve que “estabelece normas gerais”, mas não que todas as suas disposições são normas gerais. Alguns dispositivos, inclusive, são explícitos no sentido de que seu regramento é destinado apenas à União (arts. 86, §§6º e 8º, e 192) e, outros, com toda certeza, foram além da competência legislativa plasmada constitucionalmente para aquilo que se conceitua como norma geral.

2 Como ocorrerá a definição do que são efetivamente as normas gerais na Lei nº 14.133/2021?

Difícilmente será interposta uma ação declaratória de constitucionalidade (ADC) objetivando que o STF declare como constitucionais todos os dispositivos contidos na Lei nº 14.133/2021, até em razão de que a apreciação do STF em sede de controle abstrato ocorre em face das normas que podem ser extraídas do enunciado normativo (texto) e não do enunciado normativo propriamente dito.

Outra situação também pouco provável seria o ingresso de várias ações declaratórias de inconstitucionalidade (ADI) questionando seus dispositivos (artigos, parágrafos, incisos ou alíneas), expressões ou palavras; como ocorreu na apreciação de medida cautelar na ADI nº 927/RS, em que se entendeu que as vedações trazidas no art. 17, inc. I, “b” e “c”; inc. II “b” e §1º se restringem a bens da União, tratando-se de norma federal (aplicável apenas à União) e não de norma nacional

(aplicável a todos os entes federativos).

A definição quanto à (in)constitucionalidade de cada uma das normas da Lei nº 14.133/2021 ocorrerá de forma difusa e reflexa a partir da edição de atos normativos (leis e/ou regulamentos) por parte dos demais entes federativos e que eventualmente venham a demonstrar aparente colisão com as normas da NLLCA, mas que, substancialmente, estarão analisando se a normatização pelo ente federativo ocorreu ou não de forma calibrada com o texto constitucional naquilo que dele se extrai como sendo “norma geral” ou “norma especial” – o que se dará a partir de decisões judiciais por meio de controle de constitucionalidade em abstrato ou em concreto, como ocorreu nas ADI nºs 3.059/RS, 1.746/SP, 3.670/DF, 2.990/DF e 3.322/DF; no RE nº 423.560/MG, no ARE nº 648.476 AgR/MG; em todos eles o STF apreciou a (in)constitucionalidade de leis produzidas pelos demais entes da Federação a fim de definir se estaria ou não invadindo a competência da União de editar normas gerais.

3 Os tribunais de contas podem controlar a constitucionalidade de legislação local que vier a tratar de normas sobre licitação e contratos administrativos?

Os tribunais de contas, “amparados” na Súmula nº 347 do STF (“O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”), costumavam exercer “controle de constitucionalidade” sobre leis e atos normativos diversos apreciando e “definindo”, inclusive, sobre a (in)constitucionalidade de determinada norma, se estaria ou não em harmonia com as disposições constitucionais.

Trata-se de vetusta súmula aprovada na década de 60, em que o modelo de controle de constitucionalidade era bem diferente do atual.

De lá para cá a aplicação da Súmula nº 347 sofreu algumas críticas e afastamentos pelos ministros do STF, verificando desde 2006, entre outras decisões monocráticas: MC-MS nº 25.888/DF, MC-MS nº 25.986/DF, MC-MS nº 27.743/DF e MC-MS nº 25.888/DF.

Contudo, recentemente a referida súmula recebeu forte e contundente enfrentamento pelo STF e teve sua vigência negada (MS nºs 35.410, 35.490, 35.494, 35.498, 35.500, 35.836, 35.812 e 35.824) pelo Pleno, que entendeu ser “vedado o afastamento da eficácia de dispositivo legal por decisão administrativa do Tribunal de Contas da União”.

No voto condutor o Min. Alexandre de Moraes afirmou que a Súmula nº 347 do STF teve sua subsistência comprometida desde a promulgação da Constituição de 1988, e que o TCU é um órgão técnico de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, com competência funcional claramente delimitada pelo art. 71 da CRFB.

Com essa alteração de rumo no entendimento do STF, é possível concluir, a princípio, que os tribunais de contas não mais poderão exercer o “controle de constitucionalidade” ou até mesmo uma análise sob o prisma da constitucionalidade a fim de considerar uma disposição normativa como sendo inconstitucional e afastar a sua eficácia, pois ensejaria, de certo modo, uma determinação aos demais “jurisdicionados” para deixar de aplicá-la, extrapolando os efeitos concretos e entre as partes que devem caracterizar suas decisões administrativas e usurpando competência exclusiva do Judiciário.

4 As prerrogativas na contratação para as ME e as EPP foram impactadas pela Lei nº 14.133/2021?

As prerrogativas (vantagens) trazidas pela Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) (LC nº 123) foram fortemente impactadas pela NLLCA, que estabeleceu novos parâmetros para efeito de suas utilizações.

O *caput* do art. 4º da NLLCA prescreve que se aplicam às licitações e aos contratos disciplinados pela lei as disposições pertinentes da LC nº 123 (arts. 42 a 49).

Contudo, o §1º do mesmo art. 4º prescreve que não se aplicam as disposições da LC nº 123 nos casos de: i) 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 EPP; e ii) contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como EPP.

Já a obtenção de benefícios a que se refere o *caput* do art. 4º fica, nos termos do §2º, limitada às ME e as EPP que, no mesmo ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como EPP, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.

O §3º do art. 4º prescreve que, para as contratações (prestação

de serviço continuado, p. ex.) com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato para efeito da aplicação dos limites previstos nos §§1º e 2º do mesmo artigo.

5 Existe diferença entre o Sítio Eletrônico Oficial (SEO) e o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)?

O Sítio Eletrônico Oficial (SEO) possui definição no inc. LII do art. 6º da NLLCA, que prescreve como um “sítio da internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora, no qual o ente federativo divulga de forma centralizada as informações e os serviços de governo digital dos seus órgãos e entidades”.

Já o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) encontra definição, características e funcionalidades no art. 174 da NLLCA.

Trata-se de veículos de divulgação distintos, ambos utilizando a rede mundial de computadores (internet), mas com características e amplitudes diferentes.

Se a partir do brocardo “onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo” (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), pode-se deduzir, na mesma direção, mas em sentido contrário, que onde a lei distinguiu, cabe ao intérprete fazê-lo igualmente.

Consigna-se a importância do PNCP como pretensão *locus* ideal para a centralização e, por consectário lógico, consolidação de informações (dados) e transparência ótima das contratações públicas brasileiras.

Contudo, apesar de o Portal, a partir da perspectiva normativa trazida pela NLLCA, apresentar-se como uma importante ferramenta, não é possível, aprioristicamente, afirmar que é plenamente suficiente a fim de atender aos desígnios locais específicos que podem, inclusive, mas não em caráter privativo, ser também atendidos pelo PNCP.

Interessante nesse pormenor que a NLLCA respeitou possível normativa orgânica e específica de órgão ou de entidade da Administração Pública, lastreada em costume administrativo e aceito pela sociedade local.

Observe que, nos termos do art. 6º, inc. LII da NLLCA, se tem que é possível a utilização de um sítio da internet no qual o ente federativo divulga de forma centralizada as informações e os serviços de governo digital dos seus órgãos e entidades.

Muitos desses sítios eletrônicos atualmente e à margem do que dispõe a NLLCA já são considerados pela legislação orgânica como “veículo oficial” de divulgação dos atos administrativos e, quanto a isso, nenhum reparo deve ser feito, sendo que para efeito de publicação exigida pela NLLCA deve-se buscar uma certificação por autoridade certificadora.

Todavia, a NLLCA exige que algumas publicações ocorram por meio do PNCP, a fim de propiciar uma transparência mais alargada e também para centralizar o acesso à informação pelo mercado e a convergência de informações (dados) para posterior tratamento (relatórios diversos: prazo, recursos, descrição do objeto, interesse pelo mercado (objetiva e subjetivamente), preço, custo transacional etc.).

Assim, deverá o operador do direito verificar na NLLCA onde a divulgação deve ser realizada (SEO e/ou PNCP), sendo que se a lei exigiu divulgação pelo SEO, nada impede que a divulgação ocorra também pelo PNCP para ter um maior alcance. Entretanto, se a lei exigiu publicação no PNCP, a publicação exclusiva no SEO não suprirá a determinação (exigência) legal.

Por fim, entendemos que ocasionalmente e em decorrência do não funcionamento do PNCP, caso a Administração entenda por adotar a NLLCA em suas contratações, deverá divulgar os respectivos atos no SEO e em outros mecanismos que possibilitem a ampliação da divulgação, afinal, não se pode admitir que a não implementação do PNCP, uma medida administrativa, aprisione a vontade e a competência do legislador que editou um novo regime jurídico para as contratações públicas e negue a força normativa (eficácia) da lei; destacando que o art. 194 foi claro e expresso em estabelecer que “[e]sta Lei entra em vigor na data de sua publicação”, sem qualquer condicionante de prazo (*vacatio legis*) ou de circunstância (criação do Portal).

6 Com a explícita absorção das disposições da LINDB pelo art. 5º, *in fine* da Lei nº 14.133/2021, quais são as principais repercussões nas licitações e nas contratações públicas?

Teoricamente, a parte final do art. 5º da NLLCA é desnecessária, mas seu texto é providencial, notadamente em razão da desconsideração e consequente inaplicação das normas que emanam do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)) por algumas administrações e por alguns

órgãos de controle dos comandos normativos.

Entender de forma diferente seria como que se todas as leis do país tivessem que ter em seu texto enunciado normativo com redação semelhante ao do art. 5º, *in fine* da NLLCA, para só então ter introjetadas as normas da LINDB às suas disposições – o que é inconcebível.

O raciocínio é exatamente o contrário e perpassa a natureza jurídica de uma lei de introdução às outras leis que abrange princípios determinativos de aplicabilidade das normas e questões de hermenêutica jurídica sem qualquer discriminação, sendo, verdadeiramente, o diploma da aplicação, no tempo e no espaço, de todas as outras normas, sejam elas de direito público ou privado, exercendo assim uma função de lei geral.

A LINDB é, assim, uma *lex legum*, uma espécie de norma *normarum*, ou seja, um conjunto de normas sobre normas, constituindo um direito sobre direito, um direito coordenador de direito regendo não diretamente as condutas humanas, mas as normas e como interpretá-las, integrá-las e aplicá-las.

A Lei nº 13.655/2018 alterou a LINDB para dispor “sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”, inserindo importantes institutos que aqui serão destacados em sede de licitações e contratos administrativos.

6.1 Consequencialismo decisório

A insuficiência do ordenamento jurídico e as diversas consequências (jurídicas e administrativas) não podem ser desconsideradas pela Administração Pública e pelos órgãos de controle nos procedimentos que envolvem a contratação pública e a execução contratual.

Assim, na motivação dos atos decisórios relacionados à contratação pública e à execução contratual, também deverão estar bem demonstradas as possíveis consequências jurídicas, administrativas, práticas e econômico-sociais da decisão que foram consideradas para tanto.

Nesse sentido, o art. 20, *caput*, da LINDB prescreve que a motivação de qualquer decisão administrativa deverá demonstrar as consequências da decisão, bem como a “necessidade e a adequação da medida imposta [...], contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (par.

único do art. 20).

A consideração das consequências do *decisum* deve se limitar aos fatos e aos fundamentos de mérito e de direito que se esperam de um gestor público no exercício diligente de sua atuação, ou seja, não se pode exigir uma visão prospectiva que ultrapasse a capacidade de um “gestor público médio”.

6.2 Motivação e primado da realidade

O estabelecimento de algumas premissas e de parâmetros objetivos é indispensável para qualquer decisão que se pretenda minimamente fundamentada.

As decisões administrativas em processos de contratação precisam estar justificadas a partir das circunstâncias concretas que envolviam o momento do *decisum*, explicitando objetiva e fartamente os motivos de decidir, destacando, notadamente, “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas seu cargo” (art. 22 da LINDB) e não apenas um agir administrativo conforme a lei e o direito, mas o que conduziu para aquele “agir” com toda a dinâmica envolvida.

Continua o dispositivo (§1º do art. 22) enunciando que pelo princípio da realidade deverão ser “consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

Nesse aspecto, todos os fatos, circunstâncias e dificuldades que direta ou indiretamente circunscrevem e influenciaram o ambiente e o momento decisório do gestor público devem estar muito bem delineados na motivação da decisão administrativa.

As decisões sobre as contratações públicas sempre estão envoltas em circunstâncias que são a ressonância do interesse público (primário ou secundário). Qualquer ato (comissivo ou omissivo) e seu conteúdo decisório é a aplicação do direito na dinâmica do agir administrativo com todos os elementos que influenciam esse movimento e a decisão, sendo que tudo deve ser levado em consideração e incorporado dentro da motivação do ato.

6.3 Segurança jurídica e enunciados administrativos

A Lei nº 13.655/2018 ao alterar a LINDB buscou promover segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, impondo às autoridades públicas o dever de atuarem por

meio de súmulas administrativas e respostas à consulta (art. 30), além dos regulamentos.

Não diferente, o art. 19, inc. IV da NLLCA prescreve que a Administração deverá, com o auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico, instituir “modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos”.

Existe uma tônica em conceder segurança jurídica e eficiência ao agir estatal, principalmente por meio de ferramentas que respeitam a homogeneidade e a integridade, buscando homenagear os precedentes administrativos, não podendo a Administração ignorar suas próprias decisões e adotar um decisionismo em que se verifique uma liberdade (discricionariedade) incoerente com suas decisões anteriores.

No mesmo sentido, o art. 53, §5º, da NLLCA afirma ser dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar, entre outros, “a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico”.

Como se percebe, a utilização de enunciados, orientações, súmulas administrativas ou qualquer outra espécie de enunciação que vise demonstrar para o mercado e para a sociedade qual é o entendimento jurídico já adotado pela Administração sobre determinada situação é uma importante ferramenta que objetiva conceder segurança jurídica às relações público-privadas ao mesmo tempo que proporciona homenagem aos princípios da transparência, da eficiência e notadamente da impessoalidade.

7 O princípio da segregação de funções pode ser relativizado?

O ordenamento jurídico é composto por normas-regras (determinadas e específicas) e por normas-princípios (indeterminadas e abstratas), sendo que ambas, inquestionavelmente, são normas jurídicas, contudo, a imperatividade entre elas é distinta, podendo-se considerar as normas-princípios como “comandos de otimização” (Alexy) no sentido de serem realizadas na maior medida possível, admitindo-se uma aplicação com intensidade variável, com gradações (Dworkin), a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas instaladas.

Tal advertência é importante, pois deve-se ter o cuidado ao aplicar o princípio da segregação de funções, notadamente a depender da estrutura em que o procedimento da contratação está

se desenvolvendo.

Pelo princípio da segregação de funções deve ocorrer a distribuição e a especialização de funções entre os agentes públicos que atuam no processo de contratação pública, objetivando alcançar maior especialização e eficiência no exercício das respectivas funções administrativas relacionadas à contratação pública.

Inquestionável e sedimentada também é a importância do princípio da segregação de funções como mecanismo para conter e combater atos fraudulentos.

Nesse sentido, pelo princípio da segregação de funções, a Administração deve identificar o exercício das funções administrativas que envolvam decisões críticas e segregá-las, evitando que o exercício de competência decisória não fique concentrado em uma única instância administrativa e diminuindo o risco de eventuais conflitos de interesses.

Qualquer concentração de competências, inclusive administrativa, é maléfica ao ensejar o cometimento de fraudes por facilitar a sua ocultação. A concepção da segregação de funções é que nenhum agente público ou órgão interno possa estar numa posição administrativa de concentração de competências em que seja capaz de executar boa parte das etapas necessárias e críticas para cometer uma fraude e ser possível a ocultação sem maiores esforços.

O art. 7º, §1º, da NLLCA ao cuidar do princípio da segregação de funções veda a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação. Idêntica vedação é estendida aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração (§2º).

Apesar da sua importância, a aplicação do princípio da segregação de funções de forma absoluta e plena em determinadas circunstâncias como em administrações mais modestas, com reduzida estrutura de recursos humanos, pode apresentar-se como algo impossível ou ofensivo a outros princípios publicistas igualmente importantes, como o princípio da eficiência e da proporcionalidade.

Assim, o princípio da segregação de funções deverá ser aplicado e verificado em cada caso concreto de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas de cada órgão ou entidade.

8 É possível o saneamento de informações documentais na fase de habilitação?

Homenageando alguns princípios publicistas, notadamente o da eficiência, a NLLCA trouxe diversos dispositivos (arts. 59, incs. I e V; 64, §1º; 147, *caput*; 169, §3º, inc. I; e 171, §3º) a fim de afastar um formalismo exacerbado e, por consectário lógico, deixar de lado um controle burocrático-formal do procedimento licitatório e dar uma guinada para se aproximar de um procedimento mais útil (resultado) para atingir os objetivos do processo licitatório (art. 11), destacando: i) assegurar a seleção da proposta mais vantajosa; ii) assegurar tratamento isonômico entre os licitantes; iii) evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis; e iv) incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

O saneamento deve ser a tônica nos procedimentos trazidos pela NLLCA, obviamente sem se afastar dos demais princípios trazidos em seu art. 5º, destacando: legalidade, segurança jurídica, interesse público e motivação, sem olvidar que o formalismo processual e a vinculação ao instrumento convocatório não podem significar um excesso de formalismo.

O formalismo moderado sempre foi um ponto nevrálgico dentro das contratações públicas. Ao mesmo tempo em que a Administração deve cumprir os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da segurança jurídica, não pode se divorciar totalmente do princípio da eficiência e da economicidade. Achar a perfeita harmonia desses princípios no caso concreto é o desafio!

O art. 64, *caput*, da NLLCA firma que após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo mediante diligência para: i) complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame; e ii) atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

A Administração tem a competência de realizar diligência objetivando melhor instruir o processo licitatório para que, após a sua efetivação, conclua pela (im)possibilidade de saneamento a depender do resultado da diligência.

Entendemos que a diligência se trata de um dever-poder (competência) que a Administração deve exercitar sempre que estiver

em dúvida sobre qualquer informação ou documento apresentados na fase habilitatória a fim de afastar (sanear) qualquer dúvida que possa estar pairando sobre a legitimidade do que foi acostado e, por consectário lógico, da decisão quanto à (in)habilitação.

A realização de diligência para esclarecimento, corroboração ou até mesmo complementação de informação sobre o conteúdo da documentação habilitatória é um dever da Administração em homenagem ao princípio da legalidade e da verdade material.

Contudo, um mínimo de segurança jurídica deve pautar a atuação da Administração Pública e de seus prepostos, notadamente em razão de a ponderação entre os princípios envolvidos sempre trazer dúvidas nos casos concretos. Qual princípio deve prevalecer nessa ou naquela situação? As expressões hipotéticas mencionadas pela doutrina e pela jurisprudência e tidas como legítimas para o saneamento processual: “esclarecer informações”, “irregularidades meramente formais”, “não alterar a substância das propostas ou dos documentos”, “não alterar a validade jurídica”, “corrigir impropriedades na documentação” e “complementar a instrução processual”; estão longe de ter uma determinabilidade, ao contrário, possuem uma vagueza normativa que não garantirá uma atuação segura do agente de contratação ou do pregoeiro, principalmente quando ocorrem situações bem semelhantes que se poderiam entender como “meras irregularidades”, p. ex., e os órgãos de controle podem entender como irregularidades substanciais.

Sugere-se, então, a fim de operacionalizar com maior segurança o saneamento, mesmo sabendo que é impossível antever todas as situações possíveis, a estipulação em regulamento ou no edital em quais circunstâncias poderá ocorrer o saneamento, elencando de modo exemplificativo os vícios sanáveis e os insanáveis, as diligências que podem ser realizadas, como serão realizadas etc.

Importante consignar que os procedimentos adotados para o saneamento, inclusive as diligências, devem constar nos autos por meio de ato ou de despacho próprio em que os pressupostos de fato e de direito e, notadamente, as hipotéticas consequências de uma ou de outra decisão (consequencialismo decisório). Tudo deve estar devidamente explicitado e harmonizado com os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da segurança jurídica, da impessoalidade e da economicidade.

O exercício do saneamento exige ainda “despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia

para fins de habilitação e classificação”, nos termos do art. 64, §1º, da NLLCA.

9 Quem pode impugnar o edital ou solicitar esclarecimentos e em qual prazo?

Nos termos do art. 164, *caput*, da NLLCA, qualquer pessoa “é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos”, desde que o requerimento ou petição seja protocolizado(a) até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame.

A expressão utilizada pelo art. 164 alarga devidamente a possibilidade para que “qualquer pessoa”, física ou jurídica, pública ou privada, possa impugnar ou solicitar esclarecimentos em face do edital.

Contudo, o prazo estipulado pelo *caput* do art. 164 deve ser visto com cautela e lido de forma sistemática com o art. 5º, inc. XXXIV, “a”, da CRFB, que assegura a todos a garantia constitucional do “direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”, independentemente do momento (prazo).

O direito de petição pode ser definido como um direito que pertence a uma pessoa (física ou jurídica) de provocar mediante requerimento (petição) a atenção da Administração Pública sobre determinada decisão administrativa ou situação instalada.

O direito de petição pode servir tanto para denunciar uma lesão efetiva ao erário ou ao ordenamento jurídico, bem como para requerer a retificação do ato ou o redirecionamento da situação instalada.

Importante destacar que, por se tratar de uma garantia constitucional, o direito de petição não pode ter sua eficácia esvaziada, não se admitindo que a autoridade a quem foi dirigida a petição mantenha-se inerte por qualquer motivo.

Embora a Constituição não traga consequências sancionatórias a essa inércia administrativa, pode o interessado utilizar o mandado de segurança a fim de compelir o pronunciamento da autoridade desidiosa, além de esta autoridade poder responder perante os órgãos de controle por se tratar de um indício de irregularidade na condução do procedimento licitatório.

Assim, caso uma “impugnação” seja protocolizada no primeiro ou segundo dia anterior à abertura do certame, deverá a Administração recebê-la em homenagem ao princípio da fungibilidade como uma “petição” nos moldes do art. 5º, XXXIV, “a” da CRFB, concedendo a ela o devido processamento.

10 A reabilitação é uma espécie recursal?

A reabilitação não é uma espécie recursal e sim um instituto jurídico com previsão no art. 163, *caput*, da NLLCA que admite o licitante ou o contratado sancionado pela Administração se reabilitar desde que, cumulativamente: i) repare integral do dano causado; ii) pague eventual multa aplicada; iii) tenha transcorrido o prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade; e iv) tenha atendido às condições de reabilitação definidas no ato punitivo.

O parágrafo único do mesmo art. 163 trouxe ainda que, caso a sanção tenha decorrido dos incs. VIII (apresentar declaração ou documento falso) ou XII (ato lesivo elencado no art. 5º da Lei nº 12.846/2013), ambos do *caput* do art. 155, exigir-se-ão, ainda, como condição de reabilitação do licitante ou do contratado, além dos requisitos trazidos no *caput*, a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.

Diferentemente de um recurso que envolve apreciação de requisitos subjetivos e decisão de mesma linha, entendemos que o instituto da reabilitação comporta requisitos objetivos que se cumpridos impõem à autoridade que aplicou a sanção a reabilitação do sancionado para participar das licitações e para celebrar contratos, independentemente da espécie sancionatória aplicada (impedimento ou declaração de inidoneidade). Não há margem de discricionariedade para a autoridade competente reabilitar. Cumprindo os requisitos trazidos pelo art. 163, o sancionado terá direito à reabilitação por se tratar de ato vinculado.

Algumas questões relevantes sobre os contratos administrativos na Nova Lei de Licitações

Christianne de Carvalho Stroppa

Formalização dos contratos

1 – Caso o licitante vencedor não assine o termo de contrato ou não aceite ou retire o instrumento equivalente, quais são as providências a serem adotadas pela Administração Pública?

Em conformidade com o descrito no art. 90 da Lei nº 14.133/21, para que a licitação não fracasse, a Administração Pública convocará os licitantes remanescentes, dentro do prazo de validade de suas propostas e obedecendo à ordem de classificação, para que aceitem celebrar o contrato nas mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor.

Na hipótese de nenhum licitante aceitar a celebração nas condições do adjudicatário, poderá a Administração, tendo como parâmetro o valor estimado no edital e sua eventual atualização, sempre obedecendo à ordem de classificação:

(i) convocar os remanescentes para negociar a contratação, objetivando uma proposta vantajosa, mesmo que superior à apresentada pelo adjudicatário;

(ii) se não exitosa a negociação indicada, adjudicar e celebrar o contrato nas condições apresentadas pelos remanescentes.

2 – Quais são as exigências a serem atendidas para que um contrato formalizado com fundamento na Lei nº 14.133/21 possa ser considerado eficaz?

A eficácia de todo contrato formalizado com base na Lei nº 14.133/21, bem como de eventual aditamento, somente ocorrerá após sua divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) (art. 94).

Na hipótese de contratos decorrentes de licitação, a divulgação deverá ocorrer em até 20 (vinte) dias úteis contados da data de sua assinatura; já no caso de contratação direta, esse prazo será de 10 (dez) dias úteis.

Em casos de urgência, devidamente justificados pela Administração Pública, a eficácia se inicia com a assinatura do instrumento contratual, sem prejuízo da divulgação, nos prazos assinalados nos incisos do art. 94, sob pena de nulidade.

Duração dos contratos

1 – Quais são as principais inovações sobre duração dos contratos trazidas pela Lei nº 14.133/21?

A duração dos contratos deverá estar expressamente indicada no edital e estar em conformidade com a disponibilidade dos créditos orçamentários. Na hipótese de ultrapassar 1 (um) exercício financeiro, deverá também estar prevista no plano plurianual (art. 105).

O prazo de duração passa a ser:

(i) de até 5 (cinco) anos, para a contratação de serviços e fornecimentos contínuos (art. 106). Com possibilidade de prorrogação até 10 (dez) anos, desde que essa possibilidade conste expressamente do edital e a vantajosidade das condições e dos preços seja atestada pela autoridade competente, sem prejuízo de negociação com a contratada ou extinção do contrato sem ônus para as partes (art. 107);

(ii) de até 5 (cinco) anos, no caso de aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática (art. 106);

(iii) de até 10 (dez) anos, nas hipóteses de dispensa de licitação arroladas nas alíneas “f” e “g”, do inc. IV, incs. V, VI, XII e XVI do art. 75 (art. 108);

(iv) indeterminado, quando a Administração é usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio. Nessa hipótese, é necessário que a cada exercício financeiro seja comprovada a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação (art. 109);

(v) de até 10 (dez) anos para a contratação que gere receita para a Administração Pública e no contrato de eficiência, desde que não haja investimento (inc. I, art. 110);

(vi) de até 35 (trinta e cinco) anos para a contratação que gere receita para a Administração Pública e no contrato de eficiência, desde que haja investimento, entendido como elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente às custas da contratada e que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública quando do término do contrato (inc. II, art. 110);

(vii) automaticamente prorrogado, no caso de contratação com indicação de conclusão de escopo predefinido, desde que o objeto não tenha sido concluído no período indicado no contrato (art. 111);

(viii) resultante da soma do prazo indicado para o fornecimento inicial ou da entrega da obra, acrescido do prazo da prestação do serviço de operação e manutenção, este limitado a 5 (cinco) anos, contados do recebimento do objeto inicial, podendo ser prorrogado até 10 (dez) anos, na hipótese da adoção do regime de fornecimento e prestação de serviço associado (art. 113);

(ix) de até 15 (quinze) anos, nos contratos com previsão de operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação (art. 114).

Execução dos contratos

1 – Para fins de responsabilização da contratada pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, é necessária a indicação de dolo ou culpa?

A responsabilidade extracontratual da contratada, também chamada de responsabilidade aquiliana, passa a ser objetiva, atraindo a incidência do previsto no §6º, do art. 37 da CF/88, não sendo necessária a indicação de dolo ou culpa como condição para a responsabilização (art. 120). Basta que a Administração Pública indique a existência de relação de adequação entre o dano e o comportamento, por ação ou omissão, lícita ou ilícita, da contratada.

Extinção dos contratos

1 – A contratada pode extinguir contratos, com fundamento na Lei nº 14.133/21, invocando a exceção do contrato não cumprido?

Nos termos do §2º, do art. 137, da Lei nº 14.133/21, a contratada passa a ter o direito a extinguir o contrato, nas hipóteses de:

(i) supressão de obras, serviços ou compras, por parte da Administração Pública, que acarrete modificação do valor inicial do contrato além de limite de 25% (vinte e cinco por cento);

(ii) suspensão da execução do contrato por prazo superior a 3 (três) meses, desde que por ordem escrita da Administração Pública;

(iii) repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis, não sendo relevante ter ocorrido o pagamento obrigatório

de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas;

(iv) atraso superior a 2 (dois) meses dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração Pública, contado da emissão da nota fiscal;

(v) a Administração Pública não liberar, nos prazos contratuais, área, local ou objeto, para a execução do objeto contratado, e de fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas pelo contrato à Administração relacionadas à desapropriação, à desocupação de áreas públicas ou a licenciamento ambiental.

Implica dizer que, quando essas hipóteses ocorrerem, basta que a contratada comunique, formal e motivadamente, sua vontade em extinguir o contrato, não competindo à Administração Pública qualquer juízo de valor sobre o solicitado.

Nas específicas hipóteses de suspensão e de atraso de pagamento, quando decorrentes de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou de guerra, bem como de ato ou fato que a contratada tenha praticado, do qual tenha participado ou para o qual tenha contribuído, a contratada terá apenas o direito de optar pela suspensão de suas obrigações contratuais até que a situação se regularize, admitido o reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato.

Considerações sobre algumas das hipóteses de contratação direta na Nova Lei de Licitações

Felipe Boselli

1 A dispensa de licitação por pequeno valor na Nova Lei nº 14.133/2021

Quando analisadas as contratações diretas na Lei nº 14.133/2021, em especial as dispensas de licitação, certamente o maior foco recai sobre o expressivo acréscimo dos incs. I e II do art. 75, quando comparado com os incs. I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/1993.

Até 2018, a dispensa de licitação por valor mantinha o patamar definido em 1998, com R\$15.000,00 para obras e serviços de engenharia e R\$8.000,00 para compras e outros serviços.

Com o advento do Decreto nº 9.412/2018, esses valores foram parcialmente corrigidos pela inflação, chegando a R\$33.000,00 para obras e serviços de engenharia e R\$17.600,00 para compras e outros serviços.

Dois anos depois, a Medida Provisória nº 961/2020 (convertida na Lei nº 14.065/2020) ampliou esses valores nos moldes daquilo que se discutia então no Congresso Nacional, para R\$100.000,00 e R\$50.000,00, respectivamente. O aumento foi justificado pelo período de pandemia do Covid-19, mas não era exclusivo a contratações relacionadas à emergência sanitária, tendo perdurado até 31.12.2020, quando os limites retornaram para os valores anteriores, R\$33.000,00 e R\$17.600,00.

Assim chegamos à Nova Lei de Licitações, que em 1º.4.2021 trouxe a possibilidade de contratar sem licitação para valores inferiores a R\$100.000,00 para obras, serviços de engenharia e serviços de manutenção de veículos automotores, e inferiores a R\$50.000,00 para compras e demais serviços.

O valor é bastante expressivo, sobretudo quando consideramos a realidade orçamentária de pequenos municípios que tenderão a realizar a imensa maioria das contratações por dispensa de licitação, afastando-se do dever constitucional de licitar, previsto no art. 37, XXI, da Constituição brasileira de 1988.

Durante o processo legislativo, pouco se discutiu sobre o

aumento dos valores,²³ os números foram aumentados ao mesmo patamar que o das estatais, por previsão na Lei nº 13.303/2016. Entretanto, a ideia original era justamente as estatais possuírem uma liberdade de dispensa maior, sobretudo considerando aquelas que exercem atividade econômica.

Sob a ótica das inovações no texto da lei, alguns aspectos podem ser destacados. Neste momento, falaremos de quatro deles: a) os limites de valores; b) os serviços de manutenção de veículos automotores; c) os requisitos processuais das dispensas; e d) as possibilidades de flexibilização do processo.

1.1 Os limites de valores

Quando analisado o texto da nova lei de forma mais atenta, percebe-se que a redação é sutilmente distinta daquela utilizada anteriormente. A Lei nº 8.666/1993 utilizava a expressão “de valor até...”, enquanto a Lei nº 14.133/2021 adotou o termo “valores inferiores a...”.

Esta diferença redacional faz com que a interpretação seja diferenciada. Os valores máximos na nova lei seriam, portanto, R\$99.999,99 para obras, serviços de engenharia e manutenção de veículos automotores e, no máximo, R\$49.999,99 para compras e demais serviços.

Ainda sobre os valores, uma das reclamações da Lei nº 8.666/1993 era a não atualização dos valores previstos na lei, que fez com que o valor de R\$8.000,00 para dispensa de pequeno valor perdurasse de 1998 até 2018, quando sobreveio o Decreto nº 9.412/1998, que atualizou os valores para R\$33.000,00 e R\$17.600,00.

Nesse sentido, a novidade da Lei nº 14.133/2021 foi a previsão do art. 182, que estabelece que o Poder Executivo federal atualizará, a cada dia 1º de janeiro, os valores estabelecidos na lei, o que evitará – se cumprida a norma – a desatualização dos valores pela inflação.

1.2 Os serviços de manutenção de veículos automotores

O segundo aspecto a ser destacado foi a realocação da manutenção de veículos automotores, que anteriormente estava enquadrada no inc. II do art. 24, com um limite de R\$17.600,00, para o inc. I do art. 75 da Lei nº 14.133/2021, podendo dispensar licitações

23 A discussão sobre a inconstitucionalidade material do disposto nos incs. I e II do art. 75 da Lei nº 14.133/2021 foi realizada em nossa tese de doutorado (BOSELLI, 2020, p. 157).

em valores inferiores a R\$100.000,00.

O acréscimo no valor foi o mais significativo, um aumento de quase 600% no limite até então adotado. Mas o acréscimo pode ser muito maior se considerado o texto dos §§1º e 7º. Explicamos:

O §1º do art. 75 possui regra que já era sedimentada na jurisprudência do Tribunal de Contas da União: a aferição dos valores pelo somatório anual das despesas realizadas com objetos da mesma natureza.

Essa regra foi criada pelo Tribunal de Contas da União para definir um conceito abstrato da Lei nº 8.666/1993, nas dispensas de pequeno valor, que falava das compras que não podiam ser realizadas de uma só vez.

A nova lei deixou de estabelecer essa regra nos dois incisos que tratam das dispensas de pequeno valor, mas criou o §1º, colocando na lei a jurisprudência da Corte de Contas.

Ocorre que o §7º do art. 75 dispõe que nos contratos de manutenção ou de fornecimento de peças para veículos automotores, que forem inferiores a R\$8.000,00, não será aplicada a regra do somatório anual para aferição dos valores.

Com isso, a Administração poderá firmar contratos que, durante o ano, cumulem mais de R\$100.000,00 para este objeto. Devendo somar apenas aqueles contratos que ultrapassam R\$8.000,00 e ignorar aqueles inferiores a esse patamar, para fins de apurar o somatório anual.

A regra é nova e pode provocar inquietações. A principal, a nosso ver, é quanto à possibilidade irrestrita de contratos inferiores a R\$8.000,00. Há que se definir um critério para esses contratos, seja temporal seja pela razoabilidade. Não seria razoável que um órgão firmasse diversos contratos em um mesmo dia e, sendo eles menores que R\$8.000,00, não os considerar para o somatório anual.

A nosso ver, é prudente que os órgãos, ao fazer suas regulamentações, criem uma regra para esses contratos previstos no §7º. Do contrário, poderão estar sujeitos a uma eventual definição casuística por parte de algum órgão de controle que poderia compreender que houve exagero no caso concreto.

1.3 Os requisitos processuais das dispensas

O art. 72 da Lei nº 14.133/2021 tratou da instrução do processo de contratação direta, incluindo, a princípio, os casos de dispensa de pequeno valor. Para formalização do processo a nova lei exige oito requisitos mínimos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

O processo de instrução das dispensas de licitação ficou claramente mais complexo. O texto do art. 26 da Lei nº 8.666/1993, que tratava da instrumentalização dos processos de contratação direta, era mais simples e não tinha previsão quanto à etapa de planejamento, pareceres ou habilitação.

A instrução mais clara do processo é positiva, trazendo mais segurança jurídica ao gestor. Contudo, nos casos de dispensas de pequeno valor, é preocupante a quantidade excessiva de documentos, que deveria ser flexibilizada.

1.4 As possibilidades de flexibilização do processo

A primeira flexibilização é a da fase de planejamento da contratação direta. O art. 72, I, da Lei nº 14.133/2021 exige “se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo”.

O texto peca na objetividade e clareza. A expressão “se for o caso” obviamente declara que os documentos que vêm na sequência não são todos sempre obrigatórios.

Assim, é possível afastar um ou mais documentos ali

relacionados a depender do caso concreto.

Contudo, a regra não esclarece quando será o caso e quando não será o caso. A nosso ver, para este dispositivo, o ideal seria a regulamentação cobrindo esta falha da lei que poderá trazer insegurança jurídica para todos os gestores.

A segunda flexibilização trata dos pareceres jurídicos nos casos de dispensas de pequeno valor. O art. 53, §5º estabelece que a autoridade jurídica máxima competente poderá definir hipóteses em que o baixo valor, a baixa complexidade, a entrega imediata de bens ou a utilização de minutas poderá dispensar a análise jurídica do caso.

Por fim, a terceira flexibilização é a habilitação dos fornecedores. Neste ponto, a Lei nº 14.133/2021 foi extremamente burocrática.

O art. 70, III, estabelece que os documentos de habilitação poderão ser dispensados total ou parcialmente apenas nas contratações de valor inferior a R\$12.500,00 e, nas contratações de produtos para pesquisa e desenvolvimento, até o valor de R\$300.000,00.

Isso significaria dizer que na maior parte dos casos aplicáveis das dispensas de pequeno valor a Administração terá o dever de exigir toda a documentação de habilitação do fornecedor para firmar o contrato com ele.

Vale lembrar que, na vigência da Lei nº 8.666/1993, a doutrina e a jurisprudência fixaram que os documentos de habilitação compõem limite máximo, mas não mínimo, a ser exigido dos licitantes, podendo fazer da mesma forma nesta nova lei, o que faria com que fosse dispensada a maior parte dos documentos de habilitação.

2 A inexigibilidade para contratos de compra e locação de imóveis na nova Lei nº 14.133/2021

A locação e a compra de imóveis possuíam dispositivo expresso no art. 24, inc. X, da Lei nº 8.666/1993, que tinha ali um claríssimo caso de inexigibilidade de licitação ao facultar a realização do certame nos casos de compra e locação de imóvel “cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha”.

Esse equívoco foi corrigido quando da redação da Lei nº 14.133/2021, que estabeleceu, em seu art. 74, V, a regra de compra ou locação de imóveis para os casos em que “as características de

instalações e de localização tornem necessária sua escolha”.

Se as necessidades de instalação e localização condicionam a escolha do imóvel, isso significa que existe um único imóvel no mercado que atende às necessidades da Administração, tanto nas condições de estrutura do imóvel (instalação), quanto na região em que está situado (localização).

A questão torna-se mais espinhosa quando existirem vários imóveis que atendam às necessidades da Administração, ou quando não existir nenhum que atenda ao órgão e for necessário algum tipo de adaptação nos imóveis existentes.

Aqueles que demandam algum tipo de adaptação formam a hipótese de contratação *built-to-suit*, um modelo em que o particular ajusta o imóvel às necessidades da Administração.

Esse modelo tem previsão legal no art. 47-A da Lei nº 12.462/2011, que permite e estrutura contratos de locação em que, previamente à locação, o locador realizará aquisição, construção ou reforma substancial para atender a questões especificadas pela Administração.

Infelizmente, a Lei nº 14.133/2021, embora tenha abarcado as regras do Regime Diferenciado de Contratações, não trouxe esse dispositivo.

Contudo, em que pese a existência da contratação *built-to-suit* apenas no Regime Diferenciado de Contratações, que não poderia ser aplicado a todos os contratos, trata-se de prática existente na Administração, sobre a qual já se debruçaram a doutrina e a jurisprudência.

A questão é como afirmar que um imóvel a ser locado no modelo de *built-to-suit* é o único que atende às necessidades de instalação e localização. Se o modelo de locação prevê alterações substanciais no imóvel, isto significa, ao menos em tese, que a estrutura locada não atende às exigências da Administração e, portanto, não seria passível de contratação pelo art. 74, V, da Lei nº 14.133/2021.

Ou, em situação ainda mais complexa, como seriam operados os casos em que exista uma pluralidade de imóveis aceitáveis, em maior ou menor grau?

É possível afirmar que existem duas correntes sobre esta hipótese da existência de diversos imóveis que atendam às necessidades da Administração.

A primeira corrente, que aqui denominaremos legalista, segue o disposto no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993, no seu texto estrito, ou seja, nos casos em que há um único imóvel possível, é dispensável a licitação. Caso contrário, deve ser realizado o processo licitatório.

Assim entendem autores como Niebuhr (2011, p. 277), Justen Filho (2014, p. 433) e Pereira Junior (2009, p. 310). Esta corrente foi a abarcada pela nova lei, como prevê o art. 51, ao estabelecer que, à exceção da inexigibilidade do art. 74, V, a locação de imóveis deverá ser precedida de licitação.

De outro lado, uma corrente minoritária, que aqui denominaremos pragmática, entende que, quando o imóvel é único, seria caso para inexigibilidade de licitação e que, quando existirem outros imóveis aceitáveis, seria o caso de aplicação da dispensa de licitação, ainda que não exista a condição de exclusividade.

Nessa vertente, pode ser citada a obra de Barcelos e Torres (2018, p. 136), o Parecer nº 01/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, da Advocacia-Geral da União (BRASIL, 2013) e o Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2015).

Apesar de ser uma questão complexa, a corrente majoritária (legalista) trata o problema pela letra fria da lei, aplicando a dispensa de licitação nos casos em que exista apenas um imóvel e pugnando pela necessidade de se realizar um processo licitatório nos casos em que houver multiplicidade de propostas.

Ocorre que não existe essa possibilidade. É impossível realizar uma licitação para locação ou aquisição de um imóvel. As variáveis são infinitas e complementares.

Não se trata de escolher critérios objetivos, como quantidade de vagas de garagens, região do município ou tamanho do imóvel.

Ao contratar um imóvel, são incomensuráveis os fatores decisórios e é impossível alocá-los de forma objetiva. O gestor irá se deparar com elementos que vão desde a localização do imóvel, facilidade de acesso, trânsito da região, tamanho da estrutura, disposição das salas, iluminação, ventilação, insolação, entre muitos outros, até critérios ainda mais complexos como sustentabilidade ambiental, reaproveitamento de água, isolamento acústico, térmico, impacto econômico, social e ambiental do órgão naquela localidade.

Os critérios discriminadores entre os imóveis são quase infinitos e não há como compará-los de forma objetiva em um

processo licitatório, em especial, antes de saber quais são os imóveis em disputa.

Daí o nascimento de uma corrente mais pragmática que acaba extrapolando o conceito teórico-legal para possibilitar a inexigibilidade inclusive nos casos em que há multiplicidade de possibilidades.

Neste tema, merece destaque a já citada obra dos professores Barcelos e Torres (2018, p. 136), que apresentam como solução a estratégia do chamamento público para viabilizar a escolha do imóvel:

Apresenta-se como boa prática administrativa a realização de “chamamentos públicos” em que se anuncia o interesse em alugar ou em adquirir um imóvel, divulgando-se ao mercado as características e a localização aptas a atender a necessidade da empresa estatal.

Além de arregimentar subsídios à escolha do imóvel, a prospecção de mercado por meio de chamamento público, auxilia o gestor a decidir, de maneira mais segura, pela realização de certame ou pela dispensa de licitação.

Ainda que a obra citada tenha por objeto a Lei das Estatais, o dispositivo em comento é idêntico ao texto da Lei nº 14.133/2021, possibilitando a utilização da obra sem nenhum conflito.

A linha seguida pelos autores, de formar um modelo de chamamento público para coletar propostas e decidir quem será o contratado pela Administração, é mais razoável e de aplicação prática viável.

É pouco provável que a Administração consiga definir previamente critérios objetivos para a aquisição ou locação de imóveis, motivo pelo qual não é possível realizar um procedimento licitatório e, portanto, deve ser contratada por inexigibilidade, seja com a existência de um único imóvel viável, seja nos casos em que existirem múltiplas possibilidades.

O que não se pode confundir é a inexigibilidade de licitação com a discricionariedade pura e absoluta do gestor, que não precisaria justificar sua decisão ou construir algum modelo republicano de seleção.

O modelo aqui proposto é que se contrate por meio da inexigibilidade, mas que se construa um modelo transparente, minimamente isonômico e justificável de seleção da proposta mais vantajosa.

Pode, por exemplo, ser este modelo um chamamento público das possibilidades apresentadas à Administração para seleção justificada da mais vantajosa, o que seria perfeitamente viável no caso da locação de uma sala, em um edifício comercial recém-construído, que tenha várias unidades com as mesmas características disponíveis para alugar.

Neste caso, sim, seria possível falar em licitação, para comparar imóveis que sejam efetivamente comparáveis. Do contrário, o gestor seguirá afirmando que o imóvel selecionado é o único que atende às necessidades de estrutura e localização e qualificando a contratação como inexigibilidade pelo art. 74, V, da Lei nº 14.133/2021.

Referências

BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações e contratos nas empresas estatais*. Salvador: JusPodivm, 2018.

BOSELLI, Felipe. *Dispensa e inexigibilidade de licitação: o marco normativo constitucional e infraconstitucional da contratação direta no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2020.

BRASIL. Advocacia Geral da União. *Parecer nº 01/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU*. Rel. Braulio Gomes Mendes Diniz. 25 abr. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/300r9qq>. Acesso em: 22 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 2.420/2015*. Rel. Min. Benjamin Zymler. 30 set. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/31Hs8MJ>. Acesso em: 22 jul. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Questões relevantes sobre a contratação de obras e serviços de engenharia na Nova Lei de Licitações

Hamilton Bonatto

1 Com referência aos regimes de empreitada, quais os principais aspectos trazidos pela Lei nº 14.133/2021?

A Lei nº 14.133/2021 herdou alguns regimes de empreitadas de leis anteriores e inovou em um dos regimes. Do Decreto-Lei nº 2.300/1986, trouxe os regimes de empreitada por preço global e por preço unitário e a contratação por tarefa. Da Lei nº 8.666/1993, além desses, foi acrescentada a empreitada integral. Do Regime Diferenciado de Contratações, que, além dos regimes citados, recebeu como legado a contratação integrada. Ainda, da Lei das Estatais, que possui todos os regimes citados anteriormente, adiu o regime da contratação semi-integrada.

Penso que essa herança seja bem-vinda, especialmente as contratações integrada e semi-integrada, ainda recentes no ordenamento jurídico brasileiro e pouco adotadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública. Esses dois regimes têm o potencial de oferecer a oportunidade de internalização de novas tecnologias construtivas a obras públicas, de modo que possam trazer benefícios reais em termos de qualidade do ambiente construído, redução em termos de custos, menor prazo de execução e facilidade na operação e manutenção da obra.

Esses dois regimes oportunizam à Administração Pública, que na maioria das vezes desconhece todas as inovações tecnológicas presentes no mercado, que possa, a partir de uma ideia preconcebida por meio de um anteprojeto de engenharia e/ou arquitetura, no caso da contratação integrada, e por meio de um projeto básico, no caso da contratação semi-integrada, buscar o que tem de melhor no âmbito da construção civil para que ela atinja resultados superiores aos que geralmente consegue quando adota as construções convencionais. A Administração Pública, no caso desses dois regimes, deve se preocupar com os resultados que pretende que sejam atingidos, permitindo que a melhor solução seja dada pelo contratado. A este são dadas maior autonomia e maior responsabilidade, tendo em vista que será responsável pelo resultado a partir do projeto executivo que elaborou.

No entanto, foi muito importante a manutenção de regimes de empreitada já tradicionais no nosso ordenamento jurídico: os regimes de empreitada por preço unitário, por preço global, a contratação por tarefa e a empreitada integral. Com isso, quando a Administração sabe de antemão os resultados que pretende atingir e como atingi-los, pode licitar a partir de um projeto básico e exigir que a obra seja desenvolvida tal qual ali projetada.

Além desses já previstos nas leis citadas, a LLCA também trouxe inovação ao apresentar o regime de fornecimento e prestação de serviço associado, com características diferentes dos demais.

2 O regime de empreitada de contratação integrada, previsto na Lei do Regime Diferenciado de Contratações e na Lei das Estatais, e o regime de contratação semi-integrada, previsto na Lei das Estatais, são os mesmos que os da Lei nº 14.133/2021, isto é, possuem as mesmas características e requisitos previstos nas leis anteriores, Lei do RDC?

São muito semelhantes, mas destaco que, tanto na Lei do RDC como na Lei das Estatais, o regime de contratação integrada é admitido quando a obra ou o serviço de engenharia for de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica do objeto licitado ou puder ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado. Estas características da obra ou serviços de engenharia não estão previstas na Lei nº 14.133/2021, isto é, não são claramente exigidas essas naturezas, prevalecendo a qualidade do resultado, com a solução a ser dada pelo contratado. Por outro lado, é verdade que dificilmente se chegará a um resultado diferente do costumeiro e melhor que este se não houver a internalização de tecnologias por meio de técnicas ou metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado.

3 A Lei nº 14.133/2021 inova ao prever o regime de fornecimento e prestação de serviço associado. Você entende que esse regime pode contribuir com as contratações públicas?

Para mim esse regime foi uma das boas novidades da Lei nº 14.133/2021. Ao que me parece, analisando as possibilidades desse regime, sua implementação tende a melhorar a eficiência na execução de muitos objetos a serem contratados. Ele apresenta a possibilidade de o mesmo contratado fornecer um bem ou executar uma obra e, em seguida, operar e manter esse patrimônio. Há, em diferente escala,

uma aproximação que o assemelha aos contratos de parceria público-privada, porém com prazo contratual e investimento menores.

Vejo grandes chances de esse regime contribuir com as contratações públicas. Pensemos no caso de execução de obras e posterior manutenção e operação do ambiente construído. Parece-me evidente que esse contrato complexo que conjuga execução de obras e prestação daqueles serviços levará à execução de obras de melhor qualidade e mais céleres, pois há interesse na contratada que a obra seja entregue mais rapidamente para que, assim, possa iniciar o quanto antes a prestação dos serviços de manutenção e operação e, conseqüentemente, com um prazo maior de execução. E, também, há interesse de que a obra seja de melhor qualidade para que a manutenção e a operação sejam realizadas com menores custos para a contratada e, com isso, o auferimento de maior lucro. A Administração, com isso, tem a vantagem de ter um ambiente construído de melhor qualidade, de modo que, após o termo final do contrato, seja menos onerada quando da contratação dos serviços de manutenção e operação.

Logicamente que é preciso, a partir de agora, verificar a forma como esses procedimentos serão elaborados – o edital e, especialmente, os elementos técnicos instrutores.

4 Quais elementos técnicos instrutores você vê que serão necessários para uma licitação em que o regime de empreitada seja o fornecimento e prestação de serviços associados? E quais fornecimentos e serviços associados a eles serão possíveis?

Quanto aos elementos técnicos instrutores necessários para uma licitação em que o regime de empreitada seja o fornecimento e a prestação de serviço associado, há mais de uma possibilidade, e a lei não exigiu uma ou outra.

Quando se trata, por exemplo, de fornecimento de um equipamento e da prestação de serviço associado, o elemento técnico instrutor mais apropriado é o termo de referência, o qual poderá fornecer dados tanto para descrever o bem a ser adquirido como os serviços consequentes.

Quando o objeto parte do fornecimento de uma obra, vejo que o elemento técnico instrutor tanto pode ser um anteprojeto de engenharia e arquitetura como um projeto básico. Se a Administração é dispensada da elaboração de projeto básico nos casos de contratação integrada, hipótese em que deverá ser elaborado anteprojeto de

acordo com metodologia definida em ato do órgão competente, não há razão para que não seja quando no caso do fornecimento e prestação de serviço associado. Essa decisão depende do resultado que se pretende alcançar, do conhecimento prévio por parte da Administração de como chegar a esse resultado. Quero dizer que a decisão será muito semelhante àquela em que se faz quando se adota o regime de empreitada para a licitação e contratação de uma obra ou serviço de engenharia. Se o resultado pretendido não for alcançável por meio das tecnologias, técnicas ou metodologias conhecidas pela Administração, vejo que o primeiro elemento técnico instrutor ideal é anteprojeto; se para atingir o resultado pretendido já é conhecida a forma, adota-se como elemento técnico instrutor o projeto básico, podendo ser alterado, tal qual no regime de contratação semi-integrada, ou não, tal qual nos regimes de empreitada por preço global e por preço unitário.

No entanto, independentemente destes primeiros elementos técnicos instrutores, faz-se necessário ainda um outro, o qual estará sempre associado a estes: um termo de referência para delinear a contratação dos serviços associados.

Vejo a importância de estabelecer esse iter no regulamento à Lei nº 14.133/2021.

5 Como você vê, diante de todas essas possibilidades de elementos técnicos instrutores, que podem se dar a medição e o pagamento relativos a um contrato em que o regime de empreitada é o de fornecimento e prestação de serviços associados?

Vejo que medição, recebimento e pagamento devem se dar de formas distintas em cada uma das “fases” da contratação, supondo que se trate de fornecimento de uma obra e prestação de serviço associado a ela. Na fase da construção da obra, a medição e o pagamento podem se dar por etapa, por preço certo e total, se o elemento técnico instrutor for um anteprojeto de engenharia ou um projeto básico com todos os serviços necessários previamente definidos em qualidade e quantidade; quando não houver essa definição, a fase de obra pode ser medida e paga por preço certo de unidades determinadas. Na outra fase, da prestação de serviço, a medição e o pagamento podem se dar do mesmo modo que se tem realizado quando se realizam esses contratos. A novidade se dá apenas pelo fato de que em um mesmo contrato, por ser complexo, as medições e os pagamentos serão adequados a cada uma das

fases. Seria semelhante, neste caso, à hipótese de dois regimes de empreitada em um mesmo contrato.

Se os objetos forem o fornecimento de um equipamento e a prestação de serviço associado a ele, paga-se quando o equipamento for entregue, pelo seu valor, no prazo estabelecido no contrato. E os serviços de operação e manutenção são medidos e pagos como tem sido ordinariamente feito nos contratos de prestação desses tipos de serviços.

6 Os regimes de contratação integrada e semi-integrada têm sido muito pouco utilizados desde a publicação da Lei do RDC, no primeiro caso, e da Lei das Estatais, em ambos os casos. Você acha que com a Lei nº 14.133/2021 esses regimes tenderão a ser mais aplicados no Brasil, inclusive nos municípios?

É o que espero. A Administração Pública brasileira carece muito de internalização de tecnologias, suas obras e serviços e engenharia são, salvas raríssimas exceções e em obras de grande vulto, realizadas com tecnologias já superadas por outras que o mercado da construção civil já possui e já aplica quando da execução de obras provadas.

Realmente esses dois regimes têm sido ainda pouco adotados. Isto pode se dar pela resistência à inovação e pelo receio de ser punido por inovar, o que tem se chamado de “direito administrativo do medo” ou o “apagão das canetas”; também pela falta de recursos humanos para elaboração, no caso da contratação integrada, de anteprojetos de engenharia e arquitetura para embasar a licitação.

Não vejo nisso um problema porque é compreensível a resistência ao novo, mas a experiência tem demonstrado que o tempo é o melhor remédio para esse mal. Assim, aos poucos, a Administração Pública brasileira e seus servidores vão se adaptar a esses regimes, verificar as possibilidades e vantagens que eles podem trazer, os órgãos e entidades vão se espelhar uns nos outros e tudo vai acontecer.

7 A Lei nº 14.133/2021 prevê no art. 19, mais especificamente no §3º deste artigo, que nas licitações de obras e serviços de engenharia e arquitetura, sempre que adequados ao objeto da licitação, serão preferencialmente adotados a Modelagem da Informação da Construção (*Building Information Modelling* – BIM) ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substituí-la. O BIM pode ser utilizado em qualquer regime de empreitada ou há regimes que excluem sua adoção?

No ordenamento jurídico brasileiro estão presentes, assim vejo, três formas de contratos semelhantes às do direito alienígena: os chamados *design-bid-building* – DBB (projeto – concorrência – construção), *design-build* – DB (projeto – construção) e *design-build-operate* – DBO.

O DBB se assemelha aos regimes de empreitada por preço global, por preço unitário, por tarefa, empreitada integral e contratação semi-integrada, este último com uma leve diferença em relação aos demais. Nesses regimes a licitação da obra só acontece após a existência de um projeto básico.

A empreitada semi-integrada também se aproxima do DBB, pelo fato de que a licitação só ocorre quando já existe um projeto básico. No entanto, tendo em vista que a empresa contratada para a execução da obra pode, no que o instrumento convocatório permitir e for aprovado pela contratante, ao fazer o projeto executivo propor alterações no projeto básico, se assemelhar ao DB.

O DB é semelhante ao regime de contratação integrada, de modo que quem elabora o projeto básico e executivo é quem executa a obra ou serviço de engenharia.

O DBO tem relação mais próxima com fornecimento e prestação de serviço associado.

Em todos os regimes é possível e aconselhável a adoção do BIM, porém, quando o contratado elabora os projetos e executa a obra, como é o caso do DB, não há dúvidas de que há um melhor aproveitamento desta metodologia. O que, aliás, é o pensamento do próprio Chuck Eastman, o “pai do BIM”, como revelou no *Manual BIM*.

No DBO, o contratado executa a obra, faz a operação por determinado tempo, de forma a atender aos padrões de desempenho

pactuados. Isso tudo pode ser realizado com o uso da metodologia BIM. Muito melhor se o contratado ainda for o responsável pela elaboração do projeto básico, isto é, quando o elemento técnico instrutor for um anteprojeto de engenharia e arquitetura. Neste caso o contratado elabora projeto, executa a obra e, ainda, faz a operação e manutenção do ambiente construído. É a forma mais completa de contratação e aquela que mais aproveita as vantagens típicas da tecnologia BIM.

No entanto, vale frisar que a adoção do BIM se encaixa em qualquer um dos regimes de empreitada, em todos eles há potencial de melhoria na eficiência, mas em alguns esse potencial é ampliado.

8 No regime de contratação semi-integrada, o contratado poderá alterar o projeto básico, desde que demonstrada a superioridade das inovações propostas por ele. Qual você acha que é o limite para essas alterações?

O céu não é o limite! O limite está no edital e na garantia da não alteração do objeto. Se o contratado, ao alterar o projeto básico quando da elaboração do projeto executivo, demonstrar uma solução superior à inicial, que proporcione benefício à Administração, isto é, melhores resultados quanto a fatores como custos, qualidade, redução do prazo de execução ou facilidade de manutenção ou operação, vejo que o limite está, basicamente, na autorização dada em edital em relação ao que pode ser modificado e na não alteração substancial do projeto de modo que o objeto inicialmente pretendido seja outro do que o depois de elaborado o projeto executivo.

Sobre os Autores

Cristiana Fortini (Coord.)

Professora da UFMG e Milton Campos. Doutora pela UFMG. Professora visitante da Universidade de Pisa. *Visiting scholar* na George Washington. Vice-Presidente do IBDA.

Rafael Sérgio Lima de Oliveira (Coord.)

Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito. Especialista em Direito Público. Participou do Programa de Intercâmbio Erasmus+, desenvolvendo pesquisa na área de Direito da Contratação Pública na Università degli Studi di Roma – Tor Vergata. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União (AGU). Fundador do Portal L&C (litacaocontrato.com.br).

Tatiana Camarão (Coord.)

Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da UFMG. Assessora técnica especializada da Presidência do TJMG. Diretora-Secretária do Instituto Mineiro de Direito Administrativo. Professora de Direito Administrativo.

Anderson Sant’Anna Pedra

Advogado. Consultor (Anderson Pedra Advogados). Procurador do Estado do Espírito Santo. Pós-Doutor em Direito (Universidade de Coimbra). Doutor em Direito do Estado (PUC-SP). Professor de Direito Constitucional e Administrativo da FDV/ES.

Christianne de Carvalho Stroppa

Doutora e Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Assessora de Controle Externo no Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Professora de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Daniel Barral

Procurador Federal da Advocacia-Geral da União (AGU). Desde 2008, atua na consultoria e no assessoramento de gestores federais, auxiliando-os nos seus processos de compras públicas. Mestrando em Direito Público pela Universidade Nova de Lisboa. Especialista em

Direito Público pela Universidade Anhanguera – Uniderp e em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Membro licenciado da Câmara Permanente de Licitações e Contratos da Procuradoria-Geral Federal (CPLC/PGF) e da Comissão Permanente de Modelos de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União (CPMLC/CGU). Professor da Escola Nacional de Administração Pública (Enap), do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e da Escola da Advocacia-Geral da União (Eagu).

Felipe Boselli

Doutor em Direito pela UFSC. Sócio da Boselli & Loss Advogados Associados. Conselheiro de Administração da Casan. Secretário-Geral do Idasc. Diretor de Direito Público da ESA OAB-SC.

Hamilton Bonatto

Procurador do Estado do Paraná. Procurador-Chefe do Consultivo da PGE/PR. Graduado em Engenharia Civil. Licenciatura plena em Matemática. Especialista em Direito Constitucional, em Advocacia Pública, em Ética e Educação e em Construção de Obras Públicas. Mestre em Planejamento e Governança.

Marcos Nobrega

Doutor em Direito pela UFPE. Professor da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Conselheiro Substituto do TCE/PE. *Visiting scholar* na Harvard Law School e no MIT.

Rafael Amorim de Amorim

Doutorando em Direito pela UFMG (área Direito e Administração Pública). Mestre em Direito pela UCB/DF. Bacharel em Direito pela PUCRS e em Administração pela FARGS. Consultor legislativo da Câmara dos Deputados. Advogado especialista em Direito Administrativo.

QUER RECEBER MAIS CONTEÚDOS COMO ESTE?

Inscriva-se na newsletter do
**Observatório da Nova Lei de
Licitações - ONLL** e receba
semanalmente artigos e matérias
atualizados abordando o novo
marco legal da contratação.

RECEBER MAIS CONTEÚDOS

