

2ª Edição

Estudos BRASINFRA

Lei Federal nº 14.133 de 1º de abril de 2021

A infraestrutura brasileira perante
a Nova Lei de Licitações e Contratos

Estudos, Análises,
Posicionamentos e Recomendações



Brasinfra
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA
DOS SINDICATOS E
ASSOCIAÇÕES DE CLASSE
DE INFRAESTRUTURA

ÍNDICE GERAL DA OBRA

9 Tomo 01 - Aspectos introdutórios, conceituais e estruturantes

- 11 A nova lei de licitações: aspectos introdutórios, conceituais e estruturantes
- 11 Vigência : afinal, a nova lei está valendo?
- 12 Da possibilidade de se escolher qual lei utilizar
- 12 Âmbito de aplicação
- 13 Eixos estruturantes

19 Tomo 02 - Obras e serviços de engenharia na nova lei

- 21 Obras e serviços de engenharia na nova lei
- 25 Obras
- 26 Matriz de risco (Art. 22, § 3º c/c Art. 6º, inciso xxvii)
- 27 Obrigatoriedade de programa de integridade
- 28 Seguro garantia
- 29 Serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual
- 31 Sistema de registro de preços

33 Tomo 03 - Da fase preparatória na NLCC

- 35 Plano de contratações anual
- 37 Estudo técnico preliminar
- 39 Outras importantes informações sobre a NLCC
- 41 Matriz de risco
- 42 Valor estimado da contratação
- 45 Demais regras editalícias

47 Tomo 04 - Do edital à homologação da licitação

- 49 Do edital (Arts. 53 A 55)

- 52 Da participação em consórcio (Art. 15)
- 55 Passo a passo da fase de disputa
- 55 Sequência de fases
- 55 O prestígio à forma eletrônica
- 56 Critérios de julgamento
- 60 Apresentação de lances e propostas
- 61 Modos de disputa
- 62 Julgamento de propostas
- 66 Fase de habilitação
- 73 Encerramento da licitação

75 Tomo 05 - Execução e fiscalização de contratos

- 77 Da execução dos contratos (Arts. 115 A 123)

87 Tomo 06 - Da alteração à extinção dos contratos

- 89 Da alteração dos contratos e dos preços (Arts. 124 a 136)
- 89 Alterações unilaterais
- 90 Alterações bilaterais
- 91 Contratações integradas e semi-integradas
- 98 Das hipóteses de extinção dos contratos (Arts. 137 a 138)
- 98 O direito do contratado à extinção do contrato
- 101 Do recebimento do objeto contratual (Arts. 140)
- 103 Dos pagamentos (Arts. 141 a 146)
- 107 Da nulidade dos contratos (Arts.. 147 a 150)
- 109 Dos meios alternativos de resolução de controvérsias (Arts. 151 a 154)

111 Tomo 07 - Sanções por infrações à NLLC

- 113 Infrações e sanções administrativas
- 115 Processo administrativo punitivo
- 117 Sanções de natureza penal

123 Tomo 08 - Contratações diretas pela administração

- 125 Processo de contratação direta
- 127 Da responsabilidade do agente público (Art. 73)
- 127 Inexigibilidade (Art. 74)
- 129 Dispensa (Art. 75)
- 129 Dispensa em razão do valor (Art. 75, Incs. I e II)
- 130 Dispensa em razão de licitação deserta ou fracassada (Art. 75, Inc. III)
- 130 Dispensa em razão da inclusão da contratação de obras em acordo internacional (Art. 75, Inc. IV, alínea "b")
- 131 Dispensa em razão de pesquisa e desenvolvimento (Art. 75, Inc. IV, alínea "c")
- 131 Dispensa em razão de emergência ou calamidade pública (Art. 75, Inc. VIII)
- 132 Dispensa para contratação de profissionais para compor comissão de avaliação de critérios técnicos (Art. 75, Inc. XIII)
- 132 As mudanças em matéria de dispensa

139 Tomo 09 - Procedimentos auxiliares

- 141 Credenciamento (Art. 79)
- 142 Pré-qualificação (Art. 80)
- 143 Procedimento de manifestação de interesse (Art. 81)
- 145 Sistema de registro de preços (Artigos 82 a 86)
- 149 Registro cadastral

151 Tomo 10 - Improbidade Administrativa

- 153 O que pode configurar improbidade administrativa?
- 154 Atos que atentam contra os princípios da administração pública
- 158 Retroatividade da lei benéfica
- 162 Sanções
- 165 Indisponibilidade de bens

167 Tomo 11 – Reequilíbrio econômico-financeiro

- 169 O que mudou com a nova lei?
- 177 Conceitos de reajuste, repactuação e reequilíbrio
- 177 Reajuste
- 181 Reequilíbrio (Revisão)
- 181 Como promover reajuste
- 184 Como promover reequilíbrio ou revisão
- 189 Quais os cuidados com termos aditivos?
- 1 91 Como solucionar eventuais impasses sobre o tema

193 Tomo 12 Riscos do uso indiscriminado do sistema de registro de preços (SRP) para obras de serviços de engenharia

- 197 I O Sistema de Registro de Preços como procedimento auxiliar das licitações – Art. 78,IV DA NLLC
- 198 III - O Sistema de Registro de Preços (Arts. 82 a 86)
- 200 IV - Especificidades da licitação para registro de preços
- 202 V - O SRP na Nova Lei de Licitações e contratos em obras e serviços de Engenharia
- 204 A ideia de padronização de projeto inexistente
- 205 VI - Aspectos financeiros
- 205 VII - Carona em atas e registros de preços
- 206 VIII - Rol de serviços de engenharia aos quais podem ser aplicados o SRP
- 208 IX - Serviços que não são contemplados pela modalidade de contratação pelo SRP
- 211 Contribuições da BRASINFRA para as regulamentações sobre a nova lei de Licitações
- 288 Siglas utilizadas nesta obra
- 291 Diretoria Brasinfra
- 293 Grupo de Trabalho sobre a nova Lei de Licitações – 2ª edição do livro

Sobre a segunda edição dos Estudos Brasinfra

A segunda edição desta obra é a continuação do trabalho desenvolvido por grupo de trabalho criado na BRASINFRA para análise nas mudanças propostas no cenário da infraestrutura nacional, após a edição da Lei Federal 14.133, ocorrida em abril de 2021.

O GT - Grupo de Trabalho Legislativo, formado por representantes das entidades associadas à BRASINFRA nas áreas jurídica e técnica, bem como empresários com larga experiência do dia a dia das empresas nos processos licitatórios, elaborou essa coletânea de estudos a respeito da nova lei, visando a facilitar a compreensão do seu conteúdo e o entendimento dos pontos que geraram maior mudança e discussão face às leis anteriores.

Essas análises foram condensadas em 12 tomos, (09 na primeira edição da obra e o material completo neste livro). Optou-se por dividir os temas em tomos distintos, disponibilizados também no site da BRASINFRA de forma gratuita. Esses tomos trazem além de informações e novidades em relação à Lei 14.133/2021, vários posicionamentos e alertas importantes para nossa área.

A BRASINFRA atuou de forma intensa nas consultas públicas lançadas pelo Ministério da Economia a respeito das REGULAMENTAÇÕES que serão editadas sobre a nova lei. No final desta edição estão disponíveis os documentos encaminhados para a Secretaria de Gestão (SEGES), hoje vinculada ao Ministério de Gestão e Inovação, como também para Comissões da Câmara dos Deputados, Senado Federal e Tribunal de Contas da União.

Com essa nova edição, ampliada, a BRASINFRA reitera seu propósito de fortalecer a eficiência e produtividade do setor, aprimorar as ferramentas disponíveis e estabelecer um diálogo entre as instituições interessadas, não medindo esforços na agenda propositiva em prol da infraestrutura nacional.



José Alberto Pereira Ribeiro
Presidente da BRASINFRA



Tomo 01
Aspectos
introdutórios,
conceituais e
estruturantes

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC) – Lei nº 14.133/2021 – foi publicada em 1º de abril de 2021, quando, então, teve início o período de transição entre a antiga e a nova norma.

Essa lei trouxe importantes alterações para o universo de licitações e contratos em todo o país e gerará sensível mudança no cenário das relações negociais entre o Poder Público e a iniciativa privada.

Para informar os seus aspectos mais relevantes, está programada uma série de textos, divididos por tópicos, que irão detalhar as mudanças e as principais diferenças em relação à legislação anterior.

O primeiro tomo se destina a compreender conceitos, vigência e eixos estruturantes da nova lei. Entendemos que compreender o pano de fundo é relevante. Esse é o propósito deste primeiro texto.

Vigência - afinal, a nova lei está valendo?

Comece-se compreendendo a sua vigência: ela já está valendo? Em que medida, onde e como?

O Art. 194 da Lei nº 14.133/21 prevê que ela entrou em vigor na data de sua publicação sem, entretanto, revogar de imediato as Leis nº 10.520/2002 (Pregão) e nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações — RDC).

Quanto à Lei nº 8.666/93, ela também continua em vigor, **salvo as regras ligadas à parte penal, que já foi revogada pelo Art. 193, inciso I, da Lei nº 14.133/21.**

Em tese, já seria possível desde o início realizar licitações e celebrar contratos com base na nova Lei. Mas foi criada uma divergência de entendimento a respeito da efetiva possibilidade de sua utilização imediata.

Isso porque **os editais, contratos e termos aditivos deveriam ser divulgados no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) segundo dita o Art. 174. Mais que isso, o Art. 94 diz ser condição indispensável à eficácia dos contratos e termos aditivos a divulgação no PNCP.**

Trata-se de importante mudança em relação às leis anteriores. Sugerimos inclusive consultar o tomo relativo à fase preparatória, que traz informações adicionais sobre a publicação do edital.

O Portal foi lançado em agosto/21, pode ser consultado por meio do site www.pncp.gov.br e atualmente contém informações e documentos de editais de licitação e seus anexos, além de avisos e atos autorizativos de contratação direta, atas de registro de preços, contratos, aditivos e instrumentos hábeis substitutos.

Também já foi editado o Decreto nº 10.764, de 9/8/2021, que dispõe sobre o Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas.

Embora ainda seja incipiente sua presença no cenário, o start para a utilização da nova Lei de Licitações, para aqueles que entendiam depender esse da disponibilização do Portal, foi dado.

As licitações com base na nova lei terão agora de se dar pelo Portal, local em que edital, seus anexos e minutas também devem ser disponibilizados. Os contratos que sejam fruto de licitação ou de contratação direta também devem ser objeto de publicação no referido Portal.

Da possibilidade de se escolher, qual lei utilizar

Durante o período de dois anos (contados de 4/2021), caberá à Administração Pública optar pelo diploma legal que regulamentará os procedimentos licitatórios instaurados e as contratações diretas.

Nesse período, o edital ou contrato deverá explicitar a lei regente, sendo vedada a combinação de regras nos termos do Art. 191 da Lei nº 14.133/2021.

Nada obsta que se faça um contrato direto (como os contratos emergenciais) pela Lei nº 8.666/93 ou pela Lei nº 14.133/21 e se realize um procedimento valendo-se da lei antes não utilizada.

12

Municípios de até 20.000 habitantes

Para Municípios com até 20.000 habitantes a obrigatoriedade de utilização do PCNP não é imediata. Estabeleceu-se um prazo até 2/4/2027 (6 anos da edição da lei) para eles.

Enquanto isso, deverão publicar, em diário oficial, as informações exigidas pela NLLC, admitida a publicação em extrato, além de disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo o referente ao fornecimento de edital ou cópia de documento, que não poderá ser superior ao custo de sua reprodução gráfica.

Âmbito de aplicação

São destinatários integrais a Administração Pública direta, suas autarquias e fundações em todo o âmbito da federação, abrangendo, pois, os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, bem como os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.

Espera-se uma possível discussão sobre a efetiva necessidade de Estados, Distrito Federal e Municípios observarem todas as regras da Lei nº 14.133/21, porque a União só poderia criar normas gerais.

A matéria é extremamente polêmica e não é nova. Vários dispositivos da Lei nº 8.666/93 foram, ao longo de suas quase três décadas, questionados.

São destinatários parciais as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que continuam a ser regidas pela Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais).

Ou seja, primeiro se aplica a Lei nº 13.303/16 para essas. A nova Lei é aplicável quando a própria lei das estatais assim determinar ou de forma subsidiária. Apenas se aplicam diretamente as questões atinentes à parte penal, por força do disposto no Art. 185.

ATENÇÃO

As empresas estatais devem observar a nova lei no que diz respeito a critérios de desempate entre propostas – Art. 55 da Lei das Estatais c/c Art. 60 da NLLC; novas regras do pregão – Art. 32, inciso IV, da Lei das Estatais; disposições penais – Art. 41 da Lei das Estatais c/c Arts. 178 e 185 da NLLC.

Permanecem fora da abrangência da Nova Lei os Serviços Sociais Autônomos – Sistema S.

Todavia, segundo entendimento do TCU – Decisão nº 907/97, essas entidades permanecem submetidas aos princípios gerais que norteiam as contratações públicas, então dispostos no Art. 5º da NLLC.

No âmbito de aplicação objetiva, a NLLC se destina às contratações públicas em geral, o que envolve alienações, locações de bens, aquisições, contratações de serviços de engenharia e obras – Art. 2º.

Não se sujeitam à NLLC os contratos de concessão tradicional e as Parcerias Público-Privadas.

Eixos estruturantes

Os eixos da NLLC evidenciam a intenção do legislador de, por uma visão sistêmica, estabelecer normas gerais que venham a impulsionar mudanças estruturais no sistema de contratação pública.

Eixo I: A Governança

Segundo o Art. 2º, inciso II, da Portaria nº 8.678, de 19 de julho de 2021, da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia – SEGES/ME, a governança consiste em um “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das contratações públicas, visando a agregar valor ao negócio do órgão ou entidade, e contribuir para o alcance de seus objetivos, com riscos aceitáveis”.

A governança vem como eixo central da NLLC, impondo à alta administração dos órgãos e entidades públicas a responsabilidade pela condução das contratações públicas como forma de “assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias”, “promover um ambiente íntegro e confiável” e potencializar a “eficiência, efetividade e eficácia” dessas contratações (Art. 11, caput e parágrafo único).

Daí se extrai a importância de a alta administração avaliar, direcionar e monitorar, de modo contínuo, a gestão da área de licitações e contratos, pois essa, à medida que se aprimora, confere maior potencial aos resultados alcançados, o que, por sua vez, implica a valorização de toda a Administração.

A lei também impõe à alta administração que estabeleça meios para garantir que os objetivos da licitação, então dispostos no Art. 11, caput, sejam alcançados, implementando processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, compreendendo-se, nesses meios, mecanismos de liderança, estratégia e controle.

A importância da governança no bom desempenho dos processos licitatórios para o alcance de resultados legítimos (leia-se legais, eficazes, céleres, econômicos, vinculados ao objetivo do edital, entre outros) é reconhecida pelo Tribunal de Contas da União, que, em diversos julgados, aponta a omissão da alta administração como responsável por problemas, em especial por não se engajar no planejamento das contratações, não promover gestão de riscos e não identificar pessoal apto.

Como exemplo destacam-se os acórdãos nº 1273/15, nº 588/18 e nº 1637/21, todos do Tribunal de Contas da União (TCU).

Daí por que a NLLC se estrutura sob esse eixo principal, com vistas a conferir maior credibilidade nas licitações, fortalecendo, como um todo, a Administração Pública.

Eixo II: Profissionalização dos recursos humanos

O segundo eixo consiste na profissionalização dos recursos humanos, vez que somente com profissionais capacitados é possível a correta e eficaz utilização dos instrumentos disponibilizados.

Para tanto, segundo os Arts. 7º e 8º, §3º, da nova Lei, a alta administração deverá promover gestão por competência, a exigir avaliação da estrutura de recursos humanos, identificação das competências necessárias para cada função, definição clara das responsabilidades e dos papéis a serem desempenhados e, ao final, seleção e designação de agentes públicos que tenham conhecimentos, habilidades e atividades compatíveis, sem prejuízo das avaliações de desempenho.

A NLLC também consagra, expressamente, o princípio da segregação de funções e alguns requisitos que deverão ser observados na designação de agentes públicos, a exemplo da necessidade de que o profissional seja titular de cargo que tenha atribuições relacionadas a licitações e contratos, possua formação compatível com as atribuições a serem desempenhadas ou tenha certificação profissional na área.

O Art. 173, por sua vez, com o escopo de viabilizar instrumentos de aprimoramento dos agentes públicos, determina que “os tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas”.

Observa-se, ainda, no Art. 7º, inciso III, a vedação, pelo legislador, à contratação de agentes que possuam, com as altas autoridades, laços de parentesco, afetivos ou trabalhistas, na tentativa de pôr fim à cultura do paternalismo que, até então e infelizmente, se verifica no setor público em larga escala, em que pesem o evidente desvio de finalidade, a ofensa ao princípio da impessoalidade e o descaso com a coisa pública.

A NLLC, portanto, atribui aos recursos humanos notável importância para o alcance de resultados satisfatórios, na medida em que prioriza critérios objetivos para a designação

dos agentes que exercerão funções essenciais, conferindo especial relevância ao aprimoramento e à especialização do corpo de trabalho.

A questão, contudo, exigirá cuidado quando se tratar de pequenos Municípios, os quais, por possuírem menor quadro de funcionários, em muitos casos com menor preparo técnico, enfrentarão obstáculos para o cumprimento de todas as exigências presentes na nova lei, carecendo, portanto, de maior atenção para que os fins dispostos na norma sejam todos atingidos.

Eixo III: Planejamento

A NLLC traz o planejamento como princípio expresso em seu Art. 5º, caput.

Em nível macro, o planejamento deverá permear a própria governança das contratações, contribuindo para a conformação das variáveis já comentadas (estrutura, processos, pessoas) e a definição da estratégia (objetivos, iniciativas, indicadores e metas que possibilitarão o monitoramento do desempenho da gestão).

Em um nível micro, deverá influenciar o ciclo de cada contratação pública a ser realizada.

Sua importância decorre do fato de que ele deverá conter análises de custo e benefício com vistas à racionalização na utilização de recursos, potencializando, por conseguinte, a eficiência, a efetividade e a eficácia das contratações públicas, e assim garantindo melhora no nível de satisfação das necessidades cada vez mais complexas da Administração, o que repercutirá, ao fim, na qualidade das políticas públicas.

Como instrumento de planejamento se destaca **o plano de contratação anual, que é facultativo como regra – mas já exigível na esfera federal diante da IN 1/2019** – e exigirá análise das demandas formalizadas, seleção e segregação, em termos qualitativos e quantitativos, das demandas que serão atendidas, subsidiando as leis orçamentárias e priorizando as necessidades (Art. 12, inciso VII). **Quando houver plano de contratação anual, todas as contratações e prorrogações devem estar nele contidas. Daí a sua importância e a relevância de se estar atento ao processo de sua formatação.**

O planejamento, por sua própria etimologia, se insere na primeira etapa da licitação: **a fase preparatória, que em regra demandará estudo preliminar técnico, o qual deverá conter o problema a ser resolvido e sua melhor solução (ou a melhor forma de obtê-la)**, de modo a permitir avaliação final da “viabilidade técnica e econômica da contratação” (Art. 6º, inciso XX, e Art. 18, inciso I, do caput e §1º).

Importante destacar que, pela nova lei, a melhor solução deve observar todo o ciclo de vida do objeto, impondo-se a avaliação não apenas dos custos diretos, mas também dos custos indiretos relacionados a despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental – ou seja, todos esses elementos deverão ser listados e considerados para que se alcance uma modelagem de licitação que garanta contratação efetivamente vantajosa (Art. 11, inciso I, c/c Art. 18, inciso VIII, c/c Art. 34, §1º).

Importante informar que a BRASINFRA enviou contribuições para a regulamentação dos temas acima. Acesse o ofício enviado.



Eixo IV: Absorção de tecnologia da informação e comunicação

Trata-se de um eixo que, uma vez implementado por todos os entes federativos, possibilitará a superação definitiva do paradigma analógico e presencial pelo paradigma digital e eletrônico, com os objetivos de ampliar sobremaneira a competitividade dos certames, mitigar riscos de fraudes, aumentar a transparência das licitações e da execução dos contratos e, principalmente, potencializar o controle social em prol da prevenção à corrupção.

Verifica-se, portanto, notável preocupação da NLLC em garantir melhores mecanismos de fiscalização dos atos administrativos.

A NLLC, para tanto, estabelece, em seu Art. 174, a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas – **PNCP, que contará com planos de contratação anuais, catálogos eletrônicos de padronização, editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos, atas de registro de preços, contratos e termos aditivos, e notas fiscais eletrônicas, quando for o caso, além de um sistema de registro cadastral unificado a ser utilizado por toda a Administração Pública.**

O PNCP foi lançado, pelo Governo Federal, em 9/8/2021 e já está disponível para a realização dos processos licitatórios ou contratações diretas.

As licitações devem ser preferencialmente processadas em plataforma eletrônica, admitindo-se a forma presencial em situações excepcionais, devidamente justificadas.

Tudo isso para garantir maior transparência, controle, diminuição de custos nos procedimentos licitatórios, desburocratização e eficiência em prol da melhor escolha, bem como de um resultado satisfativo, que atenda às demandas da Administração e da sociedade.

Eixo V : Fortalecimento da prevenção

Este último eixo estruturante decorre de todos os demais já expostos, estando intimamente relacionado à governança.

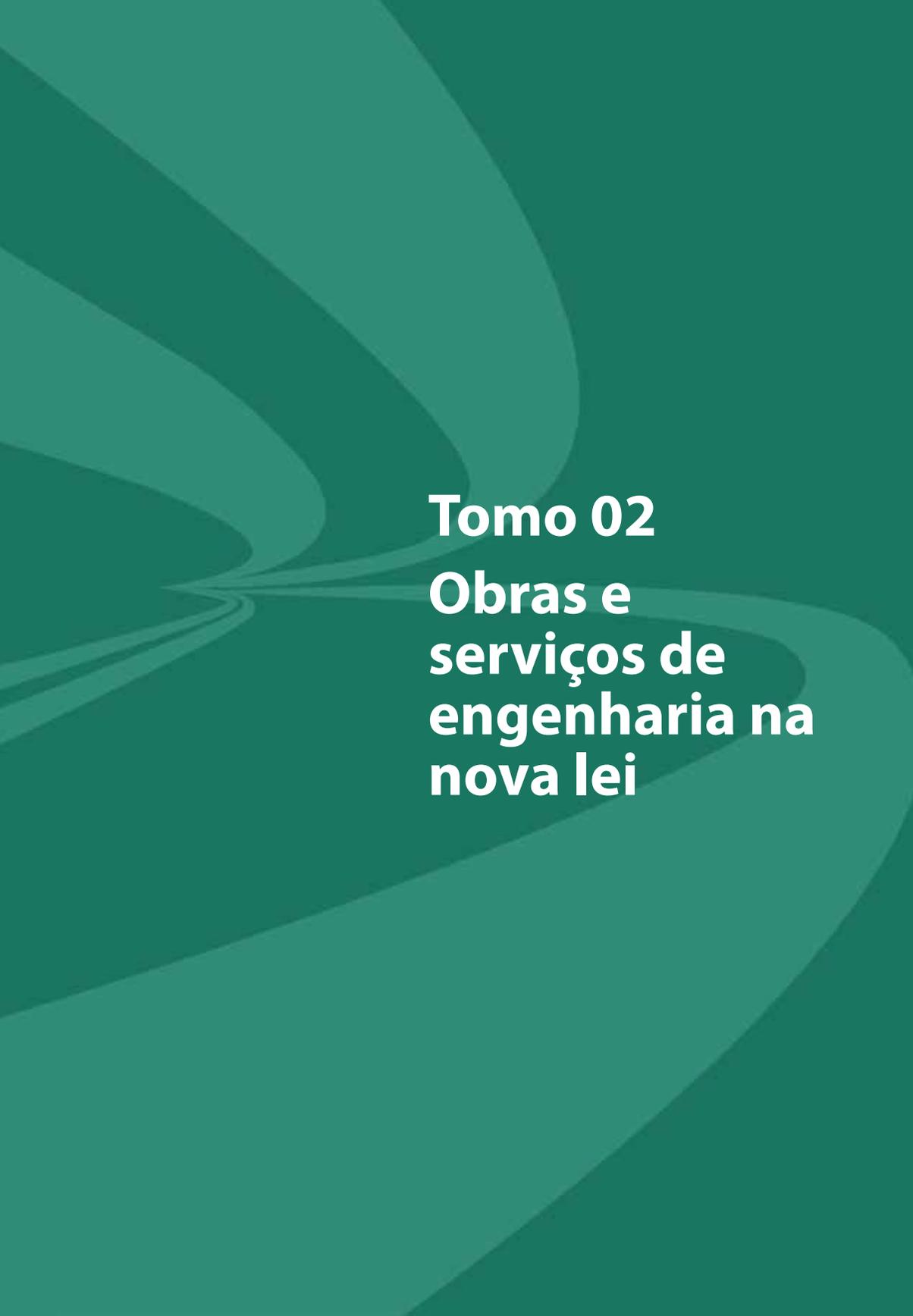
Em seu Art. 169, a NLLC estabelece que as contratações públicas submeter-se-ão a práticas contínuas e permanentes de **gestão de riscos e de controle preventivo – com adoção de recursos de tecnologia da informação**, além, claro, do controle social.

O trabalho deve ser estruturado em áreas e instâncias distintas, de modo a fortalecer a prevenção e garantir relações íntegras e confiáveis.

Em sintonia com a governança, a NLLC consigna que a **implementação das práticas de controle preventivo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade**, que deverá optar por medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, em prol do resultado mais vantajoso para a Administração.

Entre os órgãos de controle, a terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo Tribunal de Contas, terá acesso irrestrito a documentos e informações necessários à realização do trabalho, inclusive àqueles considerados sigilosos, tornando-se responsável pela manutenção desse sigilo.

As medidas a serem tomadas em caso de impropriedade formal ou irregularidades que configurem dano à Administração encontram-se nos incisos I e II do §3º do Art. 169, dentre os quais se destacam atos de saneamento ou mitigação de riscos de nova ocorrência, no primeiro caso, e até mesmo a remessa ao Ministério Público para a segunda hipótese.

The background is a solid teal color with several large, overlapping, curved shapes in a lighter shade of teal, creating a sense of depth and movement. The shapes are reminiscent of stylized waves or flowing paths.

Tomo 02
Obras e
serviços de
engenharia na
nova lei

Este segundo Tomo se destina a apresentar as informações mais relevantes sobre obras e serviços de engenharia.

Serão abrangidos:

- a) as separações entre serviços de engenharia comum e especial;
- b) o uso de pregão ou concorrência;
- c) a utilização do critério técnica e preço;
- d) o conceito de contratação de grande vulto e suas consequências;
- e) as alterações sobre serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

Outros temas pertinentes a obras e serviços de engenharia ainda serão tratados nos próximos tomos, mas é necessário compreender esse contexto inicial de alterações.

Serviços de engenharia

A NLLC os conceitua no Art. 6º, inciso XXI, como toda atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração e que, não enquadradas no conceito de obra a que se refere o inciso XII do caput desse artigo, são estabelecidas, por força de lei, como privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados.

Portanto, **o conceito de serviços de engenharia é residual**. Não se enquadrando como obra (ver Art. 6º, inciso XII) porque não intervém no meio ambiente, não inova o espaço físico e não acarreta alteração substancial das características originais de um bem imóvel, um serviço será caracterizado como serviço de engenharia.

Além disso, a **lei distingue serviços comuns e especiais de engenharia**.

SERVIÇO COMUM DE ENGENHARIA

Todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens.

SERVIÇO ESPECIAL DE ENGENHARIA

Aquele que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição de serviço comum de engenharia

Atente-se para o fato de que, na Lei nº 8.666/93, não havia essa distinção.

Nela, o serviço de engenharia se confundia com o conceito de “obra”, então disposto no Art. 6º, inciso I, da antiga lei da seguinte forma: *“toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta”*.

ATENÇÃO

É extremamente relevante a separação entre serviço comum e especial de engenharia para fins de escolha da modalidade de licitação.

Caso se trate de *serviço especial de engenharia*, usa-se a concorrência, que, por sua vez, pode empregar vários critérios e não só o do menor preço (Art. 6º, inciso XXXVIII, c/c Art. 29, parágrafo único). Assim, pode ser usado o critério técnica e preço.

No caso de *serviço comum de engenharia*, será utilizado o pregão e o critério será o do menor preço.

LICITAÇÃO	SERVIÇO ESPECIAL DE ENGENHARIA	SERVIÇO COMUM DE ENGENHARIA
Modalidade	Concorrência – Art. 6º, inciso XXXVIII c/c Art. 29, parágrafo único	Pregão* Concorrência*
Critérios	<ul style="list-style-type: none">• menor preço• melhor técnica* ou conteúdo artístico• técnica e preço*• maior retorno econômico• maior desconto	menor preço*

**Atenção para as repercussões, em modalidade e critérios, sobre os serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual referidos ao final deste texto.*

O Pregão e a Concorrência são muito semelhantes (Art. 29 e Art. 17).

Em ambos a regra geral é primeiro julgar a proposta e depois analisar a documentação (habilitação). Mas essa regra geral pode ser invertida em ambos os casos. Ou seja, **poderá inclusive haver pregão com análise prévia de documentação.**

A principal diferença entre Pregão e Concorrência está nos critérios para a escolha da melhor proposta. **O critério técnica e preço só é usado na concorrência.**

ATENÇÃO

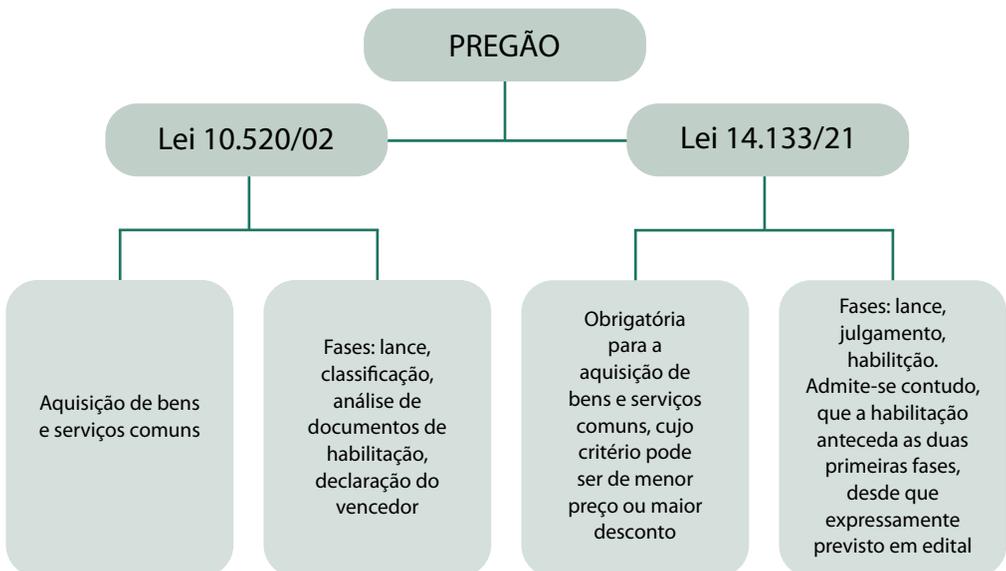
Importante novidade, inspirada no RDC e já constante, de certo modo, do Decreto nº 1.024/19, são os modos de disputa.

Eles serão: fechado, aberto ou combinado.

Eles serão usados a depender do critério usado para selecionar a melhor proposta.

Se o critério for menor preço: necessariamente o modo de disputa é aberto ou a combinação entre fechado e aberto. Ou seja, haverá lances e poderá haver, também, fase fechada.

Se o critério for técnica e preço: está vedado o modo de disputa aberto.



CONCORRÊNCIA

Lei 8.666/93

Lei 14.133/21

Obras e serviços de engenharia, compra ou alienação de imóveis, concessão de direito real, licitações internacionais, em substituição a convite, contrato de concessão de serviço público e ppp

Fases: edital, habilitação, escolha da melhor proposta, homologação adjudicação

Contratação de bens e serviços especiais, obras e serviços comuns e especiais de engenharia, sem limite de preços

Fases: lance, classificação, habilitação, declaração do vencedor. admite-se contudo que a habilitação seja a primeira fase, desde que expressamente previsto em edital

Importante destacar que a sequência de fases varia conforme as escolhas, valendo ressaltar o seguinte:



ATENÇÃO

No critério técnica e preço, faz-se **a ponderação das notas atribuídas à técnica e ao preço**. A técnica pode representar até 70%.

Desempenho anterior perante a Administração Pública será avaliado no quesito técnica.

Para mais detalhes, veja o tomo 4.

Obras

As **obras** estão conceituadas no Art. 6º, inciso XII, como toda atividade estabelecida, por força de lei, como privativa das profissões de arquiteto e engenheiro **que implica intervenção no meio ambiente por meio de um conjunto harmônico de ações que, agregadas, formam um todo que inova o espaço físico da natureza ou acarreta alteração substancial das características originais de bem imóvel.**

Lei nº 8.666/93 – Art. 6º, inciso I

Obra é toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação realizada por execução direta ou indireta.

Lei nº 14.133/21 – Art. 6º, inciso XII

Obra é toda atividade estabelecida, por força de lei, como privativa das profissões de arquiteto e engenheiro que implica intervenção no meio ambiente por meio de um conjunto harmônico de ações que, agregadas, formam um todo que inova o espaço físico da natureza ou acarreta alteração substancial das características originais de bem imóvel.

Obras são tratadas de forma única. Não há um conceito para obras especiais e outro para obras comuns.

Quando o objeto for obra, necessariamente haverá concorrência (salvo caso de diálogo competitivo).

Nos casos de obras, poderão ser adotados os critérios de menor preço ou técnica e preço. A definição dependerá da fase de planejamento da licitação, em especial de um importante documento chamado de Estudo Técnico Preliminar, que será objeto de outro Tomo.

Obras e serviços de engenharia de grande vulto são assim chamados porque o seu valor estimado na época da preparação da licitação supera R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais).

Obras e serviços de grande vulto demandarão uma série de regras. Veja a seguir:

1 - Matriz de risco

(Art. 22, §3º, c/c Art. 6º, inciso XXVII)

A matriz de alocação de riscos é uma cláusula contratual que definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes, como preconiza o §4º do Art. 103.

Assim, se o risco estiver alocado à empresa, o Poder Público não promoverá o reequilíbrio. **A entidade contratante só promoverá o reequilíbrio a favor do privado se o risco tiver sido atribuído ao Poder Público.**

Exemplo: se a cláusula contratual indicar que o risco ligado a eventos da natureza é do contratado, não haverá reequilíbrio mesmo que os custos se tornem mais elevados.

Por isso, será sempre importante ficar alerta à minuta do edital e do contrato e questioná-la no momento certo.

Importante destacar que a função da matriz de risco é realmente promover uma descrição objetiva dos riscos assumidos **pelos partes do contrato.**

Como dito pelo §1º do Art. 22, o papel da matriz é “promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante”, sem subverter a intenção do legislador.

Nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos (§ 4º do Art. 22).

Importante considerar ainda que **uma das hipóteses raras em que se poderá fazer alteração dos valores contratuais, na contratação integrada ou semi-integrada, é a ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração** (Art. 133, inc. IV).

Riscos para os quais exista possibilidade de cobertura por seguro devem preferencialmente ser alocados ao privado (§2º do Art. 103).

Também destacamos que há situações que já estão previamente definidas em lei, pelo que não há espaço para regra diversa na matriz de risco. Assim, nos moldes do §5º do Art. 103, “sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, **exceto no que se refere:**

I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do **caput** do art. 124 desta Lei;

II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato”.

Se assim não estiver previsto na cláusula de matriz de risco, questione se achar conveniente.

Nem sempre haverá consulta ou audiência pública. Na NLLC elas são optativas (Art. 21).

Lei nº 8.666/93

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Lei nº 14.133/21

Art. 21. A Administração poderá convocar, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis, audiência pública, presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados.

Parágrafo único.

A Administração também poderá submeter a licitação a prévia consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado.

2 - Obrigatoriedade de Programa de Integridade

No prazo de seis meses contados da celebração do contrato, a empresa deverá implementar o Programa de Integridade.

O assunto remete à Lei nº 12.846/13 e ao Decreto Federal nº 8.420/15, em especial a seu Art. 42.

Atenção para o fato de que não existia essa regra na Lei nº 8.666/93.

A BRASINFRA aplaude o olhar a favor da probidade e da retidão do relacionamento público-privado, bandeira que já vem sendo defendida pela entidade.

Exemplo disso é a participação ativa na criação (em 2019) e desenvolvimento do IBRIC – Instituto Brasileiro de Autorregulação para o site do IBRIC - <https://ibric.org.br/>



Importa registrar que a louvável inovação legal, no entanto, não afasta a necessidade de atenção ao impacto dos custos relativos a um Programa de Integridade, bem como a seu reflexo na estimativa de custos orçamentários.

A obrigatoriedade de implementação dos importantes Programas de Integridade (considerando que a lei, quando não os obriga, ainda assim estimula sua existência) deve refletir nos estudos quando da preparação da licitação e quando da análise das propostas.

Trata-se de custo que **precisa ser considerado**. O mesmo se diga de outros fatores incluídos na NLLC, atinentes a governança e políticas públicas de inclusão, que também impactam o custo do fornecimento, obra ou serviço, com reflexos nas estimativas orçamentárias.

3 - Seguro-Garantia

A Administração **poderá exigir seguro-garantia em percentual de até 30%** (trinta por cento), conforme Art. 99, nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto.

Essa determinação é uma novidade. Entenda, então, a diferença entre os seguros-garantia, na lei anterior e na atual, para obras e serviços em geral e para obras e serviços de grande vulto.

Lei de Referência	Seguro-garantia para obras e serviços em geral	Seguro-garantia para obras e serviços de engenharia de grande vulto
Lei nº 8.666/93	art. 56, §2º	art. 56, §3º
	até 5%	até 10%
Lei nº 14.133/21	art. 98	art. 99
	até 5% (como regra)	até 30% com cláusula de retomada ou step-in
	até 10% (justificado em função da complexidade técnica e dos riscos envolvidos)	

O edital poderá prever **cláusula de retomada ou step-in** (uma das principais inovações da NLLC com repercussão para o setor de infraestrutura): obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, **assumir a execução e concluir o objeto do contrato**, conforme Art. 102.

Atenção, então, para o fato de que não existia essa regra na Lei nº 8.666/93.

Lei nº 8.666/93
Cláusula de retomada: sem previsão.

Lei nº 14.133/21

Art. 99. Nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada prevista no art. 102 desta Lei, em percentual equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato.

Art. 102. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que (...).

Serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual

Importante destacar que a NLLC promoveu alteração no conceito do que seja **serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual** e previu uma série de novas regras e limites no trato do tema.

De início, vejam-se as diferenças de conceito e amplitude em relação à legislação anterior:

COMO ESTAVA NA LEI Nº 8.666/93	COMO ESTÁ NA LEI Nº 14.133/21
ART. 13	ART. 6º, INC. XVIII
Consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:	Consideram-se serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual os trabalhos relativos a:
I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;	a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos;
II – pareceres, perícias e avaliações em geral;	b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
III – assessorias e consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;	c) assessorias e consultorias técnicas e auditorias financeiras e tributárias;

IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;	d) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços;
V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;	e) patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas;
VI – treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;	e) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
VII – restauração de obras de arte e bens de valor histórico;	g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
Sem previsão correlata.	h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição deste inciso.

Importante atentar, ainda, que a NLLC fez uma série de previsões para esses tipos de serviços e aumentou o rigor na vivência deles pela Administração Pública, a saber:

a) o Art. 29, parágrafo único, prevê que **não se aplica pregão para a contratação desses serviços;**

b) o Art. 36, §1º, inc. I, prevê que o critério de julgamento a ser utilizado será **preferencialmente de técnica e preço;**

c) o Art. 37, §2º, prevê que esses serviços podem demandar **contratação direta por inexigibilidade de licitação;**

d) o Art. 37, §2º, incs. I e II, prevê que, quando o valor estimado da contratação desses serviços for superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) e se decidir pela realização de licitação, o julgamento será **por melhor técnica ou técnica e preço** (este na proporção de 70% de valoração para a proposta técnica e 30% para a proposta de preço). Vale salientar que esse dispositivo havia sido objeto de veto presidencial, vindo a ser derrubado na casa legislativa;

A BRASINFRA atuou para a derrubada do veto.



e) O Art. 37 em seus incisos previu que o julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço deverá ser realizado por: 1) verificação da capacitação e da experiência do licitante, comprovadas por meio da apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados; 2) atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por

banca designada para esse fim, de acordo com orientações e limites definidos em edital, considerados a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues; 3) atribuição de notas por desempenho do licitante em contratações anteriores aferida em documentos comprobatórios e em registro cadastral unificado disponível no PNCP;

f) o Art. 93 prevê que nesses serviços o autor deverá ceder todos os direitos patrimoniais relativos para a Administração Pública, hipótese em que poderão ser livremente utilizados e alterados por ela em outras ocasiões sem necessidade de nova autorização de seu autor.

Sistema de registro de preços

ATENÇÃO

Haverá possibilidade de uso de Sistema de Registro de Preço para obras e serviços de engenharia.

Diferentemente do que acontecia sob a égide da Lei nº 8.666/93, quando aos diversos Decretos cabia ditar as regras sobre o tema, a NLLC está unificando o tratamento da matéria.

Na nova Lei, **será possível o uso de SRP para alguns casos de obras e serviços de engenharia** se atendidos dois requisitos:

- I - existência de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional;
- II - necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado.

O SRP para obra necessariamente será de **concorrência**.

Pelo que se entende, o SRP só poderá ser usado para serviço comum de engenharia. Nesse caso, será adotado o pregão.

Sugerimos atenção para o uso do SRP para esses casos. Isso porque, ainda que um projeto possa ser padronizado e não tenha complexidade técnica e operacional, o local em que a obra vai ocorrer, seja do ponto de vista de suas características, seja do ponto de vista das regras, altera muito o cenário.

Por isso, é muito relevante o oferecimento de impugnação questionando o uso de SRP em casos de obras e serviços de engenharia.



**Tomo 3:
Da fase
preparatória
na NLLC**

ANLLC produziu sensíveis e importantes mudanças na fase preparatória da licitação, também chamada de fase interna – aquela que antecede a publicação do edital ou que antecede o contrato (nos casos de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade).

A fase preparatória é de suma importância porque dela depende todo o meta-processo da contratação pública. Quem participará do certame, quais as exigências, qual modalidade, quais os contornos do objeto... tudo é definido na fase interna.

Os organismos internacionais se preocupam com o tema. A Transparência Internacional destaca a singularidade desse momento.

O TCU também tem importantes acórdãos sobre o tema. Devem ser destacados o 1273/15, o 588/18, o 1637/21 e o 2622, todos do Plenário do TCU, que indicam a necessidade de aprimoramentos em termos de governança, gestão de riscos, controles.

Tem-se, sobretudo a partir das críticas e recomendações do TCU, aliadas às manifestações da OCDE – organismo em que o Brasil pretende ingressar –, a edição de uma série de normas federais voltadas à fase de planejamento, em que se destacam a IN 1/19 e a IN 40/20.

O que se vê na NLLC é, em parte, a nacionalização de práticas já existentes na esfera federal.

Plano de contratações anual

Trata-se de documento já exigível na esfera federal, objeto da IN 1/19.

Ele não é imperativo para as demais esferas pela NLLC, mas pode ser obrigatório diante de previsões de normas estaduais e municipais.

Nas hipóteses em que ele for criado (por exigência ou por liberalidade), nele devem estar concentradas todas as contratações e prorrogações desejadas.

A ideia central do Plano de Contratações Anual é racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias (Art. 12, inc. VII).

ATENÇÃO:

O processo licitatório deve ser instruído com alguns argumentos e documentos. Esses devem estar em compatibilidade com o plano de contratações anual, como prevê o Art. 18, razão por que é importante entender o que deverá ser harmonizado:

- 1) fundamentação da necessidade de contratação pretendida, embasada no estudo técnico preliminar (ETP) e no interesse público envolvido;**
- 2) definição do objeto para o atendimento da necessidade em termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;**
- 3) definição das condições de execução e pagamento, garantias exigidas e ofertadas, assim como das condições de recebimento do objeto, provisório e definitivo;**

- 4) orçamento estimado, com as composições de preços utilizados para sua formação, mesmo que o orçamento seja sigiloso ao público e aos licitantes durante o curso do processo, acessível em qualquer caso aos órgãos de controle;**
- 5) minuta de edital e contrato, o primeiro em qualquer caso e o segundo quando aplicável, dispensado em aquisições de pronta-entrega;**
- 6) referência (e respectiva fundamentação) para a escolha da modalidade licitatória, do regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia (com abordagem dos potenciais de economia de escala), do critério de julgamento, do modo de disputa, da adequação e eficiência da forma de combinação de parâmetros, e para a atenção ao ciclo de vida do produto ou serviço;**
- 7) motivação circunstanciada das condições do edital, justificativa das exigências de qualificação técnica, indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto e de qualificação econômico-financeira, justificativa de critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas (no caso de melhor técnica ou técnica e preço), bem como justificativa das regras para participação de empresas em consórcio;**
- 8) análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;**
- 9) motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, considerando que esse sigilo não prevalece perante órgão de controle interno ou externo (Art. 24, inc. I) e que, para os casos de julgamento por maior desconto, o preço já constará do próprio edital (Art. 24, parágrafo único).**

Tudo isso nos leva a concluir que a Administração Pública deve pautar-se em escolher contratar com base em rigoroso planejamento, no que concerne tanto à sua necessidade quanto à sua possibilidade, inclusive orçamentária, aumentando a responsabilidade dos gestores e servidores com relação ao que lança ao mercado.

Para além desses itens, importante lembrar que as motivações da Administração Pública também deverão levar em conta as previsões da LINDB, tais como:

- a) motivação expressa nas tomadas de decisão;
- b) avaliação das consequências advindas da decisão escolhida;
- c) análise das possíveis soluções alternativas à decisão escolhida;
- d) relevo para o espaço negocial e dialógico nas relações celebradas pelo Poder Público, de forma a prestigiar a efetiva obtenção de resultados, ganhos de eficiência e otimização do desempenho dos contratos.

Importante destacar que, **no momento em que se preparava este Tomo, o Governo Federal ainda não havia editado o regulamento mencionado no Art. 12, inc. VII, da NLLC.**

A Brasinfra enviou sugestões para o aprimoramento do regulamento.



Estudo técnico preliminar

O estudo técnico preliminar (ETP) é um importante elemento da fase preparatória. Na esfera federal ele já é regulamentado pela IN 40/2020.

Cabe ao ETP a busca da solução ótima para o atendimento da demanda. Assim, todas as alternativas possíveis para que a necessidade seja atendida devem ser consideradas sob os aspectos de viabilidade técnica e econômica da contratação.

Para se ter um exemplo do seu uso, veja o que traz o Art. 44 da NLLC: *“quando houver a possibilidade de compra ou de locação de bens, o estudo técnico preliminar deverá considerar os custos e os benefícios de cada opção, com indicação da alternativa mais vantajosa”.*

O que deve conter um ETP?

As regras estão dispostas no Art. 18, §1º, da NLLC:

- a) descrição da necessidade da contratação, considerando o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;**
- b) demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração ;**
- c) requisitos da contratação;**
- d) estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas de memórias de cálculo e documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;**
- e) levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;**
- f) estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado se a Administração optar por preservar seu sigilo até a conclusão da licitação;**
- g) descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;**
- h) justificativas para o parcelamento ou não da contratação;**
- i) demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;**

j) 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;

k) contratações correlatas e/ou interdependentes;

l) 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;

m) posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina;

n) presença, ao menos, dos itens (a), (d), (f), (h) e (m) acima e, na ausência dos demais, as devidas justificativas;

o) no caso de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projeto.

Lembre-se de que nem todos são, de fato, imperativos, como dita o §2º desse mesmo artigo. Conheça o texto da lei.

Importante destacar que **o ETP não se confunde com o Projeto Básico ou o Termo de Referência. Com base na solução nele encontrada será confeccionado o anteprojeto, o Projeto Básico ou o Termo de Referência.**

Sugerimos estarem atentos aos conceitos de anteprojeto (Art. 6º, inc. XXIV), projeto básico (Art. 6º, inc. XXV) e projeto executivo (Art. 6º, inc. XXVI) da NLLC.

Além disso, também se destaque que **ele nem sempre será exigível. À luz do que já se construiu em face da experiência da esfera federal, não se exige ETP para: a) quando se irá apenas prorrogar o contrato; b) casos de dispensa por valor; c) casos de dispensa por emergência ou calamidade pública; d) quando se tratar de contrato remanescente.**

Destaque também para o contido no §3º do Art. 18 da NLLC referente à contratação de obras e serviços **comuns** de engenharia: *“se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos”.*

1. Sugerimos atentar, ainda, que o plano de contratação anual deve guardar coerência com o plano plurianual. Isso decorre do Art. 12, inc. VII, da NLLC, que previra: *“no processo licitatório, observar-se-á o seguinte: a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias”.*

Outras importantes informações sobre a NLLC

Além disso, especial atenção deve ser dada ao que está descrito no Art. 19 da NLLC, que traz requisitos que vão interferir em todo o processo de aquisição.

Ele descreve o que os órgãos da Administração Pública com poderes **regulamentares** deverão gerar para uso nas licitações:

a) instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização de procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços;

b) **catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras;**

c) **sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo;**

d) **modelos** de minutas de editais, de termos de referência, de contratos **padronizados** e de outros documentos (com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno);

e) **adoção gradativa de tecnologias e processos integrados que permitam a criação, a utilização e a atualização de modelos digitais de obras e serviços de engenharia;**

f) **adoção preferencial da Modelagem da Informação da Construção (BIM – Building Information Modeling) ou de tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que a substituam.**

Esses instrumentos permitirão maior padronização e uniformidade aos processos de aquisição, evitando focos de dirigismo e corrupção, além de contribuir para a governança e a transparência das contratações.

ATENÇÃO:

1 – O catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras poderá ser utilizado em licitações do tipo menor preço ou maior desconto e conterá toda a documentação e os procedimentos próprios da fase interna de licitações, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme regulamento;

2 – A não utilização do catálogo eletrônico de padronização ou dos modelos de minutas deverá ser justificada por escrito e anexada ao respectivo processo licitatório.

Também importante destacar que a NLLC propiciou a **possibilidade** de processos licitatórios serem antecedidos **de consultas e audiências públicas. Não há o dever de fazê-las.**

A previsão é **distinta do que estava previsto na Lei nº 8.666/93**, já que nesta havia a determinação de que as licitações simultâneas ou sucessivas com valor superior a R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais) deveriam ser iniciadas, **obrigatoriamente**, com uma audiência pública (Art. 39).

O importante é que haja disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de ETP e elementos do edital, bem como que se garanta a manifestação de todos os interessados.

Esses instrumentos de participação social não são uma novidade para a Administração Pública, haja vista a prévia existência de mecanismos, em várias leis, que permitem a contribuição para a melhoria dos processos aquisitivos.

Essa interação, inclusive, recebeu outros graus de realização na NLLC, como se vê nas figuras do diálogo competitivo e do procedimento de manifestação de interesse. Nada impede, inclusive, que as consultas públicas sejam utilizadas até para a edição do Plano de Contratações Anual.

HIPÓTESE DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL	LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
Audiências públicas	<p>Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.</p>	<p>Art. 21. A Administração poderá convocar, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis, audiência pública, presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados.</p>
Consultas públicas	Sem previsão correlata.	<p>Art. 21. Parágrafo único. A Administração também poderá submeter a licitação a prévia consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado.</p>

Matriz de risco

O próximo ponto a ser destacado é que o edital poderá contemplar **matriz de alocação de riscos** entre o contratante e o contratado.

Essa não é uma experiência inovadora da legislação brasileira, mas estava, até então, restrita a licitações disciplinadas em leis apartadas, como é o caso das parcerias público-privadas (Arts. 4º, inc. VI, e 5º, inc. III, da Lei nº 11.079/04) e das contratações integradas para obras e serviços de engenharia no RDC (Art. 9º, §5º, da Lei nº 12.462/11).

ATENÇÃO:

A matriz de risco é obrigatória:

- **em contratos de obras e serviços de grande vulto (acima de R\$ 200.000.000,00);**
- **em casos de contratação integrada e semi-integrada.**

Nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos (§4º do Art. 22).

Importante considerar ainda que **uma das hipóteses raras em que se poderá fazer alteração dos valores contratuais, na contratação integrada ou semi-integrada, é a ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração** (Art. 133, inc. IV).

Nos demais casos, a matriz de risco não é obrigatória.

Logo, é na **fase preparatória que se decidirá ou não pela previsão** de cláusula de matriz de risco, razão pela qual **é crucial examinar as minutas de edital e contrato, e impugnar ou pedir esclarecimentos.**

O objetivo, como posto pelo §1º do Art. 22 da NLLC, é **promover a alocação eficiente dos riscos e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, assim como os mecanismos que afastem a ocorrência de sinistro e mitiguem os seus efeitos**, caso esse ocorra durante a execução contratual.

Nesse sentido vale destacar o §4º do Art. 103, que determina: **“a matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes”.**

O §2º do citado Art. 22 vai prever, inclusive, o que essas alocações de riscos deverão refletir:

a) hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento;

b) possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual;

c) contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado.

Destacamos que riscos para os quais exista possibilidade de cobertura por seguro devem preferencialmente ser alocados ao privado (§2º do Art. 103).

Também destacamos que há situações que estão previamente definidas em lei, pelo que não há espaço para regra diversa na matriz de risco. Assim, nos moldes do §5º do Art. 103: “sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, **exceto no que se refere:**

I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do **caput** do art. 124 desta Lei;

II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

Se assim não estiver previsto na cláusula de matriz de risco, questione se achar conveniente.

ATENÇÃO:

1 – Nas contratações de obras e serviços de grande vulto (entendidas essas como as de valor estimado superior a R\$ 200 milhões) e nos regimes de contratação integrada e semi-integrada, a matriz de alocação de riscos será obrigatória;

2 – Nas contratações integradas e semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação e que sejam associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado serão alocados como de responsabilidade dele na matriz.

Recomendamos a leitura do Tomo 2 relativo a obras e serviços de engenharia

Valor estimado da contratação

Um dos pontos sensíveis da construção de uma boa relação contratual está no eixo **planejamento – detalhamento do objeto – preço.**

Mau planejamento pode redundar em erros de descrição/detalhamento do objeto (em termo de referência, ETP, anteprojetos ou projetos) e, por consequência, má cotação e obtenção de preços distorcidos pelo mercado.

É crucial que haja compromisso com a qualidade na elaboração de anteprojetos, projetos básicos e executivos, pois as deficiências nesses poderão gerar uma extensa cadeia de problemas, tanto na orçamentação e na precificação quanto na execução do contrato e nas discussões acerca de seus ajustes e equilíbrio.

Má descrição do objeto licitado poderá gerar erros de precificação, superfaturamento, sobrepreço, jogos de planilha ou cronograma e, a partir disso, toda uma sorte de punições e desfazimentos administrativos e/ou judiciais.

Por isso, a construção desse eixo **planejamento – detalhamento do objeto – preço** precisa ser feita da forma correta.

A NLLC buscou evoluir as descrições e operacionalidades desses pontos e, no que tange à construção do valor estimado da contratação:

a) buscou incorporar as experiências positivas da regulamentação criada para a lei anterior, especialmente as realizadas pela esfera federal;

b) buscou incorporar as contribuições técnicas e decisórias dos órgãos de controle na avaliação de casos concretos, especialmente as do TCU;

c) buscou objetivar e padronizar um número maior de dados, capazes de trazer mais profissionalização, uniformização/padronização de processos e acesso a dados objetivamente colhidos e construídos;

d) buscou elementos que pudessem tornar visível o preço de mercado a partir do acesso a bancos oficiais e confiáveis de informação e medição desse;

e) absorveu a ideia de economia de escala, de modo a orientar a possível reunião e centralização de procedimentos;

f) acolheu a ideia de desenvolvimento nacional sustentável através do prestígio às localidades e suas peculiaridades, ainda buscando na licitação um canal de fomento a boas práticas.

No que tange à contratação de obras e serviços de engenharia, previu o §2º do Art. 23 da NLLC que o valor estimado, acrescido do percentual de BDI e encargos sociais cabíveis, **será definido a partir da utilização dos seguintes critérios nesta ordem:**

a) composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do SICRO, para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do SINAPI, para as demais obras e serviços de engenharia;

b) utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e a hora de acesso;

c) contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

d) pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

A utilização desses depende de regulamentação e a Brasinfra já enviou sugestões ao órgão federal responsável por fazê-lo. Veja as contribuições.

No que tange à contratação de obras e serviços de engenharia sob os regimes de contratação integrada ou semi-integrada, o valor estimado da contratação será calculado também sob esses parâmetros, acrescido ou não de parcela referente à remuneração do risco e, sempre que necessário e o anteprojeto permitir, a estimativa de preço será baseada em orçamento sintético, balizado em sistema de custo predefinido, devendo a utilização de metodologia expedita ou paramétrica e de avaliação aproximada baseada em outras contratações similares ser reservada às frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto.



O mesmo nível de detalhamento será exigido dos licitantes na apresentação de suas propostas.

Essas regras deverão ser utilizadas pela União necessariamente em suas licitações. Também irão se aplicar a Municípios, Estados e Distrito Federal se e quando as pretensões envolverem recursos da União. Para licitações outras, essas entidades poderão definir outros sistemas de custos que melhor a esses se adequem.

Ou seja, **nem sempre os parâmetros e a ordem antes indicados serão usados por Estados e Municípios que não usem verba federal. Importante considerar então as particularidades da legislação municipal e estadual.**

No que tange às contratações por inexigibilidade ou dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto a partir dos critérios retroindicados, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados no mercado.

Isso se dará através de comparação com contratações similares, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 ano antes da data da contratação empreendida ou, então, por outro meio idôneo. Será possível, por exemplo, a exibição de contratos de natureza similar.

Importante destacar que nos moldes da IN 72/21, nas contratações diretas federais ou que usem recursos federais, incide o Decreto nº 7.893/13.

Ainda é necessário destacar que o orçamento estimado, como regra geral, **não será sigiloso** (Art. 24). Caso opte por mantê-lo sigiloso, a Administração deverá justificar a opção (Art. 24) e ele somente será apresentado ao conhecimento público após a conclusão da licitação (Art. 18, §1º, inc. VI, da NLCC).

No entanto, ainda que seja sigiloso, o orçamento é preexistente e integrará a fase interna da licitação, inclusive o ETP. Embora sigiloso, ele não é secreto, permanecendo acessível aos órgãos de controle interno e externo, a qualquer momento, mantida a sigilosidade no trespasse da informação a esses.

O orçamento sigiloso só está vedado, de plano, quando for utilizado o critério de julgamento por maior desconto, quando esse orçamento deverá constar do edital (Art. 24, parágrafo único, da NLLC).

Críticas quanto à sigilosidade no momento da negociação com o 1º colocado, se os preços estiverem acima do estimado, já foram apostas no Tomo anterior. Sugerimos consultá-las.

Some-se a isso que a iniciativa da sigilosidade não é novidade na legislação.

Uma de suas raízes está indiretamente ligada à Lei do Pregão, que, embora não a tenha previsto expressamente, foi construída de forma que o preço não necessariamente estivesse presente no edital (ainda que devesse ser aberto à consulta no processo licitatório). Nesse sentido, inclusive, estão diversos julgados emitidos pelo TCU e por outros Tribunais de Contas do país.

Outra de suas raízes está na Lei do RDC (Lei nº 12.462/11), essa sim prevendo expressamente a hipótese, como se vê no Art. 6º, de que o sigilo seria levantado “apenas e imediatamente após o encerramento da licitação”, embora ainda acessível aos órgãos de controle durante todo o processo.

A regra também apareceu na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/16, Art. 34).

Dessas experiências, enfim, é que bebeu a NLLC para lançar a previsão aqui referida.

Demais regras editalícias

O próximo ponto a ser destacado é sobre o que ainda deve conter o edital de licitação.

Para além da disposição básica de que deve conter objeto, regras relativas à convocação, julgamento, habilitação, recursos, penalidades, fiscalização e gestão do contrato, entrega do objeto e condições de pagamento (listados no Art. 25), também vão integrar o edital, conforme o caso:

a) utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local de execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra (desde que, conforme demonstrado no ETP, não sejam causados prejuízos à competitividade do processo e à eficiência do contrato);

b) devem ser anexos do edital a minuta do contato, termos de referência, o anteprojeto, projetos e outros anexos, aos quais o acesso deve ser garantido na mesma data da divulgação do edital, em sítio eletrônico oficial e com acesso sem necessidade de registro ou identificação do usuário;

c) no caso de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto (aqueles com valores acima de R\$ 200 milhões), o edital também deverá prever a obrigatoriedade de implementação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 meses contados da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento;

d) o edital preverá a responsabilidade do contrato pela obtenção de licenciamento ambiental e realização de desapropriação autorizada pelo Poder Público, nos casos em que cabíveis (vide abaixo notas sobre o tema);

e) independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, **com data-base vinculada à data do orçamento estimado** e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos;

f) nas licitações de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 ano, o critério de reajustamento será por: 1) reajustamento em sentido estrito, ou seja, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais; 2) repactuação, ou seja, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação de custos;

g) o edital poderá, na forma disposta em regulamento, exigir percentual mínimo de mão de obra constituído por mulheres vítimas de violência doméstica e/ou oriundos ou egressos do sistema prisional;

h) nos casos em que houver prévia justificativa, os editais ainda podem prever que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade da Administração Pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo Federal.

ATENÇÃO:

Importantes regras da NLLC sobre licenciamento ambiental:

1 – Os licenciamentos de obras e serviços de engenharia, com base na NLLC, terão prioridade de tramitação nos órgãos e entidades do SISNAMA e deverão ser orientados pelos princípios da celeridade, cooperação, economicidade e eficiência (Art. 25, §6º);

2 – Nas contratações de obras e serviços de engenharia, sempre que a responsabilidade pelo licenciamento ambiental for da Administração, a manifestação prévia ou licença prévia, quando cabíveis, deverão ser obtidas antes da divulgação do edital (Art. 115, §4º, texto incorporado à NLLC pela derrubada do veto presidencial – conheça as contribuições da Brasinfra sobre isso);



3 – Haverá direito a reequilíbrio econômico-financeiro do contrato o contratado, no caso de obras e serviços de engenharia, quando a execução for obstada pelo atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental por circunstâncias alheias ao contratado (Art. 124, §2º);

4 – A não liberação pela Administração, nos prazos contratuais, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, e de fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas pelo contrato à Administração relacionadas a desapropriação, desocupação de áreas públicas ou licenciamento ambiental, constituirá direito do contratado à rescisão contratual (Art. 137, §2º, inc. V).

Todas essas alterações significativas no procedimento deverão ser objeto de atenção dos interessados e licitantes.



**Tomo 4:
Do edital à
homologação
da licitação**

O objetivo deste Tomo é apontar **as principais diferenças do procedimento da NLLC a respeito do fluxo da licitação desde a publicação do edital até a homologação da licitação.**

A fase preparatória da licitação será objeto de Tomo específico.

Do Edital (Arts. 53 a 55)

De início, destacamos as mudanças ocorridas em relação à publicação do edital.

Os editais e seus anexos devem ser levados à publicação em diferentes veículos, garantindo-se ampla publicidade a eles.

Em primeiro lugar, destaca-se que os editais e os seus anexos devem ser publicados no PNCP **em seu inteiro teor.**

Mas essa publicação não afasta o dever de publicar o **extrato** do edital no **Diário Oficial** da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, **bem como em jornal diário de grande circulação.** Essa regra havia sido vetada, mas o veto foi derrubado.

A obrigação de publicação em jornal de grande circulação constava da Lei nº 8.666/93, foi afastada no RDC, mas é retomada na Lei nº 14.133/21.

Logo, são três os locais em que se fará obrigatoriamente a publicação do inteiro teor ou de extratos do edital.

A isso se soma a **possibilidade** de publicá-los ainda no **sítio eletrônico oficial**, conceituado no Art. 6º, inc. LII, como sendo o “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”.

No que tange à divulgação do edital, especialmente considerando a relevância que a publicidade tem não só para a boa governança das licitações, como também para a preservação da transparência e da probidade, da mesma forma foram produzidas mudanças.

Os Arts. 53 e 54 da NLLC previram que, encerrada a fase preparatória e aprovado o processo pelas áreas técnica e jurídica, a autoridade competente determinará a divulgação do edital, com a divulgação e manutenção de edital e anexos no PNCP, assim como a publicação do extrato no Diário Oficial.

Apenas serão facultativas a divulgação adicional e a manutenção de edital e anexos no sítio eletrônico da entidade federativa do órgão licitante.

Vale lembrar que a divulgação no PNCP é condição de validade tanto do processo licitatório quanto do contrato que vier posteriormente a ser celebrado.

Veja o quadro-resumo das situações de publicação, sob pena de nulidade do processo:

LOCAL DE DIVULGAÇÃO	HIPÓTESE	SITUAÇÃO
PNCP	Inteiro teor do edital até o contrato e seus aditivos	Obrigatória

Diário Oficial	Extrato de edital e contrato	Obrigatória
Jornais de grande circulação	Extrato de edital e contrato	Obrigatória
Sítio eletrônico da entidade licitante	Inteiro teor de edital e anexos	Facultativa
PNCP	Documentos elaborados na fase preparatória que não tenham integrado edital e anexos – após a homologação do processo licitatório	Obrigatória ¹
Sítio eletrônico da entidade licitante	Documentos elaborados na fase preparatória que não tenham integrado edital e anexos – após a homologação do processo licitatório	Facultativa
Jornal diário de grande circulação local	Extrato do edital para municípios até 31/12/2023	Obrigatória

No que tange aos prazos de publicação, esses foram em geral reduzidos, como se pode verificar pela tabela a seguir, em homenagem ao princípio da celeridade, destacado no Art. 5º da NLLC.

PRAZO NA NLLC	HIPÓTESE NA NLLC	CRITÉRIO DE JULGAMENTO NA NLLC	COMPARAÇÃO COM AS LEIS ANTERIORES
8 dias úteis	Aquisição de bens	Menor preço ou maior desconto	Na Lei Geral de Licitações, o prazo dependeria da modalidade, podendo ser de 45 ou 30 dias corridos para concorrência, de 30 ou 15 dias corridos para tomada de preços ou 5 dias úteis para convites (Art. 21, §2º, da Lei nº 8.666/93). Por pregão, o prazo seria de 8 dias úteis no mínimo, podendo a entidade entender por ampliá-lo (Art. 4º, inc. V, da Lei nº 10.520/02). No caso do RDC, esse prazo seria de 5 dias úteis (Art. 15, inc. I, alínea "a", da Lei nº 12.462/11).

1. O orçamento estimado poderá ser sigiloso durante o trâmite do processo e divulgado apenas após o seu encerramento, embora esteja disponível aos órgãos de controle externo e interno ao longo do processo (conforme Art. 24). Por conta disso, esse é um dos típicos documentos que serão exibidos apenas posteriormente. Para mais detalhes a respeito dessa sigilosidade, acesse o Tomo 03 desta obra.

PRAZO NA NLLC	HIPÓTESE NA NLLC	CRITÉRIO DE JULGAMENTO NA NLLC	COMPARAÇÃO COM AS LEIS ANTERIORES
15 dias úteis	Aquisição de bens	Demais hipóteses	<p>Na Lei Geral de Licitações, o prazo dependeria da modalidade, podendo ser de 45 ou 30 dias corridos para concorrência, de 30 ou 15 dias corridos para tomada de preços ou 5 dias úteis para convites (Art. 21, §2º, da Lei nº 8.666/93).</p> <p>No caso do RDC, esse prazo era de 10 dias úteis (Art. 15, inc. I, alínea “b”, da Lei nº 12.462/11).</p>
10 dias úteis	Serviços e obras	Menor preço ou maior desconto no caso de serviços comuns e obras e serviços comuns de engenharia**	<p>Na Lei Geral de Licitações, o prazo dependeria da modalidade, podendo ser de 45 ou 30 dias corridos para concorrência, de 30 ou 15 dias corridos para tomada de preços ou 5 dias úteis para convites (Art. 21, §2º, da Lei nº 8.666/93).</p> <p>Nos casos em que é possível a realização de pregão, a lei não fez diferenciação a partir do objeto, valendo a previsão do mínimo de 8 dias úteis referido no item anterior.</p> <p>No caso do RDC, esse prazo era de 15 dias úteis (Art. 15, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 12.462/11).</p>
25 dias úteis		Menor preço ou maior desconto no caso de serviços especiais e obras e serviços especiais de engenharia**	<p>A definição de obras e serviços especiais de engenharia não existia nas legislações anteriores, mas seria condizente com a previsão do Art. 15, inc. II, alínea “b”, da Lei do RDC, em que era previsto o prazo de 30 dias úteis.</p> <p>No caso da Lei Geral de Licitações, prevaleciam possibilidades de concorrência em 45 ou 30 dias corridos (o primeiro aplicável à empreitada integral), tomada de preços em 15 dias corridos ou convite em 5 dias úteis (Art. 21, §2º, da Lei nº 8.666/93).</p>
60 dias úteis		Contratação integrada	A lei do RDC não diferenciou os prazos em face do objeto, podendo ser de 15 ou 30 dias úteis dependendo do critério de julgamento (Art. 15 da Lei nº 12.462/11).
35 dias úteis	Contratação semi-integrada ou nas hipóteses não abrangidas pelas referências anteriores		

PRAZO NA NLLC	HIPÓTESE NA NLLC	CRITÉRIO DE JULGAMENTO NA NLLC	COMPARAÇÃO COM AS LEIS ANTERIORES
15 dias úteis	Bens, obras ou serviços	Maior lance	Na Lei Geral de Licitações, se a realização for por empreitada integral, o prazo seria de 45 dias corridos e, nas demais hipóteses, seria de 30 dias corridos (Art. 21, §2º, da Lei nº 8.666/93). Por pregão, o prazo também era de 8 dias úteis no mínimo, podendo a entidade entender por ampliá-lo (Art. 4º, inc. V, da Lei nº 10.520/02). No caso do RDC, para maior oferta o prazo seria de 10 dias úteis, conforme Art. 15, inc. III.
35 dias úteis		Técnica e preço ou melhor técnica ou conteúdo artístico	Na Lei Geral de Licitações, o prazo seria de 45 dias corridos para a concorrência, conforme Art. 21, §2º, inc. I, alínea "b", na Lei nº 8.666/93. No caso do RDC, o prazo seria de 30 dias úteis, conforme Art. 15, inc. IV.

** Atenção: existe um erro na previsão legislativa do prazo **para obras de engenharia**. A forma como está alocado no Art. 55, inc. II, alíneas "a" e "b", da NLLC dá a entender que existiria o prazo de 10 dias úteis para **obras comuns** de engenharia e 25 dias úteis para **obras especiais**. Contudo, **não existe essa diferenciação na lei, somente a definição de serviços especiais de engenharia**, a exigir que a correção desse dado seja feita por alteração legislativa ou a partir de interpretações jurisprudenciais que vierem a ser fixadas.

Da participação em consórcio (Art. 15)

Na Lei nº 8.666/93, os consórcios só seriam possíveis quando a Administração Pública expressamente os admitisse no ato convocatório (edital ou carta-convite). Assim, a participação em consórcios se dava em caráter excepcional se previamente autorizada pela Administração Pública.

Essa lógica se inverte na NLLC, inspirada pela disciplina do RDC (Art. 14, parágrafo único, inc. I). Assim, **na Lei 14.133/21, a exceção será a vedação ao consorciamento**.

O CONSÓRCIO NA LEI Nº 8.666/93

Possível, mas depende de ser autorizado no edital

O CONSÓRCIO NA LEI Nº 14.133/21

Permitido. Se a Administração Pública quiser vedá-lo, terá de fazer isso expressamente.

Isso porque o Art. 15 assegura participação em consórcio, salvo se houver vedação no edital e ela for devidamente justificada no processo licitatório. Portanto, importa checar se há proibição no edital e, caso exista, se há justificativa para tanto nos autos do processo.

O segundo ponto a ser destacado é que, sendo o **caso de consórcio, os valores atinentes à qualificação econômico-financeira sofrerão elevação**. Se na lei anterior era apenas possível a elevação até 30% do valor, **a NLLC é imperativa e previu de antemão o aumento, que oscilará de 10% a 30%**, conforme definição no edital.

O terceiro ponto a ser destacado é que **o edital poderá definir um limite de empresas por consórcio**, o que dependerá de uma justificativa técnica da Administração Pública. Não se trata de novidade real, porque assim sempre ocorreu.

Importante considerar que a decisão administrativa deve ser justificada e poderá ser questionada via impugnação, bem como pode ser objeto de representação junto ao Tribunal de Contas e mesmo tema de ação judicial.

O quarto ponto a ser destacado é que **a NLLC trouxe uma regra que já era tradicional na aplicação da lei anterior, mas não constava de seu texto: as alterações promovidas no consórcio dependerão de aprovação da Administração Pública**.

Também se exige que eventual nova empresa que o compuser terá de realizar as demonstrações que couberam às anteriores no que toca à habilitação, do ponto de vista tanto técnico quanto econômico.

Dessa forma, o consórcio como um todo há de atender os requisitos exigidos no edital.

Assim, em que pese esteja ampliada a previsão dos consórcios, também se ampliou o rigor na sua constituição e manutenção, à luz do que a jurisprudência foi aos poucos construindo desde a antiga lei.

Dito isso, veja-se o quadro comparativo da previsão nas referidas leis, com atenção aos negritos que indicam as principais mudanças:

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:	Art. 15. Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório , pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas:
I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;	I - comprovação de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;
II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;	II - indicação da empresa líder do consórcio, que será responsável por sua representação perante a Administração;
Sem previsão correlata.	III - admissão, para efeito de habilitação técnica, do somatório dos quantitativos de cada consorciado e, para efeito de habilitação econômico-financeira, do somatório dos valores de cada consorciado;

<p>IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;</p>	<p>IV - impedimento de a empresa consorciada participar, na mesma licitação, de mais de um consórcio ou de forma isolada;</p>
<p>V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.</p>	<p>V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.</p>
<p>III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexistente este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei.</p>	<p>§1º. O edital deverá estabelecer para o consórcio acréscimo de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) sobre o valor exigido de licitante individual para a habilitação econômico-financeira, salvo justificação.</p> <p>§2º. O acréscimo previsto no §1º deste artigo não se aplica aos consórcios compostos, em sua totalidade, de microempresas e pequenas empresas, assim definidas em lei.</p>
<p>§1º. No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.</p>	<p>Sem previsão correlata.</p>
<p>§2º. O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.</p>	<p>§3º. O licitante vencedor é obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I do caput deste artigo.</p>
<p>Sem previsão correlata.</p>	<p>§4º. Desde que haja justificativa técnica aprovada pela autoridade competente, o edital de licitação poderá estabelecer limite máximo para o número de empresas consorciadas.</p>
<p>Sem previsão correlata.</p>	<p>§5º. A substituição de consorciado deverá ser expressamente autorizada pelo órgão ou entidade contratante e condicionada à comprovação de que a nova empresa do consórcio possui, no mínimo, os mesmos quantitativos para efeito de habilitação técnica e os mesmos valores para efeito de qualificação econômico-financeira apresentados pela empresa substituída para fins de habilitação do consórcio no processo licitatório que originou o contrato.</p>

Passo a passo da fase de disputa

Ainda que as fases da licitação estivessem retratadas na Lei nº 8.666/93, isso não se dava em um artigo específico.

Ao revés, a NLLC fez questão de trazer o elenco das fases para facilitar sua compreensão e até tornar ainda mais visíveis as alterações empreendidas, o que gerou o seguinte fluxograma (vide Art. 17):



Sugerimos conhecer, então, o Tomo específico sobre a fase preparatória, constante nesta obra.

Sequência de fases

À luz da experiência advinda da inversão de fases na Lei do Pregão (Lei Federal nº 10.520/02), a NLLC entendeu por adotar tal inversão como regra, estabelecendo que o julgamento das propostas comerciais antecede a fase de habilitação.

Caso a Administração Pública entenda pela conservação do método anterior, ou seja, pela habilitação antes do julgamento da proposta comercial, isso dependerá de ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes e previsão expressa no edital.

Importante considerar que no pregão poderá ocorrer a fase de análise e julgamento de proposta depois da habilitação, caso devidamente motivado.

Vale dizer, a regra geral para as modalidades é o julgamento de proposta se dar em primeiro lugar. Mas o inverso pode ocorrer, agora, inclusive no pregão.

O prestígio à forma eletrônica

As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial apenas mediante motivação expressa, devendo a sessão pública ser registrada, no entanto, em ata e gravada em áudio e vídeo. No diálogo competitivo, a gravação em áudio e vídeo é imperativa.

Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a Administração Pública poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

O reforço desse meio tem a ver, inclusive, com a tempestividade do envio, a segurança da informação e a transparência do procedimento, todos elementos importantes na implantação da governança.

ATENÇÃO

- 1 – Passa a existir uma fase preparatória mais detalhada e rigorosa para as licitações e contratações diretas;
- 2 – Inversão de fases como regra: primeiro, a análise de propostas, antes da habilitação;
- 3 – Prestígio à forma eletrônica para processos e comunicações.

Critérios de julgamento

O próximo tópico aborda os critérios de julgamento, com especial atenção aos Arts. 33 a 39 da NLLC.

São critérios possíveis:

MENOR PREÇO

MAIOR DESCONTO

**MELHOR TÉCNICA
OU CONTEÚDO
ARTÍSTICO**

TECNICA E PREÇO

**MAIOR LANCE
LEILÃO**

**MAIOR RETORNO
ECONÔMICO**

Os julgamentos por menor preço ou maior desconto e, quando couber, por técnica e preço considerarão o menor dispêndio para a Administração, observados os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital.

Para esses casos, a NLLC inovou ao incorporar uma ideia que já se encontrava esparsa na legislação e tornou mais certa a sua utilização no caso concreto, que é o respeito ao **ciclo de vida do produto ou serviço**.

Não importa à Administração Pública apenas o custo de aquisição de produtos e serviços, senão que observar todo o seu ciclo de vida, que vai incluir, além dessa aquisição, os custos para manutenção, utilização, reposição, depreciação, impacto ambiental e destinação final, ao menos.

Na prática, um produto pode ser mais dispendioso no ato de aquisição, mas mais econômico ao longo do ciclo, significando que a Administração Pública deve priorizar os que se mostrem mais econômicos nesse conjunto. E, para além do aspecto econômico, considerar o impacto ambiental que são capazes de gerar.

Isso porque a Administração Pública, como grande adquirente que é e responsável por parcela expressiva do PIB brasileiro, deve preocupar-se com aquisições não só mais baratas, mas também mais adequadas e sustentáveis, além de ocupar um importante papel no fomento de melhores práticas pelo mercado fabricante/fornecedor.

Considerando o que as legislações esparsas já continham, situações específicas estavam destacadas, como é o caso de lâmpadas fluorescentes, equipamentos verdes (ou seja, aqueles com redução do consumo de energia elétrica), produtos reciclados ou recicláveis, previsões de logística reversa e reaproveitamento de matéria-prima, reúso de água e outras técnicas.

Agora, a proposta foi ampliada na NLLC para prever essa possibilidade a um número maior de produtos e serviços, prevendo o §1º do Art. 34 que os custos indiretos relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento.

Até o lançamento deste Tomo não havia sido emitida regulamentação a propósito disso, embora possam os diversos entes federados o realizar em suas esferas, mas já há um universo de situações objetivamente mensuráveis que os editais poderão levar em consideração nos casos concretos e implementar.

No que tange ao julgamento por maior desconto, esse terá como referência o preço global fixado no edital, repetindo-se esse desconto nos eventuais termos aditivos que forem firmados.

Essa hipótese, portanto, já se mostra como exceção expressa ao caráter sigiloso do orçamento estimado, devendo-se franquear o preço máximo de referência para que os descontos possam ser praticados nas propostas, recusando-se qualquer tentativa de desconto às cegas. Nesse sentido vai a previsão do Art. 24, parágrafo único, da NLLC.

No que tange ao julgamento por melhor técnica (ou conteúdo artístico), serão levadas em conta as propostas técnicas (ou artísticas) apresentadas pelos licitantes e o edital irá definir qual é o prêmio ou remuneração que será atribuído aos vencedores.

Esse critério servirá, conforme definido pelo parágrafo único do Art. 35, também para as contratações de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística, a depender da motivação adotada pela Administração Pública.

No que tange ao julgamento por técnica e preço, será considerada a maior pontuação obtida a partir da composição das notas atribuídas a esses itens.

ATENÇÃO: esse critério será utilizado quando o estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital são relevantes aos fins pretendidos pela Administração Pública, nos seguintes casos:

- a) serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que esse critério deverá ser preferencialmente o empregado;
- b) serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;
- c) bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação;
- d) obras e serviços especiais de engenharia;**
- e) objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produ-

tividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital.

No que tange às propostas técnicas no critério técnica e preço, essas deverão ser adotadas na proporção máxima de 70% para técnica. Também não serão possíveis proporções com técnica inferior a 50%.

Para o critério de técnica e preço a NLLC ainda mencionou a utilização de um novo recurso: os cadastros positivos de desempenho.

Assim, aqueles que forem bem avaliados, a partir de critérios objetivos, pelos seus prestadores anteriores poderão ter nota diferenciada. O objetivo último é incentivar a melhoria de desempenho dos contratados, estimulando que os atestos daí advindos sirvam de diferencial em licitações futuras em todo o país.

Nesse sentido, deverá ser seguido o disposto nos Arts. 36, §3º, e 88, §§3º e 4º, da NLLC, ou seja:

a) **a atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas será avaliada pelo contratante, que emitirá documento** comprobatório da avaliação realizada, com menção ao seu desempenho na execução contratual, **baseado em indicadores objetivamente definidos e aferidos, e a eventuais penalidades aplicadas**, o que constará do registro cadastral em que a inscrição for realizada, conforme §3º do Art. 88 da NLLC;

b) **a anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado**, referida na alínea anterior, **será condicionada à implantação e à regulamentação do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações**, apto à realização do registro de forma objetiva, em atendimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuem ótimo desempenho em seu registro cadastral.

No que tange ao critério de melhor técnica ou técnica e preço, deverá ser observado, cumulativamente, o seguinte:

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

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

Essa banca terá no mínimo 3 membros e poderá ser composta por servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração Pública, bem como por profissionais contratados por conhecimento, experiência ou renome na avaliação dos quesitos especificados no edital, desde que seus trabalhos sejam supervisionados na forma prevista na NLLC;

c) atribuição de **notas por desempenho do licitante em contratações anteriores** aferido nos documentos comprobatórios referidos no §3º do Art. 88 da NLLC (retroreferido) e em registro cadastral unificado disponível no PNCP.

A redação legal, ao reunir as três exigências (letras “a”, “b” e “c”), tutela o interesse público e possibilita a seleção da licitante mais bem preparada para a assunção do objeto.

A NLLC estabeleceu o uso obrigatório de critérios de julgamento em alguns casos (melhor técnica ou técnica e preço em proporção 7x3), conforme previsto no Art. 37, §2º, valendo destacar que parte dessa disposição (atinentes à área de interesse da enge-

nharia) chegou a ser vetada pela Presidência da República, mas foi uma das hipóteses de manutenção do texto em razão da derrubada do veto.

Esses casos seriam, cumulativamente:

a) contratação dos seguintes **serviços técnicos especializados** de natureza predominantemente intelectual **cujo valor estimado seja superior a R\$ 300.000,00;**

b) contratação de estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos; ou fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços; ou controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição de serviço de natureza predominantemente intelectual.

O objetivo é priorizar que nesses casos a técnica seja levada em conta e não se transformem as hipóteses numa mera competição de preços, com a possibilidade do aviltamento desses e do mercado respectivo.

Ainda no que tange aos **critérios de melhor técnica ou técnica e preço, a obtenção de pontuação devido à capacitação técnico-profissional deverá exigir que a execução do respectivo contrato a ser celebrado tenha, de fato, participação direta e pessoal do profissional competente.**

No que tange ao critério por maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência ou desempenho, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato.

Saiba mais sobre esse critério de julgamento, bem como sobre os contratos de desempenho e eficiência, no Tomo específico.

O quadro a seguir ilustra como eram e como ficaram os critérios de julgamento:

CRITÉRIO	LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 10.520/02	LEI Nº 12.462/11	LEI Nº 14.133/21
LEI	LEI GERAL ANTERIOR	LEI DO PREGÃO	LEI DO RDC	NLLC
DISPOSITIVO	Art. 45, §1º	Art. 4º	Art. 18	Art. 33
MENOR PREÇO	X	X	X	X
MAIOR DESCONTO			X	X
MELHOR TÉCNICA	X		X ²	X ³
TÉCNICA E PREÇO	X		X	X
MAIOR LANCE OU OFERTA	X		X	X
MAIOR RETORNO ECONÔMICO			X	X

1. Melhor técnica ou conteúdo artístico. 2. Melhor técnica ou conteúdo artístico.

ATENÇÃO A IMPORTANTES INSERÇÕES NA NLLC:

- 1 – Ciclo de vida do produto ou serviço incorporado à ideia de preço;
- 2 – Licitações por maior desconto exigem divulgação do preço no edital (exceção à regra da sigilosidade);
- 3 – Técnica e preço para casos específicos e com limite da técnica a 70% do peso;
- 4 – Cadastro positivo por desempenho: possibilidade de pontuação especial para bons prestadores de serviço em contratos anteriores;
- 5 – Uso obrigatório de melhor técnica ou técnica e preço para casos específicos;
- 6 – Mudanças na aceitação de ACTs;
- 7 – Maior espaço para contratos de eficiência ou por desempenho.

Apresentação de lances e propostas

Este tópico diz respeito à apresentação de lances e propostas após a divulgação do edital de licitação.

Segundo o Art. 55, o prazo mínimo para a apresentação desses será de

PRAZO	HIPÓTESE	CRITÉRIO DE JULGAMENTO
8 dias úteis	Aquisição de bens	Menor preço ou maior desconto
15 dias úteis		Demais hipóteses
10 dias úteis	Serviços e obras	Menor preço ou maior desconto no caso de serviços comuns e obras e serviços comuns de engenharia
25 dias úteis		Menor preço ou maior desconto no caso de serviços especiais e obras e serviços especiais de engenharia
60 dias úteis		Contratação integrada
35 dias úteis		Contratação semi-integrada ou nas hipóteses não abrangidas pelas referências anteriores
15 dias úteis	Bens, obras ou serviços	Maior lance
35 dias úteis		Técnica e preço ou melhor técnica ou conteúdo artístico

Importante ainda destacar que:

a) eventuais modificações no edital implicarão nova divulgação na mesma forma de sua divulgação inicial, além do cumprimento dos mesmos prazos dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas (similar à previsão na legislação anterior);

b) os prazos previstos no quadro anterior poderão, por decisão fundamentada, ser reduzidos até a metade nas licitações realizadas pelo Ministério da Saúde no âmbito do SUS.

Modos de disputa

O presente tópico é sobre os modos de disputa nas licitações, que sofreu sensível alteração na NLLC.

Ao contrário do previsto na Lei nº 8.666/93, a disputa aberta ou híbrida será possível, com disputa de lances, inclusive por inspiração da lei do pregão e da vantajosidade de buscar o menor preço ou maior desconto, acirrando a competitividade em prol do erário.

As condições, no entanto, estão claramente previstas na NLLC da seguinte forma, especialmente nos Arts. 56 a 58:

MODO DE DISPUTA	UTILIZAÇÃO
ABERTO	Licitantes poderão ofertar lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes
	Vedado para técnica e preço
FECHADO	Manutenção do sigilo até dia e hora designados para divulgação
	Vedado para menor preço ou maior desconto

Além disso, importante considerar que:

a) serão considerados intermediários os lances iguais ou inferiores ao maior já ofertado (quando adotado o critério de julgamento de maior lance) e os lances iguais ou superiores ao menor já ofertado (quando adotados quaisquer outros critérios de julgamento);

b) após a definição da melhor proposta, se a diferença em relação à proposta classificada em segundo lugar for de, pelo menos, 5%, a Administração Pública poderá admitir o reinício da disputa aberta, nos termos estabelecidos no edital, para a definição das demais colocações;

c) nas licitações de obras ou serviços de engenharia, após o julgamento, o licitante vencedor deverá reelaborar e apresentar à Administração Pública, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como com detalhamento de BDI e encargos sociais, com os respectivos valores adequados ao valor final da proposta vencedora, admitida a utilização dos preços unitários (no caso de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada),

exclusivamente para eventuais adequações indispensáveis no cronograma físico-financeiro e para balizar excepcional aditamento posterior do contrato;

d) o edital poderá estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação à proposta que cobrir a melhor oferta;

e) poderá ser exigida, no momento da apresentação da proposta, a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta, como requisito de pré-habilitação, não superior a 1% do valor estimado para a contratação;

f) a garantia de proposta será devolvida no prazo de 10 dias úteis, contado da assinatura do contrato ou da data em que for declarada fracassada a licitação;

g) implicará execução do valor integral da garantia de proposta a recusa em assinar o contrato ou a não apresentação dos documentos para a contratação;

h) a garantia de proposta poderá se dar em uma das modalidades descritas no Art. 96, §1º, da NLLC, as mesmas da legislação anterior, ou seja, caução em dinheiro, títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária.

Julgamento de propostas

O próximo tópico discorre a respeito do julgamento, destacando o Art. 59 que **serão desclassificadas as propostas que:**

a) contiverem vícios insanáveis;

b) não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital;

c) **apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;**

d) não tiverem sua exequibilidade demonstrada quando exigido pela Administração Pública;

e) apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.

A Administração Pública poderá fazer diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir que os licitantes a demonstrem, podendo a verificação da conformidade se dar exclusivamente em relação à proposta mais bem classificada.

A NLLC acaba por absorver os entendimentos de que inexequibilidade não se presume e permite a manifestação do licitante a seu respeito.

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

No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% do valor orçado pela Administração, em substituição à regra que constava na lei anterior (cujos percentuais seriam fruto de uma aritmética que levava em conta o valor orçado ou a média sobre propostas apresentadas).

Está vedada a apresentação de proposta em patamar inferior ao fixado na lei. É considerada inexequível, uma vez que a lei assim previu.

No caso de obras e serviços de engenharia, ainda, **será exigida garantia adicional**

do licitante vencedor cuja proposta for inferior a 85% do valor orçado pela Administração, equivalente à diferença entre esse último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis de acordo com a lei.

No caso de empate entre duas ou mais propostas, é importante destacar que as regras mudaram sensivelmente e que não existe mais a possibilidade de sorteio.

Há uma ordem específica de desempate, a saber:

a) a primeira grande mudança é permitir uma **nova rodada de apresentação de propostas** pelos licitantes empatados, em ato contínuo à classificação, o que poderá liquidar a hipótese.

Isso se aplicará se as propostas já não estiverem no limite de exequibilidade já referido.

b) **se não for suficiente, ou se não se puder adotar o item acima referido, poderá ser procedida avaliação de desempenho contratual prévio dos licitantes,** para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos na NLLC. Daí a importância de os licitantes primarem, na execução de seus contratos, pelo alcance desses atestos especiais;

c) se não suficientes ou inexistentes registros conforme item anterior, ou até que sejam regulamentados, será avaliado o desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento. Mais uma vez, há o uso da legislação para fomento de boas práticas;

d) se não suficiente, será avaliado o desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

Veja o comparativo das leis quanto a critérios de desempate de preços:

CRITÉRIO	LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 10.520/02	LEI Nº 12.462/11	LEI Nº 14.133/21
LEI	LEI GERAL ANTERIOR	LEI DO PREGÃO	LEI DO RDC	NLLC
DISPOSITIVO	Art. 45, §2º	Sem regra própria	Art. 25	Art. 60
	1) critérios de preferência por bens e serviços conforme tabela abaixo* 2) sorteio em sessão pública.	Sem regra própria	1) disputa final com nova proposta fechada; 2) avaliação de desempenho contratual anterior, desde que exista sistema objetivo de avaliação; 3) bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país; 4) bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico; 5) critérios de preferência por bens e serviços conforme tabela abaixo*; 6) sorteio.	1) disputa final com nova proposta; 2) avaliação de desempenho contratual anterior, decorrente preferencialmente de registros cadastrais para efeito de atesto; 3) desenvolvimento de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho; 4) desenvolvimento de programa de integridade.

Em igualdade de condições, se não houver desempate conforme itens anteriores, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

a) empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade municipal, no território do Estado em que esse se localize;

b) empresas brasileiras;

c) empresas que invistam em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia no país;

d) empresas que comprovem a prática de mitigação prevista na Lei nº 12.187/09, ou seja, mudanças e substituições tecnológicas que reduzam o uso de recursos e as emissões por unidade de produção, bem como a implementação de medidas que reduzam as emissões de gases de efeito estufa e aumentem os sumidouros;

e) essas regras serão aplicáveis sem prejuízo das preferências da Lei Complementar nº 123/06, referentes a microempresas e empresas de pequeno porte.

Veja o comparativo das leis no que tange aos critérios de preferência de produtos:

CRITÉRIO	LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 10.520/02	LEI Nº 12.462/11	LEI Nº 14.133/21
LEI	LEI GERAL ANTERIOR	LEI DO PREGÃO	LEI DO RDC	NLLC
DISPOSITIVO	Art. 3º, §2º* Art. 3º, §5º	Sem regra própria	Art. 38	Art. 60, §1º
	1) produzidos no país; 2) produzidos ou prestados por empresas brasileiras; 3) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia no país (desde 2005); 4) produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos PCD ou reabilitados do INSS (desde 2015). Também: 5) produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras (desde 2015); 6) bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem reserva para PCD ou reabilitado do INSS e que atendam às regras de acessibilidade (desde 2015).	Sem regra própria	1) bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país; 2) bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico; 3) os previstos para a Lei nº 8.666/93, Art. 3º, §2º, ao lado*; 4) desempate ficto para empresas de pequeno porte e microempresas (Arts. 42 a 49 da LC 12/06).	1) empresas brasileiras locais, conforme explicações acima; 2) empresas brasileiras; 3) empresas que invistam em pesquisa e desenvolvimento tecnológico no país; 4) empresas que comprovem práticas de mitigação do efeito estufa.

Assim, estão à disposição critérios de desempate e de preferência.

Espera-se que, com essa rica gama de critérios, os entraves sejam desfeitos, tanto por ser levada em conta a meritocracia aos licitantes quanto em decorrência do fomento de condições especiais ao mercado, mudanças substanciais e bem-vindas face ao antigo critério final do desempate por sorteio.

Em que pese isso, **não está descartada a ocorrência de sorteio para ordem de utilização em relação à hipótese de credenciamento de licitantes igualmente aprovados**, a fim de estabelecer um adequado, objetivo e isonômico rodízio entre credenciados. Dessa hipótese se excetuam os casos em que a escolha do credenciado é opção do usuário (como ocorre com laboratórios, clínicas e médicos para exames admissionais/demissionais, postos de abastecimento, hospedagem etc.).

Dito isso, **aplicados os critérios e, se necessário, os de desempate (real ou ficto), a Administração Pública ainda poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado, conforme Art. 61.**

Esse dispositivo, que busca o aumento da vantajosidade da contratação à Administração Pública, em princípio não teria restringido o conceito de “condições mais vantajosas” apenas ao preço global.

Com isso, ao menos em tese, seriam possíveis negociações atinentes a prazos de entrega, prazos de pagamento, declínio de antecipações de pagamentos, liberação de pagamento de êxitos, cronograma etc.

Mas isso não pode ocorrer de qualquer forma:

a) de um lado, não é possível proceder a negociações que desfigurem o objeto;
b) de outro, não é possível proceder a negociações que signifiquem a obtenção de vantagens que não foram oportunizadas aos outros licitantes e que caracterizem quebra da impessoalidade, quebra da isonomia ou afrouxamento dos rigores de execução contratual;

c) ainda, importante destacar que a preterição do 1º colocado nesses casos somente é possível quando a sua proposta for acima do valor estimado na contratação, findando-se as possibilidades de se recorrer aos próximos colocados se o preço estiver igual ou aquém do estimado.

Contudo, avaliando-se o contido no §1º do Art. 61 da NLLC, parece que a intenção do legislador foi de circunscrever a negociação dessa etapa a questões de ordem financeira e ao valor global da proposta de preços, quando estabeleceu que a negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado em razão de sua proposta permanecer “acima do preço máximo definido pela Administração”.

Vale lembrar que, até esse momento, ainda é sigiloso o orçamento pela Administração Pública (se não estiver divulgado no edital).

Mas é importante ponderar que essa situação é lesiva e por isso não deve prevalecer. Os competidores devem nesse momento conhecer o orçamento para que possam avaliar qual a régua para eventual desclassificação. Não parece razoável obrigar os competidores a uma negociação às cegas e desclassificá-los porque a negociação não foi frutífera sem antes informar o preço estimado.

ATENÇÃO AOS SEGUINTE PONTOS:

- 1 – A comprovação de exequibilidade de proposta ainda é obrigação do licitante;**
- 2 – A exequibilidade para engenharia e arquitetura levará em conta preço global e quantitativos, e preços unitários dos itens relevantes;**
- 3 – A proposta é inexequível quando o valor ofertado for inferior a 75% do preço orçado;**
- 4 – Propostas inferiores a 85% terão exigência de garantia adicional;**
- 5 – Há mudanças importantes nos critérios de desempate;**
- 6 – Há regra de negociação com o 1º colocado e possibilidade de desconsideração das ofertas acima do orçamento estimado, que não deve ser mais sigiloso.**

Fase de habilitação

Importante destacar as mudanças quanto à fase de habilitação, em que serão avaliadas, segundo o Art. 62 da NLLC, as seguintes capacidades: jurídica, técnica, fiscal, social, trabalhista e econômico-financeira.

As principais alterações relativas a essa fase são:

a) considerando que houve, como regra, a inversão de fases (avaliação das propostas técnica e/ou de preço antes da habilitação), somente será exigida a apresentação dos documentos de habilitação do licitante vencedor, excetuada a hipótese de a habilitação anteceder a fase de julgamento;

b) a lei inseriu como obrigação a apresentação de algumas declarações emitidas pelos licitantes, parte delas já tradicional nos editais, mas agora alçadas a condições habilitatórias: declaração de que atendem aos requisitos habilitatórios; declaração de que cumprem as exigências de reserva de cargos para PCD e reabilitados da Previdência Social, previstas em lei ou normas específicas; declaração de que as propostas econômicas compreendem a integralidade dos custos para atendimento dos direitos trabalhistas assegurados na Constituição Federal, nas leis trabalhistas, nas normas infralegais, nas convenções coletivas de trabalho e nos termos de ajustamento de conduta vigentes na data de entrega das propostas;

c) ainda há a previsão de realização de vistoria técnica.

Contudo, duas alterações importantes foram promovidas à luz do que a jurisprudência, especialmente dos Tribunais de Contas, tem apontado.

De um lado, que **a vistoria prévia só deve ser determinada pela Administração Pública quando for imprescindível** para o conhecimento pleno das condições e peculiaridades do objeto a ser contratado, o que exigirá motivação nos autos.

De outro lado, **o claro direito do licitante de, em lugar de a realizar, declarar nos autos, através de seu responsável técnico, que conhece o local e as condições de realização da obra ou serviço.**

Embora essa substituição da vistoria pela declaração seja direito do licitante, a NLLC previu dever o edital a isso se referir;

d) No entanto, para cada um daqueles que pretenderem a vistoria prévia, a Administração Pública deverá disponibilizar data e horários **diferentes**.

No que tange à possibilidade de juntada de outros documentos após a entrega dos documentos de habilitação, a NLLC aprimorou a redação da lei anterior a respeito do assunto, em atenção à evolução jurisprudencial, e previu que **é possível a juntada de novos documentos desde que em sede de diligência e para uma de duas hipóteses**:

a) complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes, desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

b) atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

Vale destacar aqui que o TCU tem reiterado o posicionamento de que situações pré-constituídas que, porventura, não tenham sido objeto de apresentação de documento à época da habilitação podem ser supridas – pela Administração Pública, quando se trata de mera consulta on-line, ou pelo licitante, por juntada posterior.

Não se trata, assim, de uma inovação na esfera de documentos do licitante, senão que da demonstração a posteriori de um requisito que já se encontrava implementado ao tempo da apresentação da proposta, como forma de prestigiar o menor preço ou maior vantagem em lugar do formalismo exacerbado.

Além disso, o §1º do Art. 64 da NLLC reforça isso ao dizer que, na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.

O prestígio, nessa hipótese, está para o aumento da competitividade e a busca de propostas mais vantajosas, preterindo-se eventuais erros passíveis de convalidação, especialmente na nova sistemática, em que essa análise está se dando sobre a melhor proposta.

Para além disso, a NLLC previu, na sequência, a proibição de repriminção de fases e a ocorrência de preclusão para a Administração Pública, quando estabeleceu no §2º do Art. 64 que, quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

Embora a NLLC não tenha dito, a lógica se operaria ao reverso. Na fase de habilitação, se posterior à de julgamento, também não faria sentido repriminção de fases e proceder-se à desclassificação do licitante.

No que tange às condições de habilitação, mesmo que o edital não possa inovar e transbordar as previsões da lei, trará definidas tais condições.

É importante lembrar, nesse ponto, que a LINDB acolheu **o princípio da não surpresa**. Nesse sentido, a LINDB previu dois pontos:

a) no Art. 23, estipulou que a decisão administrativa que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever um **regime de transição** quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime, eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. Assim, qualquer interpretação ou determinação é regra para o futuro, sem a possibilidade de aplicações-surpresa e retroativas;

b) no Art. 24, estipulou que a revisão na esfera administrativa, quanto à validade de um ato, contrato, ajuste, processo ou norma cuja produção já se houver completado, levará em conta as **orientações gerais da época**, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Com isso, é fundamental que o poder de diligenciamento da Administração Pública tenha limites e não lhe permita, sob o manto e a desculpa do diligenciamento, inovar em relação ao edital e começar a pedir o que nele não estava previsto.

Portanto, não são toleráveis abruptas mudanças de comportamento.

Isso coaduna, inclusive, com o objetivo de **padronização** buscado pela NLLC, diminuindo-se os riscos de pessoalidade, dirigismo, subjetivismo e atecnia.

Aproveitamos para sugerir que se atente para eventuais súmulas, instruções normativas, deliberações, pareceres vinculantes, enunciados e outras espécimes que demonstram os posicionamentos assentados pela entidade licitante (ou por quem dessa cabe cumprir as posições), pois é importante ferramenta de defesa dessa padronização e não surpresa.

Apesar de não se poder tachar de mudanças estruturais, alguns pontos foram trazidos à NLLC em atendimento ao que doutrina e jurisprudência já vinham pregando e normalmente já se via refletido nos editais contemporâneos. Agora, alçadas ao patamar de norma legal, deverão ser observadas em todas as esferas da Federação.

Destaque ao contido nos Arts. 65 e 66, especialmente ao seguinte:

a) é possível a substituição de demonstrações contábeis por balanço de abertura no caso de empresas criadas no exercício financeiro da licitação (no caso de aberturas de propostas em um ano e lançamento da licitação no ano anterior, se ainda não exigíveis as demonstrações, a regra também deve prevalecer);

b) a fase de habilitação poderá acontecer por processo eletrônico de comunicação à distância, conforme regulamento próprio;

c) a fase de habilitação jurídica limita-se à comprovação de existência jurídica e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada.

Em lugar de listar os documentos, o Art. 66 estabeleceu o gênero de documentação necessária, cabendo ao edital a especificação sem exorbitar da finalidade desses documentos, que é demonstrar a capacidade de o licitante exercer direitos e assumir obrigações.

Para isso estão, por exemplo, o CPF para a pessoa física, o CNPJ para a pessoa jurídica, a autorização para exercício de profissões liberais nos casos em que é exigível e a autorização para funcionamento de atividades reguladas.

No que tange à qualificação técnica, agora pela lei já denominada como qualificações técnico-profissional e técnico-operacional, o Art. 67 previu as seguintes exigências:

a) para a qualificação técnico-profissional, será possível a apresentação de atestado de capacidade técnica em nome de profissional que esteja devidamente registrado no conselho profissional competente (se for o caso), tanto para obras quanto para serviços, esses com características similares aos da licitação;

b) para a qualificação técnico-operacional, será possível a apresentação de certidão ou atestado, emitido pelo conselho profissional competente (se for o caso), que demonstre capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como dos documentos de experiência pretérita listados no §3º do Art. 88 da NLLC e já ressaltados neste Tomo;

c) indicação de pessoal técnico, instalações e aparelhamento adequados e disponíveis

para a realização do objeto licitado, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.

Vale destacar que a nova disposição do texto na lei buscou extirpar dúvidas sobre a dicção do Art. 30, inc. II, da Lei nº 8.666/93.

As situações de mera indicação e as situações de comprovação foram separadas, evitando equívocos sobre a interpretação do dispositivo. Veja a propósito a diferença das proposições:

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
<p>Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:</p> <p>II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.</p>	<p>Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:</p> <p>I - apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação – exige comprovação;</p> <p>II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei – exige comprovação;</p> <p>III - indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos – todos os casos apontam apenas para a indicação.</p>

- d) prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial (se for o caso);
- e) registro ou inscrição na entidade profissional competente (se for o caso);
- f) apresentação de declaração de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações que são objeto da licitação. Vale destacar que a lei anterior mencionava esse item apenas “quando exigido” e ele passou a ser obrigatório agora em todos os casos;
- g) salvo na contratação de obras e serviços de engenharia, as exigências das alíneas (a) e

(b) anteriores, a critério da Administração Pública, poderão ser substituídas por outra prova de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes, hipótese em que as provas alternativas aceitáveis deverão ser previstas em regulamento;

h) no caso de atestados ou outros documentos hábeis emitidos por autoridades estrangeiras, a aceitação dependerá de serem acompanhados de tradução para o português (não sendo exigida a juramentada), salvo se comprovada a inidoneidade da entidade emissora;

i) em se tratando de serviços contínuos, o edital poderá exigir certidão ou atestado que demonstre que o licitante tenha executado serviços similares ao objeto da licitação, em períodos sucessivos ou não, por um prazo mínimo não superior a 3 anos;

j) os profissionais indicados pelo licitante deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, mas será admitida a sua substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, se e quando aprovada pela Administração;

k) será admitida a exigência, desde que assim conste do edital e se fundamente a necessidade, da relação de compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição da disponibilidade do pessoal técnico referido nos atestados mencionados;

l) o edital ainda poderá prever, para aspectos técnicos específicos, que a qualificação técnica seja demonstrada por meio de atestados relativos a potencial subcontratado, limitado a 25% do objeto a ser licitado, hipótese em que mais de um licitante poderá apresentar atestado relativo ao mesmo potencial subcontratado;

m) em caso de apresentação de atestado de desempenho anterior emitido em favor de consórcio do qual se tenha feito parte, haverá condições especiais para sua aceitação, ou seja: valerão os percentuais descritos no próprio atestado atinentes à empresa licitante ou que constem do contrato de constituição do consórcio. Caso, no entanto, esses percentuais não estejam descritos nesses documentos, prevalecerá uma das seguintes situações:

m.1) caso o atestado tenha sido emitido em favor de consórcio homogêneo, serão considerados os quantitativos atestados na proporção de sua participação no consórcio, salvo nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, em que todas as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada uma das empresas consorciadas;

m.2) caso o atestado tenha sido emitido em favor de consórcio heterogêneo, serão considerados os quantitativos de acordo com os respectivos campos de atuação, inclusive nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual;

n) nos casos em que os atestados ou certidões descritos na alínea (m) não contenham expressamente os percentuais de participação dos consorciados, deverá ser juntada a esses a cópia do instrumento de constituição do consórcio;

o) especial destaque deve ter a regra do §12 do Art. 67 da NLLC, em que está previsto que não serão admitidos atestados de responsabilidade técnica de profissionais que, na forma de regulamento, tenham dado causa à aplicação de sanções de impedimento de licitar e contratar e de inidoneidade em decorrência de orientação proposta, de prescrição técnica ou de qualquer ato profissional de sua responsabilidade.

Para além do fato de que esse item, extremamente salutar, seja ainda objeto de regulamentação, é necessário considerar a interpretação atual, ainda inicial, de que somente

valerá essa restrição para as penalidades que tenham sido fixadas à luz da NLLC e, assim, não se aplica às que decorram da Lei nº 8.666/93 ou de outras leis sobre processos licitatórios (tais como a Lei das Estatais, a Lei do Pregão, a Lei Geral de Concessões, a Lei de PPP, a Lei do RDC e normas regionais).

No que tange aos atestados de capacidade técnica, a NLLC ainda absorveu o que já estava consagrado na jurisprudência, especialmente do TCU, de que esses não podem ser exigidos no mesmo montante do objeto da licitação, limitando-se a alguns percentuais e parcelas de maior relevância ou valor significativo. Estão assim definidos na NLLC, Art. 67, §§1º e 2º:

a) consideram-se parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação as que tenham valor individual igual ou superior a 4% do valor total estimado da contratação;

Sugere-se que o licitante avalie a pertinência da escolha da Administração Pública, seja quanto à real relevância técnica da parcela eleita como o valor significativo frente ao objeto, seja quanto à adequação do percentual ao valor estimado da contratação.

Caso se trate de orçamento sigiloso, é necessário questionar, sob pena de não ser aferível pelos licitantes o percentual utilizado, assim como cabe questionar a escolha técnica ou fática do que foi tido como comprovação de experiência anterior indispensável.

O espaço para essa discussão é, precipuamente, o prazo de impugnação e pedido de esclarecimentos antes da apresentação de proposta.

b) a exigência de atestados está limitada a 50% das parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto, vedadas limitações de tempo e locais específicos relativas aos atestados.

No que tange às habilitações fiscal, social e trabalhista, os documentos exigidos são os mesmos da lei anterior, ou seja:

a) inscrição em CPF e CNPJ;

b) inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo ao domicílio/sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com objeto contratual;

c) regularidade relativa à Seguridade Social e FGTS;

d) regularidade perante a Justiça do Trabalho;

e) cumprimento do disposto no Art. 7º, inc. XXXIII, da Constituição Federal (quanto ao não emprego de menores e à limitação à contratação de menores aprendizes).

O que se inova nesse assunto como regra geral, no entanto, é a possibilidade de que essa lista seja substituída ou suprida, no todo ou em parte, por outros meios hábeis de comprovar a regularidade do licitante, inclusive por meio eletrônico, como é o caso do SICAF e dos registros cadastrais.

No que tange à habilitação econômico-financeira, cujo objetivo é demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato (ou documento equivalente), essa deverá se dar de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, restritos aos seguintes:

a) diferentemente da lei anterior, agora a comprovação é relativa a balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis **dos 2 últimos exercícios sociais** (ou do último exercício, caso seja constituído há menos de 2 anos);

b) como previsto na lei anterior, certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante, pecando a NLLC em não tratar da situação de recuperações judiciais (devendo-se entender, em tese, como não restritivas à participação);

c) a critério da Administração Pública, poderá ser exigida declaração, assinada por profissional habilitado da área contábil, que ateste o atendimento pelo licitante dos índices econômicos previstos no edital, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior e índices de rentabilidade ou lucratividade, tal qual era previsto na lei anterior;

d) é admitida a exigência da relação de compromissos assumidos pelo licitante que importe em diminuição de sua capacidade econômico-financeira, excluídas parcelas já executadas de contratos firmados.

Essa previsão era um pouco distinta na lei anterior, em que a hipótese estava atrelada à análise do patrimônio líquido atualizado e de sua capacidade de rotação.

A redação mais aberta da NLLC vai permitir, então, que essa análise seja feita à luz de outros dados, desde que objetivamente descritos no edital;

e) no caso de compras para entrega futura e no caso de execução de obras e serviços, a Administração Pública também poderá estabelecer no edital a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% do valor estimado da contratação;

f) é vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a avaliação da situação econômico-financeira suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Alguns destaques de mudanças importantes:

1 – Inversão de fases como regra;

2 – Novas declarações de apresentação obrigatória;

3 – Possibilidade de juntada de novos documentos a partir de diligências requeridas;

4 – Preclusão entre as fases licitatórias;

5 – Demonstrações patrimoniais/contábeis passam a ser dos 2 últimos anos;

6 – ACT técnico-profissional vincula o titular à prestação do serviço ou obra;

7 – Serviços contínuos poderão ter ACT limitado ao prazo mínimo não superior a 3 anos;

8 – Pode ser exigida relação de compromissos já assumidos como condição de limite à equipe técnica;

9 – Potencial subcontratado poderá ser o mesmo para mais de um licitante em casos específicos, limitado a 25% do objeto;

10 – Regras especiais para ACTs emitidos sobre consórcios;

11 – Parcelas de maior relevância e valor significativo estão limitadas ao que tenha valor individual igual ou superior a 4% do valor estimado da contratação;

12 – ACTs estão limitados ao quantitativo de 50% das parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto;

13 – Possibilidade de substituição da apresentação de documentos por registros cadastrais.

Enfim, importante referir que toda documentação atinente à fase de habilitação poderá ser:

a) apresentada em original, cópia ou qualquer outro meio expressamente admitido pela Administração, como se dava sob a égide da lei anterior;

b) substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e que o registro tenha sido feito em obediência ao disposto na NLLC;

c) dispensada, total ou parcialmente, nas contratações para entrega imediata, nas contratações em valores inferiores a $\frac{1}{4}$ do limite para dispensa nas compras em geral e nas contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento até o valor de R\$ 300.000,00.

Em que pese a dispensa referida no último item, é importante ressaltar as vozes que se posicionam contrárias à possibilidade de dispensa da documentação exigida pela Constituição Federal.

Encerramento da licitação

O último tópico a ser abordado é sobre o encerramento da licitação e o disposto no Art. 71 da NLLC.

Segundo esse, encerradas que sejam as fases de julgamento e habilitação, bem como exauridos os recursos administrativos, o processo será encaminhado à autoridade superior para:

a) determinar o retorno dos autos para saneamento de eventuais irregularidades;

b) revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade, mesmo que legalmente constituída;

c) proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável;

d) adjudicar o objeto e homologar a licitação, ordem que passa a ser a regra na NLLC.

No caso de pronunciamento de nulidade, a autoridade competente deverá indicar expressamente os atos com vícios insanáveis, tornando sem efeito todos os subsequentes que deles dependam, e dará ensejo à apuração de responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

Muito importante considerar o que diz o Art. 147. Lá está dito que a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será ado-

tada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação de vários aspectos como o custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas. Sugerimos ler os incisos do Art. 147.

A declaração de nulidade do contrato administrativo operará, em regra, retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos. Caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis. Essas regras constam do Art. 148 e seu §1º.

Nos moldes do Art. 149, a nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa.

Também merece realce o contido no Art. 150 da NLLC, ou seja, nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.

Lamenta-se tenham sido mantidos os vetos presenciais aos §§2º e 3º do Art. 115, nos quais estava previsto o uso de contas vinculadas para o depósito dos recursos destinados, nas contratações de obras, para cada etapa de execução que fosse se iniciar, valores esses impenhoráveis. No entanto, os vetos foram mantidos pela casa legislativa. Conheça as razões da Brasinfra para esse posicionamento.



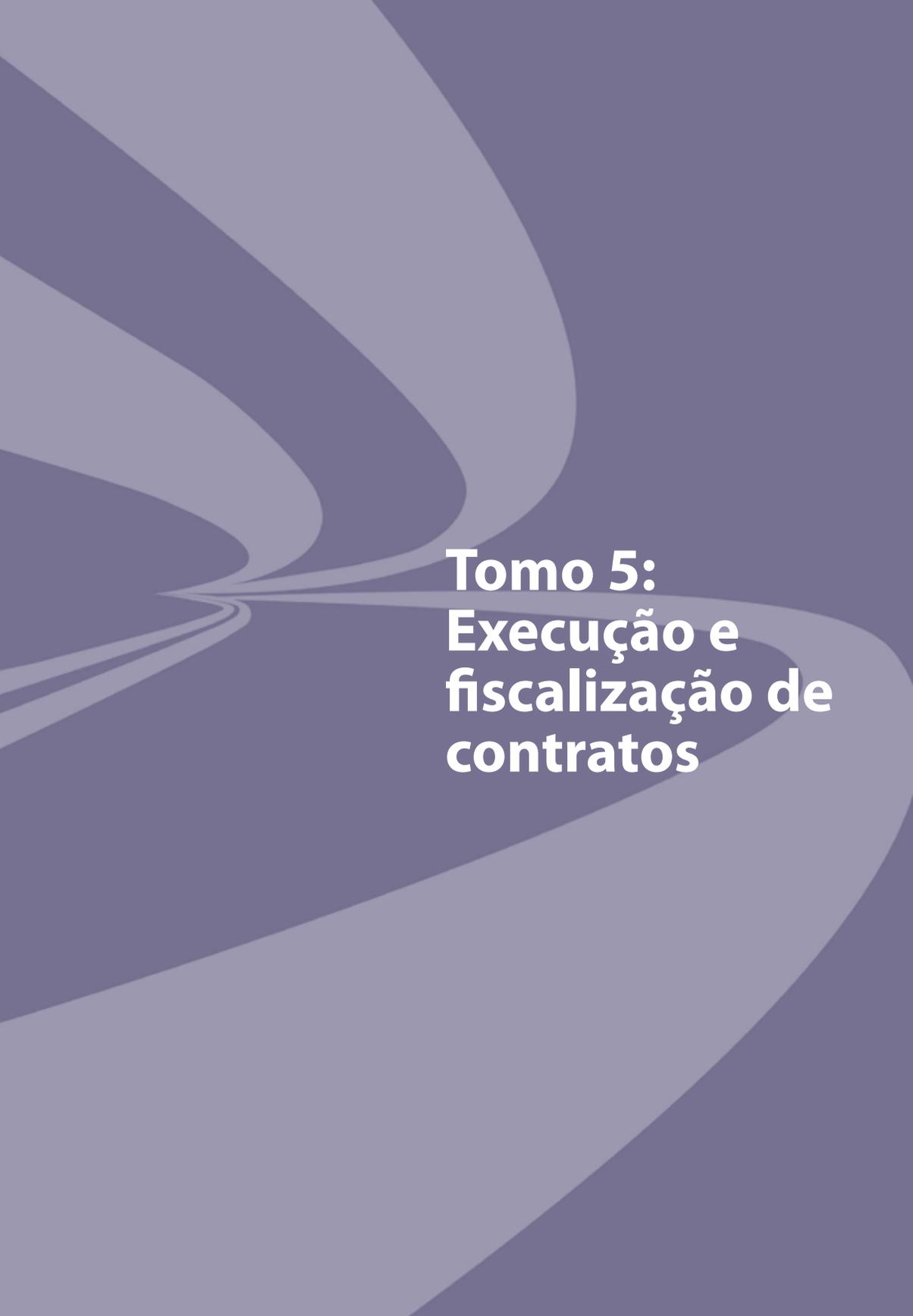
Vale destacar, no entanto, que a ausência de rubrica orçamentária capaz de dar cabo dos valores previstos contratualmente, seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista fático, é fator que pode gerar responsabilizações, pois se trata de fato grave.

No caso de pronunciamento de revogação, seu motivo determinante deverá ser resultado de fato superveniente devidamente comprovado.

Tanto nos casos de anulação quanto nos de revogação, deverá ser assegurada a prévia manifestação dos interessados, inclusive em respeito ao constante no Art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, devendo a autoridade competente avaliar a manifestação porventura apresentada.

Deve ser recordado que revogação e anulação são medidas extremas e precisam ser justificadas, especialmente quando a Lei expressamente menciona o princípio da segurança jurídica.

Sugerimos atenção a estes dois pontos: exigir ampla defesa e motivação.



**Tomo 5:
Execução e
fiscalização de
contratos**

Um dos capítulos mais importantes a respeito dos contratos será objeto deste Tomo, no qual trataremos das mudanças na sua execução e fiscalização. Há substanciais mudanças e evoluções no trato desse assunto, a exigir que os interessados em participar de processos licitatórios estejam atentos a como os contratos serão futuramente operados e compreendidos.

Antes de conhecer esses detalhamentos convém lembrar que, ao conhecer um edital de licitação, os eventuais questionamentos que o licitante tenha devem procurar não se circunscrever a como participar dos processos licitatórios, mas também avaliar – e, se necessário, questionar – como a relação contratual será tratada do início ao fim.

O momento ideal para questionar as regras postas é justamente o prazo de impugnação e pedido de esclarecimentos, já que as regras editalícias vigorarão até o fim dos contratos.

Não quer dizer que a ausência de questionamento nesse momento tornará preclusa a possibilidade de sobre o tema se voltar em momento posterior, até porque a Administração tem a obrigação de rever seus atos quando necessário, mas facilita que os ajustes já estejam feitos e se evitem discussões futuras.

Importante lembrar, inclusive, que eventuais respostas a essas impugnações e pedidos de esclarecimentos vinculam a Administração Pública e poderão, por isso, ser a base da solução de conflitos futuros.

Assim, recomendamos que, ao conhecer um processo licitatório, todos os licitantes avaliem como a execução terá de se dar e, se encontrarem gargalos, pontos de risco ou de duvidosa interpretação das regras, meditem sobre aclarar as situações a fim de remediar demandas futuras.

Dito isso, vejamos as alterações produzidas no texto.

Da execução dos contratos (arts. 115 a 123)

O capítulo da execução dos contratos na NLLC começa trazendo regras inovadoras que devem ser cumpridas pela própria Administração Pública.

Essas são regras bem-vindas e iluminadas pelas decisões dos órgãos de controle ao longo dos últimos anos ao verificarem gargalos de execução de contratos que, na verdade, se devem à ação pouco planejada e focada pelos órgãos contratantes.

Assim é que estão previstas, por exemplo, as seguintes obrigações:

a) De início, a manutenção da regra de **vinculação ao instrumento convocatório e às regras contratuais**, afirmando que ambas as partes devem executar fielmente o contrato e prevendo que “cada parte responderá pelas consequências de sua inexecução total ou parcial”, assim realçando o caráter bilateral dessa relação (Art. 115);

b) Em seguida, a previsão de que a Administração Pública **não pode retardar imotivadamente** a execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, inclusive quando isso se der em razão das trocas de comando na sua estrutura (Art. 115, §1º).

A respeito do dever da Administração Pública de dar impulso ao contrato e evitar posturas que o paralise, vale dizer que a NLLC, de forma inovadora, prevê que

o contratado tem direito à extinção do contrato, nos moldes do Art. 137, § 2º, nas seguintes hipóteses:

I - supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras que acarrete modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no Art. 125 da NLLC;

II - suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 meses;

III - repetidas suspensões que totalizem 90 dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações, e por outras previstas;

IV - atraso superior a 2 meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos;

V - não liberação pela Administração, nos prazos contratuais, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, e de fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas pelo contrato à Administração relacionadas a desapropriação, a desocupação de áreas públicas ou a licenciamento ambiental.

Para mais detalhamentos sobre a extinção, acesse o Tomo 6.

Nesses casos, o privado pode escolher continuar e demandar, se for o caso, o reequilíbrio (§3º, inc. II, do Art. 137) ou comunicar seu interesse em pôr fim ao vínculo, situação à qual a Administração Pública não poderá opor resistência.

c) Também que, no caso de contratações de obras e serviços de engenharia, sempre que a responsabilidade pelo licenciamento ambiental for da Administração, a manifestação prévia ou licença prévia, quando cabíveis, deverão ser obtidas **antes da divulgação do edital** (Art. 115, §4º).

Assim evita-se que as licitações sejam iniciadas e que os contratos comprometam a iniciativa privada para serem, em seguida, suspensos por ausência de licença e façam nascer um universo de questionamentos e disputas sobre alterações de cronograma, reequilíbrios econômico-financeiros, indenizações e discussões de inexecução e, até, de serviços e obras inacabados ou perdidos.

As estatísticas indicam que a ausência dessas providências prévias engrossa os números de obras governamentais inacabadas, o que inspirou a alteração da legislação.

Inicialmente esse texto havia sido vetado pela Presidência da República, mas veio a ser derrubado pela Casa legislativa. A BRASINFRA atuou para a derrubada desse veto.



Ainda importa destacar que esses documentos terão de se transformar em anexos do edital ou, se nesses não estiverem postos, colocados à disposição dos interessados de forma eletrônica e de fácil acesso.

Por essa presença, é importante destacar que eventual incongruência, incompletude ou equívoco constante nesses deverá ser objeto de questionamento pelo licitante na fase própria (por impugnação ou pedido de esclarecimentos).

Também deve ser destacado que o Art. 92, que trata das cláusulas gerais dos contratos, prevê em seu §2º que, “de acordo com as peculiaridades de seu objeto e de seu regime de execução, o contrato conterá cláusula que preveja período antecedente à expedição da ordem de serviço para verificação de pendências, liberação de áreas ou

adoção de outras providências cabíveis para a regularidade do início de sua execução”. É a chamada **cláusula de cura**.

As empresas devem ficar atentas, quando forem analisar o edital e as minutas, a se não é o caso de demandar a inclusão de cláusula de cura.

Essa é uma oportunidade fundamental para que se evite que o contrato venha a ser suspenso ou inviabilizado pela ausência de ajuste de medidas prévias ao início da execução, aconselhando-se que se provoque, se necessário for, a Administração a incluir essa medida.

Não existe na lei uma previsão de qual seria o prazo para esse período antecedente, portanto cabe medir o que seria razoável considerando as circunstâncias de cada caso concreto.

Devem ser previstas todas as providências a serem cumpridas tanto pela própria Administração (como é o caso das desapropriações) como perante terceiros (como é o caso das licenças prévias).

Esse período, que pode contar inclusive com a atuação dos órgãos de controle, pode servir para sanear situações e solucionar questões que poderiam, no futuro, causar grandes percalços a ambas as partes do contrato.

d) Também está previsto que, em caso de impedimento, ordem de paralisação ou suspensão do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente pelo tempo correspondente, anotadas tais circunstâncias mediante **simples apostila** (Art. 115, §5º).

Essa é uma regra importante nos contratos de interesse dos associados da BRASINFRA, afetados que são por uma série de atos que geram suspensão, tais como o fornecimento atrasado de materiais pela Administração, o atraso na liberação de licenças e alvarás que impedem a continuidade da execução, o atraso na liberação de frentes de obras e serviços (como desapropriações, remoções e desocupações), a aprovação de projetos em outros órgãos públicos de serviços interligados, atrasos de pagamento que permitem a suspensão etc.

O importante é estar atento à forma como isso impacta dois fatores:

1) de um lado, o prazo dos contratos que não são por escopo e têm limite temporal pela própria NLLC;

2) de outro, a repercussão sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tanto para custos diretos quanto para o BDI.

Esse último aspecto **não é resolvível por mera apostila** e deverá ser objeto de ajuste direto entre as partes e, se for o caso, objeto de aditivo contratual.

e) Nos casos em que a ocorrência de suspensão prevista no §5º do Art. 115, tratado no item anterior, se der **por mais de 1 mês**, caberá à Administração divulgar, em sítio eletrônico oficial e em placa afixada no local da obra (de fácil visualização pelos cidadãos), aviso público de **obra paralisada, especificando o motivo e o responsável** pela inexecução temporária do objeto, assim como a data prevista para o reinício da sua execução. Esse texto será, inclusive, redigido pela própria Administração (Art. 115, §§6º e 7º).

Consideramos que a eventual responsabilização do contratado por esses atrasos é fato que merece ser tratado em processo administrativo aberto para tal fim, inclusive para garantir os direitos constitucionais de contraditório e ampla defesa (Art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal), e, portanto, o aviso deve ser objeto de conhecimento prévio do contratado para possibilitar a apuração do texto.

Em que pese a NLLC não ter previsto a ocorrência de processo e contraditório para essa etapa e referência, é fato que a informação pode afetar a esfera de direitos do contratado, inclusive de imagem, tornando o devido processo administrativo indispensável.

Portanto, sugerimos atentar a tais ocorrências e cobrar (seja na fase de esclarecimentos e impugnação ao edital, seja à época dos fatos na execução contratual) da Administração Pública o cumprimento desses deveres constitucionais.

f) A NLLC ainda trouxe importante modificação sobre a **reserva de cargos** para Pessoas com Deficiência (PCD), reabilitados da Previdência Social, aprendizes e outras reservas previstas em lei (como costuma acontecer com egressos e provenientes do sistema prisional).

O Art. 116 previu, então, que essa reserva deve ser garantida pelo contratado “ao longo de toda a execução”, com a comprovação desse cumprimento à Administração Pública sempre que essa solicitar, inclusive com a indicação dos empregados que preenchem as condições elencadas.

Como já ressaltado em outros Tomos, o Estado utiliza em diversas passagens a estratégia de fomentar comportamentos e políticas públicas através das normas de licitações e contratos.

Uma vez que essa regra de inclusão, já transformada em princípio jurídico, foi transportada às licitações, deve ser objeto de estrita atenção dos contratados.

Nos casos e localidades em que seja impossível o cumprimento dessa reserva, **sugerimos:**

1) se a impossibilidade é previsível ao tempo da licitação, fazer o questionamento devido nessa fase;

2) se a impossibilidade se apresenta no curso do contrato, antecipar o fato ao contratante para que se alcance uma solução para o impasse.

Importante refletir, no entanto, sobre os impactos econômico-financeiros dessas escolhas sobre o contrato, pois podem repercutir nos custos de transação e, por isso, tornar inviável a utilização de contratos anteriores como referência para a formação do preço estimado. Daí ser aconselhável avaliar o impacto trazido com essas previsões e, se necessário, questionar a Administração a esse respeito.

ATENÇÃO PARA:

- 1 – Aumento do número de casos de apostila;**
- 2 – Providências em caso de obras paralisadas há mais de 1 mês;**
- 3 – Licenciamentos e autorizações necessárias antes do lançamento do edital.**

A partir do Art. 117, então, a NLLC vai definir como deve se dar a fiscalização dos contratos, trazendo uma série de regras sobre as figuras do **fiscal** e do **gestor** do contrato, não confundíveis no caso concreto.

Aqui cabe, então, mostrar como essa questão se modificou em relação às leis anteriores.

Primeiro, lembrar que as leis do Pregão e do RDC não trouxeram regramentos próprios sobre o assunto, mantendo-se, então, as regras gerais da Lei nº 8.666/93.

Segundo, lembrar que a Lei das Estatais delegou a previsão dessas questões para os regulamentos próprios das empresas, conforme disposto no Art. 40, inc. VII, da Lei nº 13.303/16.

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
ART. 67	ART. 117
<p>Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.</p>	<p>Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.</p>
<p>§1º. O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.</p>	<p>§1º. O fiscal do contrato anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato, determinando o que for necessário para a regularização das faltas ou dos defeitos observados.</p>
<p>§2º. As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores para a adoção das medidas convenientes.</p>	<p>§2º. O fiscal do contrato informará a seus superiores, em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes, a situação que demandar decisão ou providência que ultrapasse sua competência.</p>
<p>Sem previsão correlata.</p>	<p>§3º. O fiscal do contrato será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual.</p>
<p>Sem previsão correlata.</p>	<p>§4º. Na hipótese da contratação de terceiros prevista no caput deste artigo, deverão ser observadas as seguintes regras:</p> <p>I - a empresa ou o profissional contratado assumirá responsabilidade civil objetiva pela veracidade e pela precisão das informações prestadas, firmará termo de compromisso de confidencialidade e não poderá exercer atribuição própria e exclusiva de fiscal de contrato;</p> <p>II - a contratação de terceiros não eximirá de responsabilidade o fiscal do contrato, nos limites das informações recebidas do terceiro contratado.</p>

O primeiro ponto a ser destacado é que a NLLC previu a possibilidade da existência de **mais de um fiscal por contrato**, a depender, inclusive, da expertise necessária para a realização da fiscalização em casos complexos ou de objeto especial.

Pode ser que se escolha um fiscal para analisar documentos e outro para acompanhar a execução. Pode ser que se escolha mais de um fiscal para acompanhar a execução. Não há regra sobre isso.

Considerando que obras e serviços de engenharia devem ser acompanhados por fiscais que de fato detenham habilitação técnica e uma vez que a alta administração é responsável pela governança, é importante que as empresas exijam que os fiscais tenham de fato condições de acompanhá-los.

Além disso, esse agente público foi descrito no Art. 7º da NLLC e é diferente nos requisitos previstos para o **agente de contratação**.

Pela relevância do tema, veja-se um comparativo entre essas duas figuras na NLLC:

FISCAL DE CONTRATO	AGENTE DE CONTRATAÇÃO
ART. 7º	ART. 8º
Os fiscais de contrato serão agentes públicos preferencialmente servidores efetivos ou empregados dos quadros permanentes da Administração Pública (inc. I).	Os agentes de contratação serão agentes públicos obrigatoriamente servidores efetivos ou empregados dos quadros permanentes da Administração Pública (caput).
Os fiscais de contrato devem ter atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuir formação compatível ou qualificação emitida por escola de governo e mantida pelo poder público (inc. II).	Os agentes de contratação não precisam, necessariamente, possuir conhecimento na área do objeto licitado. Poderão ser auxiliados por equipe de apoio e, nos casos de bens ou serviços especiais, substituídos por Comissão de, no mínimo, 3 membros. Poderão, ainda, contar com apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno. No caso de licitação que envolva bens e serviços especiais cujo objeto não seja rotineiramente contratado , poderá haver a contratação de empresa ou profissional especializado para assessoramento por prazo determinado (§§1º a 4º).
Os fiscais de contrato não podem ser cônjuges ou companheiros de licitantes ou contratados habituais da Administração nem ter com eles vínculos de parentesco, colateral ou por afinidade,	Sem previsão correlata.

até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil (inc. III).	
A regra ao lado se aplica aos fiscais.	As regras relativas à atuação de agente de contratação e equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores serão estabelecidas em regulamento e deverá ser prevista a possibilidade de contarem com assessoramento jurídico e apoio dos órgãos de controle interno (§3º).
Deverá haver atenção ao princípio da segregação de funções , vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação (§1º).	Sem previsão correlata.

Ambos os casos, como visto, deverão ser objeto de **regulamentação específica** em cada esfera de Poder. A BRASINFRA já encaminhou sugestões na esfera federal sobre o normativo, em relação ao qual houve consulta pública.



Importante compreender que parte dessas previsões tem como mote o controle dos riscos de captura dos agentes públicos, evitando as fontes de risco ético, de corrupção e cooptação, bem como de afrouxamento da fiscalização de forma indevida.

Fiscais podem demandar suporte do controle interno e da assessoria jurídica, previsão expressa da NLLC. E cabe ao fiscal alimentar o gestor de informações.

Com base nas informações, o gestor tomará importantes decisões, entre as quais a eventual abertura de procedimento punitivo ou de extinção do contrato.

Nos dispositivos seguintes, uma série de itens reflete pontos já conhecidos na legislação anterior, como é o caso de:

- 1) indicação de preposto da obra ou serviço pelo contratado (Art. 118);
- 2) obrigação de proceder sem ônus a correções e reparos (Art. 119);
- 3) responsabilidade por danos causados diretamente à Administração ou a terceiros (Art. 120);
- 4) responsabilidade por encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes do contrato (Art. 121);
- 5) possibilidade de subcontratação de parte do objeto (Art. 122); e
- 6) obrigação de a Administração Pública posicionar-se a respeito de pleitos do contratado (Art. 123).

Desses pontos, três merecem destaque porque contêm alterações importantes na NLLC, a saber:

a) Com relação às **responsabilidades subsidiárias** rotineiramente recaídas sobre a Administração Pública, por encargos não arcados pelos contratados, a NLLC resolveu absorver as experiências advindas de normativos da área federal, razão por que assim prescreveu nos parágrafos do Art. 121:

a.1) De início, a inadimplência do contratado **não transfere** à Administração Pública a responsabilidade direta pelo seu pagamento, a fim de evitar a enxurrada de indenizações incidentes sobre a Administração, as constrições judiciais sobre as obras e edificações, bem como os embargos e restrições ao desenvolvimento de obras e serviços (§1º).

b) Com relação às **subcontratações**, poderão ocorrer para partes da obra, do serviço ou do fornecimento até o limite que a Administração Pública permitir no caso concreto (Art. 122).

Há uma importante alteração no tema. A subcontratação parcial é permitida, em regra, mas o edital e o regulamento da entidade contratante poderão vedar, restringir ou estabelecer condições (§2º).

Para que a subcontratação seja possível, é necessário que o contratado forneça à Administração Pública a documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, o que será por essa avaliado e, se aprovado, permitido (§1º).

De qualquer forma, está vedada a subcontratação de pessoas físicas ou jurídicas se essas ou os seus dirigentes mantiverem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou se deles forem cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta ou colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação (§3º).

Trata-se de uma réplica da regra que consta do Art. 14, inc. IV, da NLLC que veda a participação em licitações.

c) Com relação à manifestação da Administração Pública sobre pleitos dos contratados, o Art. 123 da NLLC previu que ela deve **explicitamente emitir decisão sobre todas** as solicitações ou reclamações relacionadas à execução do contrato, provenham ou não do contratado, excepcionados pleitos manifestamente impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para a boa execução do contrato, assim reconhecidos em decisão que venha a ser emitida.

Não bastasse isso, a NLLC estabeleceu o prazo de **1 mês** para que a decisão seja emitida, admitida a prorrogação motivada por igual período ou outro prazo que decorra de disposição legal ou cláusula contratual.

Atenção: todo contrato deve ter regra sobre prazo para reequilíbrio econômico-financeiro, nos moldes do que prevê o Art. 92, inc. XI. Assim, especificamente sobre esse assunto, o prazo para a resposta pode ser diferente.

Também destacamos que é obrigatória a presença de cláusula que aborde as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

As empresas devem ficar atentas à real existência dessas cláusulas.

ATENÇÃO:

Pedidos formulados pelo contratado deverão ser avaliados pela Administração em até 1 mês se outro prazo não estiver normativa ou contratualmente previsto, com possibilidade de uma prorrogação. Todo contrato deve ter cláusula que preveja o prazo para responder pedidos de reequilíbrio.



**Tomo 6:
Da alteração à
extinção dos
contratos**

Da alteração dos contratos e dos preços (arts. 124 a 136)

Chegamos, então, ao Capítulo VII da NLLC, com alterações substanciais em relação ao normativo anterior, inclusive a partir da experiência de atos normativos infralegais que trataram do tema e dos inúmeros embates ao longo de sua vigência, tanto na via administrativa quanto na judicial.

O primeiro passo é compreender o que mudou em relação à Lei nº 8.666/93.

A regra central permanece a mesma: contratos podem ser alterados por decisão unilateral da Administração Pública ou por convergência entre as partes, observados contornos legais.

De início se destaca o Art. 126, que, embora sem correspondente na Lei nº 8.666/93, traz ideia sempre presente em julgados, qual seja a de que alterações unilaterais não poderão transfigurar o objeto da contratação.

Alterações unilaterais

Segundo o Art. 124, inc. I, as alterações unilaterais podem ocorrer:

a) **de forma qualitativa** “quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos”;

b) **de forma quantitativa** “quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei”.

São exatamente as mesmas palavras que encontramos no Art. 65, inc. I, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93.

Mas isso não significa que não existam novidades.

A primeira delas é a **incorporação do entendimento do TCU**, manifestado de forma especial na Decisão nº 215/99, sobre a incidência dos limites de 25% ou 50% (reforma de edifício ou de equipamento) sobre o valor inicial atualizado do contrato também nos casos de alteração qualitativa (Art. 125).

Isso porque o Art. 125 faz alusão ao inciso I do Art. 124, que abrange as duas modalidades de alteração contratual.

Ocorre que a mesma Decisão nº 215/99 do TCU reconhece que a alteração qualitativa pode superar os 25% ou 50% quando, cumulativamente:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - for necessária à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se – na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados retro – que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja, são gravíssimas a esse interesse, inclusive quanto à sua urgência e emergência.

Embora a Lei não tenha incorporado as exceções acima descritas, é possível que elas ainda se apliquem porque são sedimentadas em decisões do TCU.

Por isso, recomendamos checar, **antes de celebrar termos aditivos** que prescrevam alterações acima dos limites, se estão observadas as condições e se houve parecer jurídico do órgão manifestando sua concordância (inclusive com atenção às determinações da LINDB, já referidas em tomos anteriores).

Alterações bilaterais

Não existe mais regra permitindo acordo entre as partes para suprimir quantitativos contratuais além dos limites de 25% ou 50%. A permissão constava do inciso II do §2º do Art. 65 da Lei 8.666/93.

As alterações por acordo entre as partes podem ocorrer, nos moldes do Art. 124, inc. II, nos seguintes casos:

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

A redação das alíneas é quase igual à constante no Art. 65, inc. II, da Lei nº 8.666/93, à exceção da alínea “d”. “Isso porque, havendo matriz de risco, há de se verificar como ela distribui os riscos entre as partes. Sugerimos consultar o Tomo 3 nesta obra”

Atrasos na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental, **por circunstâncias alheias ao contratado**, são considerados situações originárias de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato e de pleno direito, o que beneficia contratados de obras e serviços de engenharia (Art. 124, §2º).

A propósito, vale lembrar que **o contratado tem direito à extinção do contrato em várias hipóteses**. Entre elas na de não liberação pela Administração, nos prazos contractu-

ais, de área, local ou objeto, para execução de obra, serviço ou fornecimento, e de fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas pelo contrato à Administração relacionadas a desapropriação, a desocupação de áreas públicas ou a licenciamento ambiental (Art. 137, §2º, inc. V).

Também recordamos que o edital poderá prever a responsabilidade do contratado pela obtenção do licenciamento ambiental e pela realização da desapropriação autorizada pelo poder público (Art. 25, §5º).

Há importantes regras que podem contribuir para um contrato mais saudável.

A primeira é a de que **alterações contratuais unilaterais não podem ser feitas de maneira verbal**, sem que exista um documento que as oficialize.

Cabe à Administração providenciar o termo aditivo e **só a partir da sua assinatura** seria devido o cumprimento das prestações determinadas pela Administração. Única exceção seria o caso de justificada necessidade de antecipação de efeitos, quando a formalização deve ocorrer em no máximo um mês (Art. 132).

A segunda é a determinação de que o reequilíbrio decorrente das alterações produzidas venha definido no **próprio termo aditivo** em que se preveem as alterações (Art. 130).

A terceira é a de que **a extinção do contrato não configurará óbice para o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro**, hipótese em que será concedida indenização por meio de termo indenizatório (Art. 131).

Mas **atenção**: o pedido **deverá ser formulado na vigência do contrato** e antes de eventual prorrogação posterior ao fato que der origem à solicitação do reequilíbrio (Art. 131, parágrafo único).

Essa última ressalva – prorrogação – foi aposta no parágrafo único do Art. 131 de forma atrelada ao contido no Art. 107. Isso significa, então, que deve se aplicar **apenas** nos casos de “serviços e fornecimentos contínuos”. Portanto, fora dos casos de fornecimento/serviços contínuos, não se poderia alegar renúncia tácita.

De todo modo, sugerimos sempre formular pedidos de reequilíbrio antes de prorrogações.

Chamamos atenção para o fato de que prorrogações serão automáticas nos casos de contratos por escopo (Art. 111).

Assim, se o prazo de vigência está se esgotando e há pedidos de reequilíbrio a serem formulados, sugere-se fazer as alterações antes do fim do prazo de vigência e logo antes da prorrogação automática.

Contratações integradas e semi-integradas

O Art. 133 previu que, nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada ou semi-integrada, **é vedada a alteração dos valores contratuais enquanto regra**, excepcionadas as seguintes hipóteses:

1) para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior;

2) por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração Pública, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado (observados os limites do Art. 125);

3) por necessidade da alteração do projeto nas contratações semi-integradas (observado o §5º do Art. 46, ou seja, nos casos em que demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação).

As hipóteses de **mero apostilamento foram ampliadas**.

Tal se deu com a mudança de uma lista taxativa para uma lista meramente exemplificativa, ficando o gênero do apostilamento definido como aquele em que se derem “registros que não caracterizam alteração do contrato” em sua substância, ou seja, apenas ajustes relacionais (Art. 136). Isso dinamiza a relação e reduz os custos com discussões e publicações de termos aditivos.

A NLCC traz regras específicas para alterações de contratos de obras e serviços de engenharia, algumas delas resultado de entendimento do TCU.

Primeira: afasta-se expressamente a regra constante do §3º do Art. 65 da Lei nº 8.666/93, que previa acordo entre as partes para fins de inclusão de preços unitários para obras e serviços.

No seu lugar, o Art. 127 prevê que, se o contrato não contemplar preços unitários para obras ou serviços cujo aditamento se fizer necessário, esses serão fixados por meio da aplicação da relação geral entre os valores da proposta e o do orçamento-base da Administração sobre os preços referenciais ou de mercado vigentes na data do aditamento, respeitados os limites estabelecidos no Art. 125 desta Lei (Art. 127).

Segunda: para evitar jogos de planilha, com inspiração nos acórdãos do Plenário do TCU nº 1.981/2009, 749/2010 e 1.200/2010, se prevê que nas contratações de obras e serviços de engenharia a diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária (Art. 128).

A título de exemplo, veja a seguinte situação: há uma planilha orçamentária da Administração propondo preço de R\$ 1.000,00 para um item e uma proposta comercial de um licitante oferecendo preço de R\$ 900,00 para esse item. Isso leva à conclusão de que houve, por esse licitante, um desconto de 10% sobre o preço estimado. Quando houver termos aditivos, a Administração também deverá estimar preço para os itens e será aplicado o mesmo percentual de desconto de 10% dantes utilizado.

A regra já existia no caput do Art. 14 do Decreto Federal nº 7.983/13.

Terceira: as falhas de projeto que tiverem gerado a necessidade de alterações contratuais e até causarem aumentos de custos ensejam a necessidade de se apurarem as responsabilidades, ressaltando a NLLC que não é caso de se permitirem omissões pela Administração Pública (Art. 124, §1º).

É importante ressaltar que não se pode presumir culpa ou dolo. É crucial a apuração em sede de processo administrativo, em que se assegurarão a ampla defesa e o contraditório. No referido processo, devem ser considerados os limites do Art. 28 da LINDB.

A responsabilização também pode se dar no âmbito da improbidade administrativa, valendo destacar que, nessa seara, somente serão processados os atos de natureza dolosa, após a alteração promovida pela Lei federal nº 14.230/21.

Segundo essa, passaram a ser da redação da Lei nº 8.429/92 os seguintes parágrafos ao Art. 1º: *“consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais” e “considera-se dolo*

a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente”.

Destacamos que houve ainda alterações nas tipificações dos atos de improbidade, com destaque para o art. 11, que trata de improbidade por violação aos princípios.

Entendemos que as mudanças, quando positivas para o acusado, operam efeitos retroativos.

Vale destacar também que o mero erro administrativo não deve ser objeto de punição, já tendo evoluído doutrina, jurisprudência e legislação na aceitação do “direito ao erro”.

Conforme se vê no Art. 28 da LINDB, o que administrativamente se pode punir é o erro considerado “grosseiro”.

No Decreto nº 9.830/19, que regulamentou a LINDB na esfera federal, está dito que erro grosseiro é apenas aquele “manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia” (Art. 12, §1º).

Sobre o tema das alterações contratuais, a tabela abaixo oferece um comparativo, inclusive envolvendo a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/16):

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 13.303/16	LEI Nº 14.133/21
ART. 65	ART. 81	ART. 124 E OUTROS
Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:	Os contratos regidos por esta lei contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes , nos seguintes casos:	Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
I – unilateralmente pela Administração:	Sem previsão correlata.	I – unilateralmente pela Administração:
a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;	I - quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos = essa hipótese está prevista em caso de acordo das partes , conforme caput.	a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos;
b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta lei;	II - quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei = essa hipótese está prevista em caso de acordo das partes , conforme caput.	b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;
II – por acordo das partes:	Conforme caput, todas as hipóteses tratam de acordo entre as partes.	II – por acordo entre as partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;	III - quando conveniente a substituição da garantia de execução;	a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;	IV - quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;	b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;	V - quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;	c) quando necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado e vedada a antecipação do pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado , ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.	VI - para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado , ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.	d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.
§1º. O contratado fica obrigado a aceitar , nas mesmas condições	§1º. O contratado poderá aceitar , nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou	Art. 125. Nas alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art.

<p>contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos.</p>	<p>supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos.</p>	<p>124 desta Lei, o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões de até 25% do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para os acréscimos será de 50%.</p>
<p>Sem previsão correlata (vedação em sede de jurisprudência).</p>	<p>Sem previsão correlata (vedação em sede de jurisprudência).</p>	<p>Art. 126. As alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124 desta Lei não poderão transfigurar o objeto da contratação.</p>
<p>§2º. Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:</p> <p>II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.</p>	<p>§2º. Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no §1º, salvo as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.</p>	<p>Sem equivalente</p>
<p>§3º. Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no §1º deste artigo.</p>	<p>§3º. Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no §1º.</p>	<p>Art. 127. Se o contrato não contemplar preços unitários para obras ou serviços cujo aditamento se fizer necessário, esses serão fixados por meio da aplicação da relação geral entre os valores da proposta e do orçamento-base da Administração sobre os preços referenciais ou de mercado vigentes na data do aditamento, respeitados os limites estabelecidos no art. 125 desta Lei.</p>
<p>§4º. No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber</p>	<p>§4º. No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, esses materiais deverão ser pagos pela empresa pública ou sociedade de economia mista pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente</p>	<p>Art. 129. Nas alterações contratuais para supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e os colocado no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente</p>

indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.	corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.	reajustados, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.
§5º. Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.	§5º. A criação, a alteração ou a extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, com comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.	Art. 134. Os preços contratados serão alterados, para mais ou para menos, conforme o caso, se houver, após a data da apresentação da proposta, criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais, com comprovada repercussão sobre os preços contratados.
§6º. Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.	§6º. Em havendo alteração do contrato que aumente os encargos do contratado, a empresa pública ou a sociedade de economia mista deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.	Art. 130. Caso haja alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo , o equilíbrio econômico-financeiro inicial.
§8º. A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila , dispensando a celebração de aditamento (lista taxativa).	§7º. A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato e as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do contrato e podem ser registrados por simples apostila , dispensada a celebração de aditamento (lista taxativa).	Art. 136. Registros que não caracterizam alteração do contrato podem ser realizados por simples apostila, dispensada a celebração de termo aditivo, como nas seguintes situações (lista meramente exemplificativa): I - variação do valor contratual para fazer face ao reajuste ou à repactuação de preços previstos no próprio contrato; II - atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento previstas no contrato; III - alterações na razão ou na denominação social do contratado; IV - empenho de dotações orçamentárias. Art. 115.

		<p>§5º. Em caso de impedimento, ordem de paralisação ou suspensão do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente pelo tempo correspondente, anotadas tais circunstâncias mediante simples apostila.</p>
Sem previsão correlata.	<p>§8º. É vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada.</p>	<p>Art. 103.</p> <p>§4º. A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.</p>
Sem previsão correlata.	Sem previsão correlata.	<p>§1º. Se forem decorrentes de falhas de projeto, as alterações de contratos de obras e serviços de engenharia ensejarão apuração de responsabilidade do responsável técnico e adoção das providências necessárias para o ressarcimento dos danos causados à Administração.</p>
Sem previsão correlata.	Sem previsão correlata.	<p>§2º. Será aplicado o disposto na alínea “d” do inciso II do caput deste artigo às contratações de obras e serviços de engenharia, quando a execução for obstada pelo atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental, por circunstâncias alheias ao contratado.</p>

Das hipóteses de extinção dos contratos (arts. 137 a 138)

A NLLC utilizou como conceito de “extinção dos contratos” tudo aquilo que tiver interferido para o seu **encerramento prematuro**.

O termo utilizado pelo Art. 78 da lei anterior era “rescisão”. Apenas uma única vez, por falha de revisão, a Lei faz uso da palavra “rescisão”. Isso ocorre quando se aborda a possibilidade de contratação de remanescente (Art. 90, §7º).

A NLLC previu que a extinção do contrato poderá ocorrer por:

- 1) **ato unilateral** e escrito da Administração Pública (exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta, Art. 138, inc. I);
- 2) **decisão consensual** ou por qualquer das estratégias de ajuste (acordo entre as partes, conciliação, mediação, por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração, Art. 138, inc. II);
- 3) **decisão judicial ou arbitral** (em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, Art. 138, inc. III).

E agora a lei também prevê os casos em que o contratado terá direito à extinção, em que ele deverá comunicar formalmente seu intuito sem que à Administração se conceda espaço para obrigar a permanência do contrato.

No caso de extinções unilaterais pela Administração, ainda que resultem apenas de ausência de interesse público, não havendo falha atribuível ao contratado, se repete a exigência da Lei nº 8.666/93 de que se observem o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a esses inerentes. A decisão há de ser motivada (Art. 137, caput).

Essas extinções poderão ser refletidas pela Administração Pública e deverão, para que possam ocorrer, acatar não apenas as regras da NLLC: será necessário **respeitar as determinações da LINDB**, especialmente no que tange a, pelo menos:

- a) motivação eficiente;
- b) ponderação das consequências fáticas, práticas e jurídicas do decidir;
- c) ponderação de possíveis soluções alternativas.

Além disso, regulamento poderá especificar procedimentos e critérios para a verificação da ocorrência dos motivos de extinção, a exigir que se atente para a existência de normativos específicos de cada entidade contratante.

Portanto, detalhes sobre a extinção dos contratos deverão ser checados nos regulamentos.

O direito do contratado à extinção do contrato

Para além dessas hipóteses retromencionadas, cuja iniciativa parte da Administração Pública, o §2º do Art. 137 previu as hipóteses em que **o contratado terá direito** à extinção prematura dos contratos.

Isso se dá diante de condutas da Administração descritas nos incisos do §2º do Art. 137.

Ele poderá exercer o direito comunicando à Administração sua intenção. Ou poderá permanecer vinculado, suspendendo o cumprimento do contrato.

Houve substancial alteração em relação às hipóteses que estavam previstas na Lei nº 8.666/93. Vale a pena ver a comparação entre os textos:

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
ART. 78	ART. 137, §2º
XIII – supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite de 25% ou 50% previsto no §1º do Art. 65;	I – supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras que acarrete modificação do valor inicial do contrato além do limite de 25% ou 50% previsto no Art. 125;
XIV – suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente previstas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;	II – suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 meses; III – repetidas suspensões que totalizem 90 dias úteis , independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente previstas desmobilizações e outras previstas;
XV – atraso superior a 90 dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;	IV – atraso superior a 2 meses, contado da emissão da nota fiscal , dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos;
XVI – não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto.	V – não liberação pela Administração, nos prazos contratuais, de área, local ou objeto, para execução de obra, serviço ou fornecimento, e de fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas pelo contrato à Administração relacionadas a desapropriação, a desocupação de áreas públicas ou a licenciamento ambiental.

Importante fazer uma observação aqui: a NLLC não previu, expressamente, a possibilidade de extinção em razão de atrasos na medição de obras e serviços, mas é possível construir essa hipótese. Não raras vezes, a Administração Pública retarda o processo de medição como subterfúgio à postergação dos pagamentos devidos ao contratado.

Mas a NLLC agora exige que o contrato tenha regras claras sobre medição e pagamento (ver art. 92), exatamente com vistas a evitar que o contratado fique à mercê do gestor.

Então, se a NLLC obriga a Administração Pública a assim prever, pode-se entender que não medir nos moldes contratados (prazos etc.) significa, em última análise, não pagar.

Essas regras deixam claro que o legislador procurou recolocar a Administração Pública no papel de parte contratante e assumir os compromissos de suas inadimplências, não podendo a situação dos atrasos de medição ser instrumento de pressão desmedida e afetação da sustentabilidade econômico-financeira do contrato.

As hipóteses na NLLC deixam claro que houve uma **diminuição dos prazos imputados ao contratado para suportar os atrasos da Administração**, além de uma pequena ampliação (embora significativa) das hipóteses de “repúdio” a comportamentos da Administração.

Atenção para o fato de que em alguns casos os prazos se contam em dias úteis e, em outros, em meses.

Apesar disso, foram mantidas algumas restrições, como é o caso dos incs. II a IV acima indicados, em que deverá ser observado o seguinte:

a) não serão admitidas as hipóteses propostas em caso de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra, tampouco quando decorrerem de ato ou fato que o contratado tenha praticado, do qual tenha participado ou para o qual tenha contribuído;

b) assegurar-se-á ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até a normalização da situação, admitido o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Outros importantes pontos foram tratados pela NLLC, valendo realce aos seguintes:

a) Os **emitentes de garantias** deverão ser **notificados** pelo contratante quanto ao início de processo administrativo para apuração de descumprimento de cláusulas contratuais (Art. 137, §4º). Isso porque poderá decorrer da aplicação de sanção nesse processo a execução das garantias descritas no Art. 96.

b) As extinções unilaterais e consensuais dependerão de **autorização escrita e fundamentada** da autoridade competente e serão reduzidas a termo no respectivo processo (Art. 138, §1º).

c) No caso de rescisão por culpa exclusiva da Administração Pública, o contratado **será ressarcido** pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido e terá direito a devolução da garantia, a pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da extinção e ao custo da desmobilização (Art. 138, §2º).

Atenção para o que já consta na página 104 deste Tomo sobre os debates acerca de pagamento de parcelas incontroversas.

d) Quando a extinção for unilateral pela Administração Pública, poderá acarretar, além de eventuais sanções legais, as seguintes **consequências**:

d.1) assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

d.2) ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários à sua continuidade;

d.3) execução da garantia contratual para ressarcimento da Administração por prejuízos decorrentes da não execução, pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, quando cabível, pagamento de multas devidas à Administração Pública e exigência da assunção da execução e da conclusão do objeto do contrato pela seguradora, quando cabível;

d.4) retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas. (Art. 139).

e) As hipóteses de assunção imediata e ocupação descritas no item anterior poderão, a critério da Administração Pública, ser **substituídas pela continuidade da obra ou serviço** por execução direta ou indireta.

No caso de optar-se pela ocupação dos bens e insumos, o ato dependerá de autorização expressa do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou do Secretário Municipal da pasta correspondente (Art. 139, §§1º e 2º).

Do recebimento do objeto contratual (art. 140)

A NLLC dedicou um capítulo próprio para o recebimento do objeto contratual, seja provisório, seja definitivo, trazendo algumas regras a mais do que se conhecia na legislação anterior. A começar pelos conceitos e responsabilidades.

Para se compreender as novidades, vejam-se as diferenças:

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
<p>Art. 40. O edital conterá [...] e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:</p> <p>XVI – condições de recebimento do objeto da licitação;</p>	<p>Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual [...], bem como abordar [...], compreendidos:</p> <p>III – a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento.</p>
<p>Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:</p> <p>IV – os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso.</p>	<p>Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:</p> <p>VII – os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, conforme o caso.</p>
<p>Sem previsão correlata.</p>	<p>Art. 140. O objeto do contrato será recebido:</p> <p>I – em se tratando de obras e serviços:</p> <p>a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo detalhado, quando verificado o</p>

	<p>cumprimento das exigências de caráter técnico;</p> <p>b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais.</p>
Sem previsão correlata.	§1º. O objeto do contrato poderá ser rejeitado, no todo ou em parte, quando estiver em desacordo com o contrato.
§2º. O recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.	§2º. O recebimento provisório ou definitivo não excluirá a responsabilidade civil pela solidez e pela segurança da obra ou serviço nem a responsabilidade ético-profissional pela perfeita execução do contrato, nos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.
Sem previsão correlata.	§3º. Os prazos e os métodos para a realização dos recebimentos provisório e definitivo serão definidos em regulamento ou no contrato.
Art. 75. Salvo disposições em contrário constantes do edital, do convite ou de ato normativo, os ensaios, testes e demais provas exigidos por normas técnicas oficiais para a boa execução do contrato correm por conta do contratado.	§4º. Salvo disposição em contrário constante do edital ou de ato normativo, os ensaios, os testes e as demais provas para aferição da boa execução do objeto do contrato exigidos por normas técnicas oficiais correrão por conta do contratado.
Sem previsão correlata.	§5º. Em se tratando de projeto de obra, o recebimento definitivo pela Administração não eximirá o projetista ou o consultor da responsabilidade objetiva por todos os danos causados por falha de projeto.
<p>Art. 73. §2º. O recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.</p> <p>Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.</p>	§6º. Em se tratando de obra , o recebimento definitivo pela Administração não eximirá o contratado, pelo prazo mínimo de 5 anos, admitida a previsão e prazo de garantia superior no edital e no contrato, da responsabilidade objetiva pela solidez e pela segurança dos materiais e dos serviços executados e pela funcionalidade da construção, da reforma, da recuperação ou da ampliação do bem imóvel , e, em caso de vício, defeito ou incorreção identificados, o contratado ficará responsável pela reparação, pela correção, pela reconstrução ou pela substituição necessárias.
<p>Art. 74. Poderá ser dispensado o recebimento provisório nos seguintes casos:</p> <p>II – serviços profissionais;</p> <p>III – obras e serviços que acarretam dispensa por valor, desde que não se componham</p>	Sem previsão correlata.

de aparelhos, equipamentos e instalações sujeitos à verificação de funcionamento e produtividade.

Parágrafo único. Nos casos deste artigo, o recebimento será feito mediante recibo.

Além do quadro, sugerimos especial atenção para três pontos:

- a) De início, o fato de a lei ter previsto a obrigação de responder **pela funcionalidade da construção** (reforma, recuperação ou ampliação de imóvel) no caso de obras;
- b) A previsão de que o recebimento provisório está interligado a **exigências de natureza técnica**, que serão definidas em edital/contrato;
- c) O tema dos recebimentos deverá, em cada esfera contratante, ainda ser **objeto de regulamento**, inclusive sobre quem são os responsáveis pela sua realização, o prazo em que deverão ocorrer, quais as consequências de sua ocorrência ou omissão, entre outros pontos.

Atenção para os regulamentos que forem emitidos, pois o seu cumprimento (assim como sua adequação à lei) pode ser crucial para a consideração da lisura do cumprimento do objeto.

A BRASINFRA já atuou na consulta pública federal a respeito do tema, infimamente tratado na normativa relativa a fiscais e gestores do contrato.



Dos pagamentos (arts. 141 a 146)

No que se refere aos pagamentos devidos aos contratados, a NLLC trouxe várias regras específicas.

Em que pese grande parte delas não ser novidade na experiência ordinária, por decorrer de normativos já utilizados (especialmente na esfera federal), da conjugação com leis especiais e da jurisprudência do TCU, o fato é que a reunião desses pontos em sede legislativa e com caráter geral contribui para o conhecimento e a boa aplicação das regras.

A primeira das regras é o dever de a Administração Pública respeitar a **ordem cronológica de pagamentos** para cada fonte diferenciada de recursos.

Em que pese o Art. 5º da Lei nº 8.666/93 prever que a Administração estaria, no pagamento de suas obrigações, obrigada a “obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada”, a NLLC foi além.

Ela previu que o não respeito à ordem cronológica, além de dever ocorrer como exceção, mediante prévia justificativa da autoridade competente e posterior comunicação ao órgão de controle interno e ao Tribunal de Contas competente (Art. 141, §1º), somente poderá ocorrer nas seguintes situações (não mais sob a genérica afirmação de “relevantes razões de interesse público”):

- a) grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública;
- b) pagamento a microempresa, empresa de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual e sociedade cooperati-

va, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;

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

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

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

O conjunto dessas hipóteses excepcionais, que é **lista taxativa**, indica que a alteração da ordem cronológica de pagamentos só se dará em situações que visem a garantir a permanência de continuidade de execução e que possam afetar, seriamente, essa ou o próprio negócio do contratado (abarcado por políticas públicas de fomento).

Tanto assim é que a inobservância imotivada da ordem cronológica ensejará a **apuracão de responsabilidade do agente**, cabendo aos órgãos de controle a sua fiscalização (Art. 141, §2º).

Para que essa ordem cronológica possa ser efetivamente objeto de fiscalização pelos órgãos de controle, pelos contratados ou por qualquer pessoa, o órgão ou entidade deverá disponibilizar, **mensalmente**, em seção específica de acesso à informação no seu sítio eletrônico, a ordem cronológica de seus pagamentos, bem como as justificativas que fundamentarem a eventual alteração dessa ordem (Art. 141, §3º).

O tema da ordem cronológica **comporta alguma regulamentação**, embora seja indispensável que se preservem o direito e o princípio que representa, bem como que o regulamento não prejudique a temporalidade dos pagamentos ou as regras objetivas de sua exigibilidade.

Inspirada nisso, a BRASINFRA atuou para a modificação da tentativa de regulamentação federal, em sede de consulta pública sobre o tema.

Outra regra importante é a que está prevista no Art. 142, ou seja, que disposição expressa no edital ou no contrato poderá prever **pagamento em conta vinculada ou pagamento pela efetiva comprovação do fato gerador**.

A previsão de uso de depósito em conta vinculada teve parte da sua previsão vetada pela Presidência da República, mantido o veto pela Casa legislativa. O veto está explicitado no conteúdo dos §§2º e 3º do Art. 115.

Seus textos originários previam que, para as contratações de obras, a expedição de ordem de serviço para execução de cada etapa estaria obrigatoriamente precedida de depósito em conta vinculada dos recursos financeiros necessários para custear as despesas correspondentes à etapa a ser executada.

Como se sabe, há um número considerável de obras paralisadas e contratos rescindidos pela inadimplência da Administração que, não obstante dispusessem de dotação orçamentária ao tempo da licitação e devessem manter essa disponibilidade ao tempo da execução contratual, comprometem os recursos e deixam de honrar as obrigações no curso do contrato.

Apesar da justiça e moralidade da regra inicialmente prevista no Projeto de Lei, os vetos foram mantidos pela Casa legislativa.



Conheça as razões apresentadas pela BRASINFRA para que o veto fosse derrubado.



Mas o Art. 142 permanece intacto. E ele ainda autoriza que regra constante do edital ou do contrato preveja pagamento em conta vinculada ou pagamento pela efetiva comprovação do fato gerador. Ou seja, embora não sejam obrigatórios a existência de conta vinculada e o depósito prévio do valor correspondente às parcelas a serem executadas, não há proibição nesse sentido, considerando o Art. 142.

Trata-se, inclusive, de medida que contribui para evitar o grave problema de obras paralisadas por ausência de fluxo financeiro.

Importante lembrar que parcelas incontroversas devem ser pagas. A Administração Pública não pode deixar de pagar alegando que há divergência relativa a uma parcela quando a dívida não há em relação a outra (Art. 143). E o pagamento deve ser feito de acordo com o prazo fixado no contrato, lembrando que incide atualização monetária se houver atraso (Art. 92, inc. V) e que, a depender do prazo da inadimplência, o contratado terá direito à extinção do contrato (Art. 137, §2º, inc. IV).

Assim, na disposição atual, a previsão de pagamento em conta vinculada dependerá de previsão expressa no edital ou no contrato e das hipóteses que esse prever, coerentes ao que dispuser o planejamento da entidade contratante.

Apesar dessa possibilidade, é importante ressaltar que permanece a resistência às ocorrências de **pagamento antecipado**, total ou parcial.

ATENÇÃO:

Quando será possível haver pagamento antecipado (Art. 145)?

- a) somente será possível se propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço, hipótese que deverá ser previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta (§1º);**
- b) havendo previsão de pagamento antecipado, a Administração Pública poderá exigir a prestação de garantia adicional como condição para a sua ocorrência (§2º);**
- c) caso o objeto não seja executado no prazo contratual, o valor antecipado deverá ser devolvido pelo contratado (§3º).**

Previu, ainda, o Art. 143 que, mesmo em caso de controvérsia sobre a execução do objeto quanto a dimensão, qualidade e quantidade, a **parcela incontroversa deverá ser liberada** no prazo previsto para pagamento.

Outro ponto importante na NLLC diz respeito à possibilidade de serem firmados **contratos com remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado**.

Não se trata de uma situação inovadora para os contratos públicos, já que outras previsões legais, também acolhimentos na jurisprudência, têm permitido o uso desses contratos por êxito.

Esse tipo de contrato se tornou mais conhecido **a partir do RDC** (em 2011, Art. 10, para “contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos em edital e contrato”, respeitado o limite orçamentário) e **a partir das PPPs** (a partir de 2012, Art. 6º, §1º, da Lei nº 11.079/04, para “pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato”), que ganharam corpo na prática cotidiana.

Em que pese tais contratos por desempenho serem admitidos pela lei, para além de sua aquiescência doutrinária e jurisprudencial, é fato que **não se pode permitir como ganho de eficiência qualquer situação ou fato, tornando imperioso que se saliente o que vem sendo ressaltado pelos Tribunais e órgãos de controle.**

ATENÇÃO:

É possível haver previsão de pagamento por êxito nos contratos, segundo a jurisprudência:

- a) quando decorrer de esforço adicionado do contratado, em razão da dificuldade de obtenção do resultado;**
- b) quando houver imprevisibilidade do resultado adicionado por razões alheias à vontade dos contratantes;**
- c) nos casos de atuação escorreita do contratado, respeitados os princípios e metas estabelecidos no contrato;**
- d) quando o resultado depender do empenho do contratado;**
- e) quando houver cálculo estimado da possível economia gerada e essa for efetivamente alcançada;**
- f) quando se prever, de antemão, quais valores poderão ser faturados a título de êxito e esses forem proporcionais ao resultado estimado;**
- g) quando o valor de êxito não significar sobrepreço ou ganhos excessivos e desproporcionais ao objeto.**

A base para a possibilidade desse tipo de remuneração variável, como o próprio Art. 144 indica, está sobre metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital e no contrato.

O pagamento poderá ser ajustado em base percentual **sobre o valor economizado em determinada despesa** quando o objeto do contrato visar à implantação de processo de racionalização, hipótese em que as despesas correrão à conta dos mesmos créditos orçamentários, na forma de regulamentação específica (§1º).

Além disso, a utilização dessa remuneração será motivada e **respeitará o limite orçamentário** fixado pela Administração Pública para a contratação (§2º).

Da nulidade dos contratos (arts. 147 a 150)

Em outros tempos normativos, a única concepção que se tinha, fruto de um formalismo mais exacerbado e menos focado em efetividade, era a de se produzir a anulação de todo e qualquer ato – inclusive contratos – que estivesse marcado por alguma ilegalidade.

De solução única, o tema foi evoluindo para aceitar hipóteses de **convalidação de atos** que, por terem uma escala reduzida de contaminação sobre o completo e total objeto contratual, poderiam se ver remediados de alguma forma.

Exemplos disso são: a chancela pela autoridade competente de eventuais atos praticados por quem não tinha poderes para agir ou decidir; o decurso do tempo sobre situações que se tornaram consolidadas ou que, por outras vias, acabaram realizando o objetivo pretendido; a inconformidade de atos não essenciais; a inconformidade de atos que não tenham tido interferência sobre o resultado principal ou que não tenham causado prejuízo.

A todas essas hipóteses de convalidação, os órgãos de controle e o Poder Judiciário foram permitindo sobrevivência fática em razão da menor potencialidade lesiva.

Depois disso, os mecanismos legais e de controle foram evoluindo para aceitar **termos de ajustamento de conduta e regulação responsiva**, de forma que, mesmo reconhecendo alguma inconformidade de ação, a rota dos comportamentos se via ajustada para as ações futuras, preservando, quando possível, as licitações e os contratos respectivos.

Com o passar do tempo, a vivência do princípio da eficiência, o foco sobre os bons resultados e o endireitamento dos comportamentos públicos como nuances de boa governança inspiraram que se aumentasse o espaço de consensualidade e ajustamento nas relações contratuais da Administração Pública.

Afinal de contas, interessa a obtenção do resultado contratado, já que esse interfere ou se relaciona diretamente com a sociedade e com a vivência de seus direitos fundamentais.

Por isso a NLLC abraçou uma concepção mais evoluída do que se deva, efetivamente, anular ou do que é possível ajustar, ter efeitos modulados, ter o início da validade da nulidade ressalvada e outras questões.

Para isso, convém conhecer o teor do Art. 147, em que é dito que, constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato **somente será adotada** na hipótese em que se revelar medida de interesse público.

ATENÇÃO:

Aspectos que podem ser avaliados, entre outros, para o aproveitamento do contrato:

a) impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

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

- c) motivação social e ambiental do contrato;**
- d) custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;**
- e) despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;**
- f) despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;**
- g) medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;**
- h) custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;**
- i) fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;**
- j) custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;**
- k) custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.**

Esses fatores, assim como outros correlatos e similares, se mostram perfeitamente amoldados ao que está previsto na LINDB, que obriga a Administração Pública a sopesar, nas suas escolhas de “interesse público”, quais são as consequências fáticas, práticas e jurídicas do decidir, inclusive de sopesar eventuais medidas alternativas e soluções possíveis (Arts. 20 e 21).

Por conta disso, a NLLC previu que, caso a paralisação ou a anulação não se revele medida de interesse público, o poder público poderá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis (Art. 147, parágrafo único).

Daí que a declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, exigindo uma decisão refletida e inevitavelmente escolhida pela Administração Pública (Art. 148).

Além disso, ao definir pela nulidade, a Administração Pública terá de estabelecer como se darão os **efeitos da nulidade e a partir de quando serão contados**.

Como regra, a nulidade opera efeitos retroativamente (Art. 148), “impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos”, embora permaneça devido ao contratado tudo quanto já tenha sido executado e as parcelas incontestadas (assim como era previsto no parágrafo único do Art. 59 da Lei nº 8.666/93).

Como dito no Art. 149 da NLLC, a nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for de-

clarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe sejam imputáveis, e será promovida a responsabilização de quem tenha lhes dado causa.

É a aceitação do princípio do **não enriquecimento sem causa** à Administração Pública.

Some-se a isso que, para um número considerável de situações, a solução ideal pode ser, em lugar de efeitos retroativos, **modular os efeitos** para que passem a vigorar a partir de outro momento.

Por isso a NLLC previu que, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá a Administração Pública decidir que ela só **tenha eficácia em momento futuro**, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 meses, prorrogável uma única vez (Art. 148, §2º).

Com isso se evitam contratos emergenciais-tampões (muitas vezes sujeitos a preços mais elevados) e se planeja adequadamente a substituição pela próxima relação contratual.

Para além disso, a NLLC também previu que, nos casos em que não for possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis.

Afinal, a base da declaração de nulidade é a ocorrência de atos (ou omissões) ilegais, devendo a ilegalidade ser objeto de apuração da autoria e responsabilidade (Art. 148, §1º).

Por último, ainda nesse capítulo e tendente a prever as responsabilizações necessárias, a NLLC previu, em seu Art. 150, que nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.

Dos meios alternativos de resolução de controvérsias (arts. 151 a 154)

Esse é mais um capítulo em que a NLLC abraçou uma franca evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial havida ao longo dos últimos anos.

A previsão não tem correspondência na Lei nº 8.666/93. Afinal de contas, a primeira legislação específica sobre arbitragem no Brasil somente veio em 1996 (Lei federal nº 9.307).

Àquele tempo, no entanto, inúmeros eram os questionamentos se seria possível à Administração Pública fazer uso dessa e se poderia transigir sobre seus direitos, com franca cultura do pensamento de indisponibilidade de todo e qualquer interesse público.

Apenas posteriormente se evoluiu à compreensão de que parte dos direitos e vivências da Administração Pública é transacionável, especialmente a que diz respeito às suas relações contratuais.

A próxima relevante legislação sobre o assunto foi a Lei federal nº 13.129/15, que acrescentou o §1º ao Art. 1º da Lei nº 9.307/96 para dispor que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, findando a discussão de que a arbitragem é possível.

Para além dessa hipótese, também se evoluiu para aceitar outras formas de resolução de controvérsias, permitindo conciliação, mediação e transação, tanto para dirimir conflitos quanto para prevenir disputas administrativas e judiciais, inclusive com a Lei federal nº 13.140/15.

Posteriormente, veio a Lei nº 13.655/18, que possibilitou o espaço de consensualidade à Administração Pública de forma ainda mais ampla ao modificar a LINDB e prever, em seu Art. 26, caput e §1º, inc. I, que “para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, a autoridade administrativa poderá celebrar compromisso com os interessados, a fim de buscar solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais”.

Chega-se, então, ao que está dito na NLLC, selando serem possíveis diversos meios alternativos de resolução de controvérsias, inclusive preventivos, notadamente conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e arbitragem (Art. 151).

Essas medidas servem para direitos patrimoniais disponíveis, assim como para questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações (Art. 151, parágrafo único).

Nos casos em que os editais e contratos não tiverem previsto essas possibilidades, é possível permiti-lo através de termos aditivos (Art. 153).

Nesses procedimentos é importante atentar para os princípios da publicidade e da transparência, bem como para a forma objetiva, técnica e isonômica de escolha de árbitros e membros.

O primeiro passo está dado: os temas não precisam ser, necessariamente, judicializados, havendo espaço para outros tipos de ajuste, o que pode reduzir o tempo de decisão e o custo de submissão a decisão de terceiros.



Tomo 7
Sanções por
infrações à
NLLC

As ações ou omissões praticadas durante o processo licitatório ou a execução do contrato poderão gerar consequências aos infratores tanto na esfera administrativa quanto na judicial.

Entenda o conjunto de consequências que um único fato pode gerar:

TIPO DE SANÇÃO	TIPO DE PROCESSO	LEI DE REGÊNCIA
Administrativa	Processo administrativo punitivo (PAP)	NLLC – Art. 156
Anticorrupção	Processo administrativo de responsabilização (PAR)	Lei Anticorrupção – Art. 8º e seguintes da Lei federal nº 12.846/13
Anticorrupção	Processo judicial	Lei Anticorrupção – Art. 18 e seguintes da Lei federal nº 12.846/13
Improbidade	Processo judicial	Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92 (com as alterações feitas pela Lei nº 14.230/21)
Criminal	Ação penal	Código Penal – Capítulo XI – Art. 357-E e seguintes (a partir da redação da NLLC)

É possível que mais de uma sanção decorra de um mesmo fato. Assim, uma mesma conduta poderá provocar multa e advertência, por exemplo.

Mas, mesmo que seja possível mais de uma sanção pelo mesmo fato, é importante verificar se não está a ocorrer bis in idem.

O bis in idem se materializa se, diante de uma situação, a mesma esfera – administrativa ou judicial – pretende exercer duplo juízo, proveniente de autoridades distintas em momentos diversos.

Infrações e sanções administrativas

As responsabilizações previstas na NLLC são as seguintes:

HIPÓTESE	ADVERTÊNCIA¹	MULTA²	IMPEDIMENTO DO DIREITO DE LICITAR E CONTRATAR³	INIDONEIDADE⁴
Dar causa à inexecução parcial do contrato	X	X	X	X (se necessária pena mais grave)

Dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo		X	X	X (se necessária pena mais grave)
Dar causa à inexecução total do contrato		X	X	X (se necessária pena mais grave)
Deixar de entregar a documentação exigida para o certame		X	X	
Não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado		X	X	
Não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta		X	X	X (se necessária pena mais grave)
Ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado		X		X (se necessária pena mais grave)
Apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato		X		X
Fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato		X		X
Comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza		X		X
Praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação		X		X
Praticar ato lesivo previsto na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13)		X		X

1. Se não se justificar, a pena é mais grave.
2. Multa calculada na forma do edital ou contrato, entre 0,5% e 30% do valor do contrato.
3. Se não se justificar, a pena é mais grave. Pena máxima de 3 anos.
4. Pelo prazo de 3 a 6 anos.

As penas aplicáveis aos contratados e licitantes são advertência, multa, impedimento de licitar e contratar, e declaração de inidoneidade. Não se fala mais em suspensão temporária de licitar.

Mas as hipóteses, a forma como se processa, os limites e os alcances sofreram algumas alterações.

Entre as principais alterações, podem ser listadas as seguintes:

a) A lei anterior não dava parâmetros de como fixar a pena. A NLLC agora deu, ainda que de forma insatisfatória, um norte para isso.

Primeiro porque arrola as condutas e diz qual a sanção, em princípio, a ser aplicada.

Assim, a regra é aplicar a sanção já prevista para a infração realizada, esvaziando a discricionariedade.

Mas há situações em que, embora se indique uma sanção, a lei admite que se aplique uma penalidade mais grave. **Entendemos que o edital/contrato deve já antecipar essas situações em que se aplicam punições mais graves.**

Importante estar atento a isso quando da licitação e pensar em impugnação se as informações não estiverem presentes.

A autoridade competente vai levar em conta a natureza e a gravidade da infração cometida, as peculiaridades do caso concreto, as circunstâncias agravantes ou atenuantes, os danos para a Administração que dela provierem e a implantação ou o aperfeiçoamento de programas de integridade.

Obs.: apesar de a lei falar em natureza e gravidade como balizas para a aplicação da sanção, ela não é clara em como isso se operará. A empresa deve ficar atenta ao que consta dos §§ 4º e 5º do Art. 156 da NLLC.

b) Também foi explicado que não cabe qualquer sanção para qualquer caso (vide quadro anterior para avaliar que tipo de pena se aplica adequadamente a cada infração).

c) A autoridade pode reter pagamentos em caso de apurações; o valor do pagamento retido será utilizado para arcar com eventual multa e indenizações cabíveis. Se esse valor não for suficiente para pagar multa e indenizações, será acionada a garantia contratual.

d) A aplicação das penas acima descritas não significa que o contratado não tenha de arcar também com o valor da reparação integral do dano que tenha causado à Administração.

e) A extensão das sanções de impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar consta, agora, expressamente na lei, no sentido de que a sanção de impedimento se restringe à Administração Direta e Indireta do ente federativo que aplicou tal sanção e, no caso da declaração de inidoneidade, esta valerá para a Administração Pública Direta e Indireta de todos os entes federativos (§§ 4º e 5º do Art. 156 da NLLC).

A consideração, para aplicação das sanções, do programa de integridade confere força a esse instrumento, há muito utilizado em outras ordens jurídicas, com destaque para o direito estadunidense.

Processo administrativo punitivo

Para apurar infrações e aplicar penas ao contratado ou ao licitante, é obrigação da autoridade abrir processo administrativo no qual se garantam os direitos de contraditório e ampla defesa.

Por isso, para qualquer acusação que se levantar, deverá ser permitido ao processado:

- a) Conhecer toda a documentação e a acusação a seu respeito;
- b) Ter prazo para apresentar defesa;
- c) Produzir qualquer tipo de prova admitida em Direito (documental, testemunhal, pericial, vistoria em local ou coisa), com o direito de que seja ouvida em audiência.

Veja comentários a respeito disso logo abaixo neste Tomo.

- d) Recorrer (ou pedir reconsideração) da decisão final que for concedida;
- e) Ter prazo para manifestações no processo;
- f) Ser intimado para se manifestar nos andamentos do processo.

A NLLC também evoluiu nesse capítulo e fixou algumas regras especiais sobre esses processos. Por exemplo:

- a) No caso do processo inaugurado com pretensão de pena de multa, impedimento ou inidoneidade, o prazo de defesa é de 15 dias úteis.

Obs.: não há referência ao prazo para os casos de advertência, mas é fato que deve haver prazo – se não houver nenhum fixado em edital ou contrato, pode ser aplicado por analogia o prazo de 15 dias úteis.

A empresa pode reclamar caso não seja oportunizado prazo de defesa mesmo para casos de advertência, utilizando a Constituição da República (Art. 5º, inc. LV).

- b) No caso do processo inaugurado com pretensão de penas de impedimento e inidoneidade, o processo administrativo deve ser conduzido por uma comissão formada por 2 ou mais servidores estáveis (ou empregados com pelo menos 3 anos de tempo de serviço no órgão).

- c) Após a produção das provas no processo, o processado tem direito ao prazo de 15 dias úteis para alegações finais.

Obs.: a NLLC previu processo, o que traz em si a ideia de produção de provas, apenas para casos de impedimento/inidoneidade.

Para a multa, a Lei previu apenas prazo para defesa.

Mas as empresas podem reclamar o direito de produzir provas mesmo no caso de multa, usando a Constituição da República a seu favor (Art. 5º, inc. LV).

- d) Provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou pedidas fora do prazo podem ser indeferidas pela comissão.

Obs.: os pedidos de produção de prova devem ser bem formulados para dificultar a rejeição e ajudar em eventual ação judicial para fins de nulificação da sanção.

- e) Esse processo punitivo tem que ocorrer em até 5 anos da ciência da infração pela Administração, sob pena de prescrição (a partir da qual não se pode mais apurar o caso na via administrativa).

Esse prazo é interrompido com a instauração do processo (começa então a contar do zero, ou seja, há prazo de mais 5 anos para a conclusão das investigações) ou suspenso se houver acordo de leniência (acordo firmado nos casos da Lei Anticorrupção) ou suspensão do trâmite por ordem judicial.

- f) Poderá haver desconsideração da personalidade jurídica para atingimento dos bens dos sócios e administradores em algumas hipóteses específicas de abuso, dissimulação ou fraude. Ou seja, a regra não é que apenas os bens da empresa sejam atingidos. O mesmo se aplica para atingir patrimônio da pessoa jurídica sucessora ou empresa do grupo econômico;

A BRASINFRA se coloca contra a prática de atos que caracterizam abuso de poder de qualquer ordem. Em atenção a isso, é importante lembrar que a desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional e somente será possível diante de prova cabal da sua indispensabilidade.

g) Haverá registro das penalidades no CEIS (Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas) e no CNEP (Cadastro Nacional de Empresas Punidas).

h) O conjunto de punições constantes desses registros poderá gerar consequências outras, conforme regulamento que será expedido na seara federal.

Sanções de natureza penal

Houve substancial alteração das previsões de natureza penal a respeito de licitações e contratos. De forma mais geral, observa-se um recrudescimento da reação estatal aos crimes.

a) **houve recrudescimento da maioria das penas previstas** (como ficará visível no quadro abaixo, apenas duas hipóteses continuaram com as mesmas penas), mas, **além do aumento de quantidades mínimas e máximas aplicáveis aos casos, esse recrudescimento significou a perda da aplicação de alguns benefícios;**

b) penas máximas que passaram a ser superiores a 2 anos significaram a remessa dos casos não mais aos Juizados Especiais, mas às varas penais das Justiças Estaduais ou Federais (Art. 61 da Lei federal nº 9.099/95 c/c Art. 2º da Lei federal nº 10.259/01);

c) duas das questões relevantes nessa mudança são que os casos sujeitos aos Juizados Especiais não devem ter aplicação de penas de prisão (Art. 62 da Lei federal nº 9.099/95 e Regras de Tóquio) e somente nesses é possível realizar transação para a evitação do processo penal (transação é a aplicação imediata de penas restritivas de direito ou multas que impedem a existência do processo e não geram reincidência, conforme Art. 76 da Lei federal nº 9.099/95);

d) para os crimes com pena mínima inferior a 4 anos ainda é possível haver o acordo de não persecução penal previsto na Lei do Pacote Anticrime (que trouxe o Art. 28-A ao Código Penal). Várias hipóteses previstas no quadro abaixo têm pena mínima exatamente igual a 4 anos e, portanto, para essas já não será mais possível esse acordo. Também não será possível acordo quando o somatório de penas mínimas (mais de um crime imputado) ultrapassar esse número;

e) para os crimes que deixaram de ter pena mínima prevista inferior a 1 ano, também se perdeu a possibilidade de haver suspensão condicional do processo (benefício concedido a réus para que, se durante o prazo da suspensão de 2 a 4 anos forem cumpridas as condições propostas, não haja condenação e/ou reincidência, nos termos do Art. 89 da Lei federal nº 9.099/95);

f) para os casos em que houver aplicação de pena superior a 4 anos, para crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, não será possível converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, sendo obrigatória a prisão (Art. 44, inc. I, do Código Penal);

g) além disso, a pena de multa anteriormente era prevista para oscilar entre 2% e 5% da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente, passando agora para o valor mínimo de 2% do valor do contrato (sem previsão de valor máximo).

A incidência desse percentual, agora sobre o valor do contrato, é potencialmente mais alta. Portanto, até na pena de multa houve claro recrudescimento na NLLC;

h) em qualquer hipótese prevista na NLLC sobre sanções de natureza penal, é indispensável recordar que não existe a possibilidade de processamento ou condenação por práticas que não sejam de natureza dolosa (dolo esse que dependerá de prova no processo). Entenda-se dolo como situação em que o agente quis o resultado (dolo direto) ou assumiu o risco de produzi-lo (dolo eventual), nos termos do Art. 18 do Código Penal.

A aplicação dessas sanções não se dá na seara administrativa, apenas na seara judicial, por ação penal de iniciativa do Ministério Público.

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
<p>Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:</p> <p>Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público ⁵.</p>	<p>Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:</p> <p>Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.</p>
<p>Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.</p>	<p>Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:</p> <p>Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.</p>
<p>Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:</p> <p>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p>	<p>Art. 337-G. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:</p> <p>Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.</p>
<p>Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor</p>	<p>Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado,</p>

5. As figuras de “concurso de pessoas” não estão tratadas na coluna referente à NLLC porque houve a determinação de que os novos tipos penais sejam parte integrante do Código Penal. E, por isso, aplicam-se às novas sanções a regra geral do Art. 29 do Código Penal, ou seja, “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

<p>do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.</p>	<p>durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade:</p> <p>Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.</p>
<p>Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:</p> <p>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p>	<p>Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório:</p> <p>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.</p>
<p>Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.</p>	<p>Art. 337-J. Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa.</p>
<p>Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.</p> <p>Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.</p>	<p>Art. 337-K. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:</p> <p>Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.</p> <p>Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.</p>
<p>Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:</p> <p>I - elevando arbitrariamente os preços;</p> <p>II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;</p> <p>III - entregando uma mercadoria por outra;</p> <p>IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;</p>	<p>Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:</p> <p>I - entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;</p> <p>II - fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;</p>

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

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

III - entrega de uma mercadoria por outra;

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

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

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

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

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

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

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

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

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

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

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

Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito:

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

Art. 337-N. Obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito:

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

Sem previsão correlata (hipótese poderia ser enquadrada em outros tipos penais, dependendo do caso concreto).

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

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

§1º. Consideram-se condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo

licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos.

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



**Tomo 8:
Contratações
diretas pela
administração**

ANLLC preserva a possibilidade de contratação direta por meio de dispensa nos casos taxativamente enumerados na lei; e de inexigibilidade sempre que houver inviabilidade de competição.

Neste Tomo vamos avaliar as hipóteses de inexigibilidade e de dispensa consideradas mais relevantes para o setor e as exigências legais para que a contratação ocorra de forma regular.

Processo de contratação direta

O primeiro ponto a ser destacado é que o fato de haver uma contratação sem fase de disputa após a publicação de um edital não significa que não exista um processo licitatório no sentido amplo da expressão.

Isso porque a “fase preparatória” continua importante. Claro que, em situações especiais como as de emergência/calamidade pública, o dever de solucionar de forma rápida a demanda afeta a preparação da contratação.

A NLLC procurou definir o que, no mínimo, deverá estar contido nesse processo. Destacamos as regras do Art. 72:

a) formalização da demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo.

Destaca-se a expressão “se for o caso”, que revela que os documentos mencionados depois dela não serão sempre exigidos no processo de contratação direta.

Não se pode afirmar de antemão e de forma segura quando, por exemplo, a análise de riscos seria dispensável, mas imaginamos que ela pode não fazer sentido como algo obrigatório em contratações de baixo valor.

b) estimativa da despesa, calculada nos termos da lei.

Importante considerar que a forma de estimar a despesa nos casos de contratação direta continua regulada pelo Art. 23, que é o utilizado nos casos de contratação precedida de licitação.

A exceção à métrica do Art. 23 foi prevista no §4º do referido artigo, para casos em que as balizas não se mostram adequadas.

Nessas circunstâncias, deve se comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração ou por outro meio idôneo.

A respeito do Art. 23, sugerimos conferir o Tomo 3.

c) parecer jurídico e pareceres técnicos que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos.

Destacamos que a AGU possui entendimento (ON nº 46/2014) que afasta a necessidade de parecer jurídico quando o valor se encaixar nos limites dos incs. I e II do atual Art. 24 da Lei nº 8.666/93 – atuais incs. I e II do Art. 75 –, bem como nos casos de inexigibilidade cujos valores estiverem situados nesses mesmos intervalos.

A tendência é que se admita a sobrevivência de regras desse porte na esfera federal e em outros entes.

d) demonstração de suficiência orçamentária.

Importante lembrar que o Art. 150 estabelece que nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa. A respeito do tema, sugerimos conferir o Tomo 4.

e) comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária.

O Art. 70, inc. III, admite seja dispensada a documentação da habilitação, total ou parcialmente, por exemplo nos casos de contratação em valores inferiores a 1/4 do limite para dispensa de licitação e nos casos de contratações de produtos voltados à pesquisa e ao desenvolvimento até o valor de R\$ 300.000,00 (hipótese de dispensa que pode interessar ao setor, como se verá abaixo).

f) razão da escolha do contratado.

Este é um ponto sensível. Importante que a justificativa esteja nos autos sob pena de questionamento.

Há alguns parâmetros, inclusive ligados aos princípios que devem conduzir o gestor, que precisam ser observados.

Além disso, realçamos a regra específica voltada às contratações diretas de baixo valor, que será abordada neste Tomo mais adiante.

g) justificativa do preço.

Há hipóteses de contratação direta em que a justificativa do preço poderá derivar de uma disputa simplificada (casos de contratos de valor baixo, segundo os incs. I e II combinados com o §3º do mesmo Art. 75).

Há situações em que o valor usualmente praticado pelo contratado será a referência (casos de serviços realizados por profissional de notória especialização).

h) autorização da autoridade competente.

Não mais se fala em ratificação, como preconiza o Art. 26 da Lei nº 8.666/93.

i) publicação do ato autorizativo da contratação ou extrato decorrente do contrato no sítio eletrônico oficial da entidade contratante e ali mantido à disposição do público interessado.

Apesar de se mencionar apenas o sítio eletrônico oficial, que é individual de cada ente federativo, os contratos realizados sem licitação também devem ser publicados no PNCP, diante do Art. 94, inc. II, para que tenham eficácia.

Sugerimos atenção a esse ponto e remetemos o leitor ao Tomo 1, no qual a matéria foi tratada.

Aconselhamos verificar o processo antes da contratação a fim de apurar se as etapas foram efetiva e satisfatoriamente cumpridas.

Nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, e enquanto ainda vigente a Lei nº 8.666/93 (que deixará de vigor dois anos após a publicação da nova lei), o gestor público deverá definir expressamente a lei aplicável à contratação: a NLLC ou a lei antiga.

Da responsabilidade do agente público (art. 73)

O Art. 73 da NLLC estabelece que, “na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis”.

Essa previsão de responsabilização não encontrava correspondência na Lei nº 8.666/93, o que, todavia, não impedia houvesse a responsabilização por outros dispositivos legais, seja por caracterizar infração disciplinar, seja por constituir hipótese de improbidade administrativa (na Lei federal nº 8.429/92) ou até por constituir crime (na própria Lei nº 8.666/93 e em tipos subsidiários).

No que tange à hipótese de improbidade administrativa, é bom destacar que houve alteração legislativa expressiva em 2021 (pela Lei federal nº 14.230) que eliminou a possibilidade de responsabilização baseada na culpa.

A partir da alteração legal, apenas atos dolosos podem ensejar a responsabilização por improbidade.

Inexigibilidade (art. 74)

A inexigibilidade da licitação, tanto na Lei nº 8.666/93 quanto na NLLC, aplica-se quando inviável a competição.

As hipóteses do Art. 25 da lei anterior e do Art. 74 da nova constam de rol **exemplificativo**, pelo que outras situações podem autorizar a contratação direta com base na “inviabilidade de competição”.

A NLLC manteve a possibilidade de contratação direta, por inexigibilidade, para os serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização.

A lista dos serviços que admitem a contratação direta com o fundamento da notória especialização deve ser considerada exemplificativa, a despeito da redação do inc. III do Art. 74.

Isso porque pode haver outro caso em que se reconheça presente a ideia de inviabilidade de competição, como previsto no caput desse artigo.

Todo modo, estão incluídos na lista os seguintes serviços que interessam ao setor (Art. 74, inc. III, alíneas “a”, “d” e “h”, respectivamente):

- 1) planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
- 2) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- 3) contratação de serviços de “controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia”.

Atenção: não há, na literalidade da regra, a previsão de que os referidos serviços tenham como característica a “singularidade” para que se viabilize essa hipótese de contratação.

Nos casos dos serviços contratados por inexigibilidade, diante do entendimento de que a situação exige profissional de notória especialização, é expressamente vedada a subcontratação (Art. 74, §4º, da NLLC).

Desse modo, no ponto que interessa ao tema inexigibilidade de licitação para obras e serviços de engenharia, temos os seguintes destaques:

Lei nº 8.666/93	Lei nº 14.133/2021
Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:	Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:
II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;	III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:
Art. 13. I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;	a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
Art. 13. IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;	d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
Sem previsão correlata	h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;
Sem previsão correlata	§4º Nas contratações com fundamento no inciso III do caput deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

É importante destacar que a hipótese do credenciamento, prevista no Art. 79 e nos seguintes da NLLC, também é tida como de inexigibilidade, pois não se discute competição entre as que serão efetivamente contratadas pela Administração Pública.

Remetemos o leitor ao estudo dessa hipótese no Tomo 9.

Dispensa (art. 75)

A dispensa de licitação se aplica às hipóteses excepcionais previstas em lei, que estão dispostas em rol exaustivo também na NLLC, como ocorrera na lei anterior.

A dispensa de licitação é um dos institutos que sofreu modificações substanciais com a NLLC, encontrando-se prevista no Art. 75 e em seus incisos.

Essa lista sofreu alterações, desde o aumento do rigor de hipóteses existentes até a criação de outras.

Abaixo faremos destaque a algumas dessas hipóteses.

Dispensa em razão do valor (art. 75, incs. I e II)

A NLLC aumentou o teto máximo de obras e serviços de engenharia passíveis de serem contratados sem licitação.

Curiosamente, o legislador utiliza a expressão “inferior a” R\$ 100.000,00 para tratar do limite para obras e serviços de engenharia. Na Lei nº 8.666/93, usa-se a expressão “até”.

Então, há entendimento segundo o qual as obras e os serviços de engenharia não poderão chegar a R\$ 100.000,00, mas terão teto máximo de R\$ 99.999,99 para fins dessa modalidade de dispensa.

Esses valores serão duplicados para obras e serviços contratados por **consórcio público** (não importa o número de entes federados que o componham) ou por autarquia ou fundação qualificadas como **agências executivas** na forma da lei (Art. 75, § 2º).

Importante destacar, conforme previsto no Art. 182 da NLLC, que o Poder Executivo Federal atualizará, a cada dia 1º de janeiro, pelo IPCA-E ou por índice que venha a substituí-lo, os valores fixados na lei, os quais serão divulgados no PNCP.

Essa dispensa demandará que se observem as seguintes regras dispostas nos §§1º a 4º do mesmo artigo:

a) a aferição do valor será obtida do somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora e de tudo quanto for adquirido de objetos de mesma natureza (ou seja, decorrentes do mesmo ramo de atividade);

b) essas contratações serão, preferencialmente, precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 dias úteis, para conhecimento dos interessados e obtenção de eventuais outras propostas;

c) essas contratações serão, preferencialmente, pagas por meio de cartão de pagamento, cujo extrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público no PNCP. Não há obrigatoriedade de uso do cartão.

Importante destacar que já existe regulamentação para as dispensas eletrônicas, incluídas aqui as atinentes a obras e serviços de engenharia. É a **Instrução Normativa nº 67/2021** da SEGES.

Remetemos o leitor a esse texto a fim de conhecer as normas previstas para:

a) funcionamento do sistema;

b) hipóteses de uso e enquadramento;

- c) procedimento de utilização;
- d) obrigações das partes envolvidas;
- e) toda a tramitação até a formalização do contrato;
- f) eventuais sanções aplicáveis.

Essa IN será utilizada tanto para as dispensas do órgão federal quanto por aqueles que usem recursos públicos federais.

Outra hipótese que diz respeito a valor é a de contratações que tenham por objeto produtos para pesquisa e desenvolvimento, limitada a contratação, no caso de obras e serviços de engenharia, a R\$ 300.000,00.

Dispensa em razão de licitação deserta ou fracassada (art. 75, inc. III)

Ainda é possível a contratação sem novo processo licitatório nos casos de licitações desertas (em que não houve interessados) ou fracassadas (em que não houve vencedores), mas a disposição muda na NLLC.

A primeira mudança é não mais se exigir prova de prejuízo na repetição de processo licitatório, trocando-se essa condição pela de a licitação deserta ter sido realizada menos de um ano antes da dispensa que se pretende realizar.

A segunda mudança é quanto à licitação fracassada, entendida como a situação em que as propostas apresentadas consignam preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes.

Embora essa também seja uma hipótese de dispensa se realizada menos de um ano depois da tentativa anterior, é importante destacar que a NLLC permitiu que, antes de encerrar o processo licitatório em que apresentadas as propostas repudiadas, é possível uma nova rodada de negociações visando a obter o preço adequado.

Conforme previsto no Art. 61 (caput e §1º), a Administração pode negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado assim que definido o resultado do julgamento e pode realizar essa mesma negociação com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação, quando o 1º colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado em razão de sua proposta permanecer acima do preço máximo definido pela Administração.

Dispensa em razão da inclusão da contratação de obras em acordo internacional (art. 75, inc. IV, alínea “b”)

A NLLC previu a possibilidade, ainda, de dispensa para contratação de serviços ou **obras** nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para a Administração.

A inovação foi a inclusão **de obras** nessa lista de possibilidades.

Dispensa em razão de pesquisa e desenvolvimento (art. 75, inc. IV, alínea “c”)

A aquisição de produtos para pesquisa e desenvolvimento foi mantida na NLLC com o mesmo valor-limite no caso de obras e serviços de engenharia, ou seja, R\$ 300.000,00.

É importante atentar que o §5º do Art. 75 da NLLC previu que essa dispensa seguirá os procedimentos estabelecidos em regulamentação específica.

Até a edição deste tomo não ocorrera a edição do normativo, ao menos na esfera federal, sendo relevante acompanhar essa edição para utilização da hipótese.

Dispensa em razão de emergência ou calamidade pública (art. 75, inc. VIII)

Esse é um tópico que sofreu sensível alteração, em parte considerando a jurisprudência evolutiva acerca do tema.

A primeira grande alteração é o prazo desses contratos emergenciais. Se na lei anterior estava limitado a 180 dias, a NLLC previu a possibilidade de o contrato ser realizado por até 1 ano, “contado da data da ocorrência da emergência ou calamidade”.

Assim, a NLLC considerou que a Administração pode, a contar dessa ocorrência, planejar, licitar e contratar normalmente se a situação trazida se mostrar duradoura.

Se, contudo, o prazo não for suficiente, a segunda grande alteração trazida é que, para além de não ser possível (como dantes também já não era) proceder à prorrogação do contrato, não será possível a recontração de empresa já contratada com base no mesmo critério.

Embora não tenha a NLLC dito que é vedada a contratação de empresa contratada em qualquer outro período anterior, o real sentido da regra é evitar que o seja a imediatamente anterior, o que perpetuaria a contratação como se prorrogação fosse.

Além disso, a NLLC definiu o que considera “emergencial”, restringindo o campo de atuação dessa regra excepcional e, ao mesmo tempo, exigindo maior fundamentação por parte da autoridade que a utilizar. Segundo o §6º do Art. 75, emergencial é a contratação realizada “com objetivo de manter a continuidade do serviço público”, o que não se aplica, bem se sabe, a todos os casos havidos sob a égide da lei anterior.

Outra inovação da lei foi ressaltar, embora isso estivesse subentendido, que os agentes públicos que derem causa a uma situação emergencial e levarem à contratação por dispensa poderão vir a ser responsabilizados, devendo a Administração apurar os fatos ensejadores da emergência.

Dispensa para contratação de profissionais para compor comissão de avaliação de critérios técnicos (art. 75, inc. XIII)

Último ponto de destaque está na contratação dos profissionais que comporão Comissão de Avaliação de critérios de técnica quando se tratar de profissional técnico de notória especialização.

Em que pese devesse a contratação de profissional por notória especialização se dar por inexigibilidade, tanto na lei anterior quanto na NLLC, o legislador decidiu por ressaltar a possibilidade no capítulo da dispensa.

Há uma atecnia nessa previsão, pois o caso é de inviabilidade de competição propriamente dita e, assim, de inexigibilidade.

Contudo, o importante é destacar que esse tipo de composição da Comissão poderá ser feito sem que seja necessário o processo licitatório ou eventual credenciamento.

Isso está disposto no Art. 37 da NLLC para os julgamentos por melhor técnica ou técnica e preço, cuja função é a “atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa, de acordo com orientações e limites definidos em edital, considerados a demonstração do conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues”.

Essa comissão, pela lei nesse ponto chamada de “banca”, será composta por, no mínimo, 3 membros, que podem ser servidores efetivos ou empregados do quadro permanente ou, então, “profissionais contratados por conhecimento técnico, experiência ou renome na avaliação dos quesitos especificados em edital, desde que seus trabalhos sejam supervisionados” por membros da própria Administração.

As mudanças em matéria de dispensa

O quadro abaixo traz as diferenças entre as leis:

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
Art. 24. É dispensável a licitação:	Art. 75. É dispensável a licitação:
I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso I do artigo anterior (R\$ 15.000,00), desde que não se refram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;	I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores ;
II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto	II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais),

na alínea “a”, do inciso II do artigo anterior (R\$ 8.000,00) e para alienações , nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;	no caso de outros serviços e compras ;
III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;	VII - nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou de grave perturbação da ordem;
V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;	III - para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano , quando se verificar que naquela licitação: a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas ;
VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços ;	III - para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano , quando se verificar que naquela licitação: b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;
XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;	IV - para contratação que tenha por objeto: a) bens , componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos, a serem adquiridos do fornecedor original desses equipamentos durante o período de garantia técnica, quando essa condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;
XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público;	b) bens, serviços, alienações ou obras , nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para a Administração;
XXI - para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea “b” do inciso I do caput do art. 23 (R\$ 16.000,00) ;	c) produtos para pesquisa e desenvolvimento, limitada a contratação, no caso de obras e serviços de engenharia, ao valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais);
XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia	d) transferência de tecnologia ou licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, nas contratações realizadas por

<p>e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida;</p>	<p>instituição científica, tecnológica e de inovação (ICT) pública ou por agência de fomento, desde que demonstrada vantagem para a Administração;</p>
<p>XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;</p>	<p>e) hortifrutigranjeiros, pães e outros gêneros perecíveis, no período necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, hipótese em que a contratação será realizada diretamente com base no preço do dia;</p>
<p>XXVIII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão;</p>	<p>f) bens ou serviços produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional;</p>
<p>XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;</p>	<p>g) materiais de uso das Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante autorização por ato do comandante da força militar;</p>
<p>XXIX - na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força;</p>	<p>h) bens e serviços para atendimento dos contingentes militares das forças singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, hipótese em que a contratação deverá ser justificada quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificada pelo comandante da força militar;</p>
<p>XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei;</p>	<p>i) abastecimento ou suprimento de efetivos militares em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento;</p>
<p>XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo,</p>	<p>j) coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações</p>

<p>efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;</p>	<p>ou cooperativas formadas exclusivamente de pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;</p>
<p>XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade;</p>	<p>k) aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que inerente às finalidades do órgão ou com elas compatível;</p>
<p>Sem previsão correlata.</p>	<p>l) serviços especializados ou aquisição ou locação de equipamentos destinados ao rastreamento e à obtenção de provas previstas nos incs. II e V do caput do Art. 3º da Lei nº 12.850/13, quando houver necessidade justificada de manutenção de sigilo sobre a investigação;</p>
<p>Sem previsão correlata.</p>	<p>m) aquisição de medicamentos destinados exclusivamente ao tratamento de doenças raras definidas pelo Ministério da Saúde;</p>
<p>XXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3o, 4o, 5o e 20 da Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes;</p>	<p>V - para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos Arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973/04, observados os princípios gerais de contratação constantes da referida Lei;</p>
<p>IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;</p>	<p>VI - para contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios;</p>
<p>IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;</p>	<p>VIII - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;</p>

<p>VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;</p>	<p>IX - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;</p>
<p>VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;</p>	<p>X - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;</p>
<p>XXVI - na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;</p>	<p>XI - para celebração de contrato de programa com ente federativo ou com entidade de sua Administração Pública indireta que envolva prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizados em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;</p>
<p>XXXII - na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, no âmbito da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica;</p>	<p>XII - para contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição desses produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia;</p>
<p>Sem previsão correlata.</p>	<p>XIII - para contratação de profissionais para compor a comissão de avaliação de critérios de técnica, quando se tratar de profissional técnico de notória especialização;</p>
<p>XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;</p>	<p>XIV - para contratação de associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgão ou entidade da Administração Pública, para a prestação de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado e os serviços contratados sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência;</p>
<p>XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;</p>	<p>XV - para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o</p>

<p>XXXIV - para a aquisição por pessoa jurídica de direito público interno de insumos estratégicos para a saúde produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, nos termos do inciso XXXII deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;</p>	<p>contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos;</p> <p>XVI - para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da Administração Pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, nos termos do inciso XII do caput deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à entrada em vigor desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.</p>
<p>X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;</p>	<p>Hipótese agora lançada, corretamente, como de inexigibilidade.</p>
<p>XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;</p>	<p>A convocação em razão de remanescente se dará no processo licitatório anterior e não por novo processo (esse por dispensa).</p> <p>Art. 90. §7º. Será facultada à Administração a convocação dos demais licitantes classificados para a contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento em consequência de rescisão contratual, observados os critérios estabelecidos nos §§2º e 4º deste artigo.</p> <p>Já havíamos comentado em outro Tomo, inclusive, que essa foi a única vez que, por descuido, a NLLC chamou a hipótese de extinção como se de rescisão fosse.</p>
<p>XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que</p>	<p>Sem previsão correlata.</p>

integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;	
XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;	Sem previsão correlata.
XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;	As hipóteses de contratação ou dispensa por essas entidades foram transferidas à Lei nº 13.303/16.
XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão;	Sem previsão correlata.
XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal;	Sem previsão correlata.
XXXIII - na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água;	Sem previsão correlata.
XXXV - para a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública.	Sem previsão correlata.



Tomo 9
Procedimientos
auxiliares

ANLLC trouxe um capítulo próprio para os instrumentos auxiliares. Todos esses mecanismos já existiam no sistema normativo brasileiro, mas não necessariamente na Lei 8.666/93.

O legislador pretendeu uniformizar a disciplina da matéria trazendo para o corpo da lei procedimentos que eram tratados em regulamentos e detalhes para o uso padronizado.

Os procedimentos são os seguintes, conforme o Art. 78:

- a) credenciamento;
- b) pré-qualificação;
- c) procedimento de manifestação de interesse;
- d) sistema de registro de preços;
- e) registro cadastral.

Nos próximos tópicos explicitaremos os principais pontos de cada um, mas importa já trazer aqui alguns lembretes:

- a) os procedimentos auxiliares não são novas modalidades de licitação, mas ferramentas para serem utilizadas em conjunto com essas;
- b) de início já é possível lembrar que o credenciamento se correlaciona às hipóteses de inexigibilidade;
- c) temos procedimentos que se aplicam antes de eventual licitação, como o PMI e a pré-qualificação, e aqueles que se aplicam no processo licitatório propriamente dito.

Credenciamento (art. 79)

O credenciamento já era utilizado antes da NLLC, mas não como uma hipótese especificamente prevista na Lei nº 8.666/93 ou em outra norma. Em verdade, ele se baseava apenas, a partir da construção da doutrina e da jurisprudência, no caput do Art. 25 dessa última.

Isso porque sua raiz é de inviabilidade de competição, não importando à Administração a figura do prestador, senão que a prestação de serviço por todos quanto preenchem as condições mínimas de habilitação. À Administração, na verdade, muito mais irá interessar uma pluralidade de prestadores que ela poderá acionar ou que o cidadão (quando couber a ele a escolha) poderá demandar.

Na NLLC, no entanto, a hipótese passa a ser explicitamente posta, seja para definir seu conceito no Art. 6º, inc. XLIII (“processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados”), seja para definir suas hipóteses no Art. 79:

- a) paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;
 - b) com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;
 - c) em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agentes por meio de processo de licitação.
- As condições de realização dos credenciamentos deverão ser definidas pela Admi-

nistração Pública em regulamento que expedir, mas devem respeitar um núcleo mínimo estabelecido pela NLLC:

a) haverá um edital de chamamento, disponibilizado para conhecimento de todos, inclusive no sítio eletrônico oficial e no PNCP, de forma que qualquer interessado possa participar dele no prazo estabelecido para vigência do cadastramento;

b) se a demanda tiver de ser distribuída entre os credenciados, o edital de chamamento deverá prever critérios objetivos para que isso ocorra que garantam isonomia;

c) todo edital de chamamento deverá prever condições padronizadas de contratação e, à exceção da hipótese de mercados fluidos, por preço que pré-fixar;

d) na hipótese de mercados fluidos, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação, quando será descoberto o melhor preço;

e) o credenciamento não permite, sem autorização da Administração, que se entregue o objeto a cumprimento por terceiros;

f) o contrato poderá ser denunciado (o chamado “descredenciamento”) por qualquer das partes nos prazos que o edital de chamamento definir.

Pré-qualificação (art. 80)

A pré-qualificação encontrava, na Lei nº 8.666/93, previsão expressa, mesmo que tímida em regras.

Àquele tempo previa o Art. 114 que a pré-qualificação seria possível nos casos de concorrência sempre que o objeto da licitação recomendasse análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

Na NLLC a previsão é mais detalhada, prevendo o Art. 80 que:

a) pode ser usada para selecionar licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou licitação vinculada a programas de obras ou serviços objetivamente definidos;

b) pode ser usada para selecionar bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração;

c) no caso de seleção de bens poderá ser exigida comprovação de qualidade;

d) o procedimento ficará permanentemente aberto para a inscrição de interessados durante seu prazo de vigência;

e) pré-qualificados que sejam os fornecedores, as disputas que se seguirem poderão acontecer apenas entre esses (se assim pretender a Administração, o edital já deverá sinalizar aos concorrentes a exclusividade);

f) o edital deverá conter as informações mínimas necessárias para definição do objeto, assim como a previsão de modalidade, forma e critérios de julgamento da licitação que se lhe seguir;

g) a apresentação de documentos será feita perante a Administração Pública, que poderá determinar a correção ou reapresentação desses pelo interessado com vistas à ampliação da competição;

h) os bens e serviços pré-qualificados deverão integrar o catálogo de bens e serviços da Administração;

i) a pré-qualificação poderá ser realizada em grupos ou segmentos, segundo as espe-

cialidades dos fornecedores;

j) a pré-qualificação poderá ser parcial ou total, com alguns ou todos os requisitos técnicos ou de habilitação necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes;

k) quanto ao prazo, a pré-qualificação terá validade de 1 ano, no máximo, que poderá ser atualizada a qualquer tempo; ou não superior ao prazo de validade dos documentos apresentados pelos interessados;

l) os licitantes e bens pré-qualificados serão, obrigatoriamente, divulgados e mantidos à disposição do público.

Procedimento de manifestação de interesse (art. 81)

Este também é um procedimento que já existia em normas anteriores, mas não estava presente na Lei 8.666/93.

Em verdade, o diálogo com a iniciativa privada (do primeiro ao terceiro setor) evoluiu com o tempo, hoje já contando com distintos instrumentos.

Podem ser citados, nesse processo evolutivo, os seguintes elementos na esfera federal, sem prejuízo das diversas previsões existentes nas demais esferas:

LEI Nº 8.987/95 (lei geral de concessões)	ART. 21	Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.
LEI Nº 11.079/04 (lei de PPPs)	ART.3º	As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.
LEI Nº 13.019/14 (marco regulatório do terceiro setor)	ART. 18	É instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse Social como instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria.
DECRETO Nº 8.428/15 (na redação original)	ART. 1º	Este Decreto estabelece o Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a administração pública na estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-

		privada, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso.
DECRETO Nº 8.428/15 (na redação do Decreto nº 10.104/19)	ART. 1º	Este Decreto estabelece o Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a administração pública na estruturação de desestatização de empresa e de contratos de parcerias, nos termos do disposto no §2º do art. 1º da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016.
LEI Nº 13.303/16 (lei das estatais)	ART. 31, §4º	A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas, cabendo a regulamento a definição de suas regras específicas.

A NLLC possibilita a utilização do PMI para diversos tipos de situação que entre si têm como ponto comum a incapacidade da Administração Pública para dizer qual a melhor forma de atendimento à sua demanda. O simples fato de o PMI estar em uma lei geral de licitações e contratos pela primeira vez mostra isso.

A NLLC pretendeu uniformizar as formas de realização em cunho nacional, considerando que, ausente na Lei nº 8.666/93, o PMI era objeto de diversos Decretos.

Percebe-se a falta de previsão expressa quanto à MIP – Manifestação de Interesse Privado – presente em decretos diversos –, o que caracteriza que a iniciativa do procedimento pode advir do privado. Entendemos que a falta de previsão legal não obsta sua ocorrência.

Vejam-se as regras procedimentais já trazidas pela NLLC:

a) o PMI inicia a chamada à iniciativa privada através da publicação de um edital de chamamento público, para que possa aportar estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento;

b) os estudos, investigações, levantamentos e projetos vinculados à contratação e de utilidade para o PMI, que tenham sido realizados pela Administração Pública ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados;

c) o vencedor do PMI deverá ser ressarcido dos dispêndios havidos para participar, conforme especificações no edital;

d) a participação do interessado no PMI não lhe atribui direito de preferência no futuro processo licitatório;

e) a realização do PMI não obriga à realização de licitação futura;

f) a participação dos interessados no PMI não implica, por si só, direito ao ressarcimento de eventuais valores despendidos para sua participação, e a possibilidade de remuneração do vencedor estará definida no edital;

g) a remuneração do vencedor do PMI será paga por quem vier a ser contratado através da licitação futura, vedada a cobrança de valores ao poder público;

h) a aceitação de produtos e serviços em decorrência do PMI dependerá de parecer fundamentado da Administração Pública, com a demonstração de que esses são adequados

e suficientes à compreensão do objeto, de que as premissas adotadas são compatíveis com as reais necessidades do órgão e de que a metodologia proposta é a que propicia maior economia e vantagem entre as demais possíveis;

i) poderá o PMI ser restrito a startups (essas definidas pela própria lei e pormenorizadas no edital) nos casos de pesquisa, desenvolvimento e implementação de novos produtos ou serviços assentados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto, exigindo-se, na seleção definitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração.

Ainda, cumpre lembrar que o PMI não se confunde com o diálogo competitivo do Art. 32 e seguintes da NLLC. Em que pese a existência em ambos de uma etapa similar de diálogo com a iniciativa privada para a construção de soluções que melhor satisfaçam as necessidades da Administração Pública, há diferenças entre eles.

No PMI chega-se à solução antes da licitação. No diálogo competitivo, a solução é encontrada no curso da licitação.

Ademais, o uso do diálogo competitivo é mais restrito e envolve sempre a contratação de objetos com maior complexidade técnica.

Por último, importa destacar que a vivência do PMI comporta desafios, que já vêm sendo enfrentados nos atuais realizados e que já orientaram posicionamentos dos órgãos de controle, em especial do TCU.

Podem ser destacados, por exemplo:

- a) a necessidade de objetiva ponderação do que será ressarcido pelo vencedor;
- b) a necessidade de aumentar o grau de confiança na Administração Pública, que muitas vezes abre PMIs que não vão desembocar em futuras contratações e assim desestimulam a participação da iniciativa privada;
- c) a necessidade de fundamentação adequada e suficiente pela Administração Pública ao selecionar o vencedor, inclusive a partir de uma equipe técnica capacitada e estruturada ao enfrentamento da temática e menos suscetível a fenômenos de captura;
- d) a necessidade de abertura de PMIs que signifiquem efetiva abertura dialógica com a iniciativa privada, possibilitando a construção de soluções onde essa é deveras ouvida.

Sistema de registro de preços (arts. 82 a 86)

A Lei nº 14.133/21 trata o tema de forma diversa quando comparada à sistemática da Lei nº 8.666/93.

Na lei anterior, há poucas regras sobre a matéria, delegando-se a cada esfera de governo adicionar detalhes por meio de regulamentos próprios.

Questões como adesão à ata e intenção para registro de preços, entre outras, não eram objeto de previsão legal.

A União transportou parte das regras federais constantes do seu Decreto nº 7.892/13 para a Lei, o que tem suscitado debates porque se esvaziou o espaço de regulamentação dos entes subnacionais.

A NLLC conceitua 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.

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 os requisitos dos incisos I e II do Art. 85.

A possibilidade de usar SRP para obras e serviços de engenharia consta do Art. 85 da NLLC, desde que atendidos dois requisitos:

- I - existência de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional;
- II - necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado.

Considerando o que consta na Lei e que o uso do SRP em obras e serviços de engenharia é excepcional, os requisitos devem ser entendidos como cumulativos.

A Lei prevê, como se percebe, a existência de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional, para delimitar o uso de SRP para obras e serviços de engenharia. Mas não existem obras sem complexidade técnica, dado que sempre se exige ART – Anotação de Responsabilidade Técnica.

Tal fato basta para sinalizar que toda e qualquer obra, pelas repercussões que provoca e pela exigência de habilitações específicas do profissional que por ela se responsabiliza, envolve sempre complexidade técnica.

A isso se soma o fato de que o próprio legislador não promoveu um recorte entre obras comuns e especiais, definindo apenas obras (Art. 6º, inc. XII).

Pudesse, hipoteticamente, fragmentar as obras em duas categorias, o legislador teria assim realizado, admitindo a existência de obras comuns, que seriam em tese (o que se admite apenas para fins de raciocínio) aquelas que não gozam de complexidade técnica.

Projetos padronizados também não existem de forma absoluta no cenário de obras e serviços de engenharia, dado que um mesmo projeto poderá demandar diferentes soluções.

A NLLC, embora mencione os objetos que podem autorizar o uso de SRP, não detalha as hipóteses de seu cabimento, o que tem chamado a atenção.

No Decreto Federal nº 7.892/13 estão arroladas as hipóteses que permitem seu uso, quais sejam:

- a) quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;
- b) 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;
- c) 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
- d) quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Especificidades da licitação para registro de preços

O edital deve indicar os quantitativos máximos de cada item que poderão ou não ser adquiridos/contratados, já absorvendo as demandas dos entes participantes que tiverem indicado seu interesse via Intenção para Registro de Preços.

A intenção de registro de preços, procedimento utilizado na esfera federal, é alçada a etapa obrigatória para viabilizar a participação de outros órgãos e entidades na licitação conduzida pelo órgão ou entidade gerenciadora.

Assim, o órgão gerenciador, quando está preparando a licitação, comunica aos demais que, se quiserem, podem solicitar o atendimento às suas demandas.

Caso exista interesse dos demais órgãos, que passam a ser chamados de participantes porque participam da licitação, suas demandas serão adicionadas aos montantes do órgão gerenciador.

Essa quantidade final não abrange eventuais adesões (caronas). Ou seja, a quantidade constante do edital, que depois também estará referenciada na ata, considera apenas as pretensões dos órgãos gerenciador e participantes. Os caronas podem surgir depois da licitação concluída e da ata assinada. E não necessariamente haverá sempre a possibilidade de adesão, porque o edital pode vedá-la.

Os signatários da ata de SRP (empresas) não são obrigados a fornecer para o carona. Eles serão consultados a esse respeito pelo órgão gerenciador.

A quantidade máxima para eventual adesão hoje consta da Lei. Copiou-se o referencial do Decreto Federal nº 7.892/13.

Como agora a NLLC define a matéria, os entes subnacionais não podem criar limites mais elásticos. Ou seja, os entes subnacionais não podem aumentar os limites do carona porque agora a matéria é tratada em lei de efeito nacional. Os limites do carona são calculados utilizando-se como base de cálculo a soma das quantidades dos órgãos gerenciador e participantes.

Os órgãos não participantes (caronas) poderão aderir à ata de registro de preços, observadas as exigências previstas nos incisos do §2º do Art. 86 e nos limites descritos nos §4º (50% por adesão calculados sobre a soma das quantidades do órgão gerenciador e dos órgãos participantes) e §5º (a soma das diversas adesões não pode ultrapassar o dobro da soma das quantidades do órgão gerenciador e dos órgãos participantes).

Órgãos e entidades da Administração Pública Federal não podem pedir carona em atas estaduais, distritais e municipais (§8º do Art. 86). A proibição já constava do Decreto Federal nº 7.892/13.

Podem existir vedações no mesmo sentido em outras normas. Assim, por exemplo, para saber se um Estado pode aderir a uma ata de um Município deve ser consultada a legislação do citado Estado.

No caso de transferências voluntárias realizadas pela União para os demais entes da federação, destinadas à execução descentralizada de programa ou projeto federal, poderá ser exigida adesão à ata fruto da licitação realizada pela esfera federal. Neste caso não se aplica o limite previsto no §5º do Art. 86 (a soma das diversas adesões não pode ultrapassar o dobro da soma das quantidades do órgão gerenciador e dos órgãos participantes).

O vencedor signatário da ata está, no prazo de vigência da ata, em princípio, obrigado a atender às demandas dos órgãos gerenciador e participantes, entregando o produto/serviço/obra na quantidade e com a qualidade descritas no edital ou em seus anexos.

A indicação das quantidades precisa ser realizada com seriedade porque os licitantes formatarão suas propostas considerando o cenário integral.

Assim, não pode a Administração Pública de forma irresponsável fixar um quantitativo alto apenas para incentivar propostas mais baixas. Para a fixação dos quantitativos máximos pode-se utilizar como referência a análise do consumo e utilização dos mesmos bens no exercício financeiro ao que antecede a contratação.

As empresas podem solicitar informações sobre como se chegou a determinado quantitativo a fim de avaliar se houve uma atuação séria pela entidade/órgão público.

O legislador delega ao edital também admitir a prática de preços diferentes em razão de circunstâncias que possam justificar uma distinção (Art. 82, inc. III). Locais diversos, por exemplo, justificam preços distintos. Quando a entrega/prestação for ocorrer em locais diversos, o edital deve dividir o objeto realizando licitações em lotes separados.

O edital pode autorizar o licitante a oferecer proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital, o que circunscreverá sua obrigação a tal oferta (Art. 82, inc. IV). A medida visa a amplificar a participação.

O SRP será realizado por meio de pregão ou concorrência (obras). Como critério de seleção, a lei indica o menor preço ou maior desconto (Art. 82, inc. V).

Adotado o menor preço, impõe-se o modo de disputa aberto ou a combinação dos modos fechado e aberto, em respeito ao que estabelece o §1º do Art. 56. Assim, quer se adote o pregão, quer se adote a concorrência, o modo de disputa não poderá ser fechado.

A ata de registro de preços terá vigência de um ano, podendo essa ser prorrogada, por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso, nos moldes autorizados pelo caput do Art. 84. Via de consequência, a validade da ata pode chegar a 2 anos.

Nos moldes do Decreto nº 7.892/13, no curso da vigência da ata, a alteração de preços ali registrados só seria possível quando implicasse sua redução.

O Decreto Federal nº 7.892/13 prevê no Art. 19, para os casos em que o preço de mercado se tornar superior aos preços registrados e o fornecedor não puder cumprir o compromisso, as seguintes iniciativas:

- a) a liberação do fornecedor do compromisso assumido caso a comunicação ocorra antes do pedido de fornecimento;
- b) a não aplicação da penalidade se confirmada a veracidade dos motivos e comprovantes apresentados;
- c) a convocação dos demais fornecedores para assegurar igual oportunidade de negociação.

Ao final, caso não chegue a bom termo a negociação, contempla-se a revogação da ata.

Na Lei nº 8.666/93 não há nada a esse respeito. A NLLC não diz qual deve ser o caminho, remetendo ao edital o tratamento da matéria (Art. 82, inc. VI).

Não faz sentido que o legislador vede a mudança de preços, ainda que para patamar superior, se de fato há um aumento dos preços, o que será percebido caso se avance para uma nova licitação.

A ata de registro de preços poderá incluir o licitante vencedor e outros desde que assumam o compromisso de fornecer o produto, prestar o serviço ou realizar as obras nas condições fixadas pela proposta vencedora (Art. 82, inc. VII).

Não há previsão legal para que se incluam outros fornecedores na ata, autores de outras propostas diversas da apresentada pelo vencedor, que não tenham aceitado ajustá-las para os patamares da proposta do vencedor.

Está vedada na lei a participação de órgão ou entidade em mais de uma ata de registro de preços (Art. 82, inc. VIII). Se a Administração puder participar de várias atas com o mesmo objeto, ela agirá de forma desleal porque terá iludido parte dos interessados que apostaram na possibilidade de vir a entregar uma quantidade definida de itens, o que justificou a proposta apresentada, quando em verdade o quantitativo real jamais seria aquele.

A NLLC diz caber ao edital prever as regras sobre o cancelamento da ata. A Lei nº 8.666/93 não trata do tema.

O Decreto Federal nº 7.892/13 disciplina o cancelamento do registro do fornecedor (Art. 20) e o cancelamento do registro de preço (Art. 21) resultado de fato superveniente, decorrente de caso fortuito ou força maior, que prejudique o cumprimento da ata, devidamente comprovados e justificados por razão de interesse público ou a pedido do fornecedor.

Nas duas situações, o Decreto Federal nº 7.892/13 indicava as causas, uniformizando a matéria no âmbito de sua aplicação.

Registro cadastral

O registro cadastral também não é novidade normativa, tendo sido previsto na Lei anterior de Licitação (Art. 34), na Lei das Estatais (Art. 65) e na Lei do RDC (Art. 31, §2º).

Mas o grande diferencial que se espera dessa nova previsão é a unificação dos registros cadastrais, o que poderá simplificar (e muito) o trabalho dos licitantes que recorrentemente participam de licitações nas diversas esferas.

Em que pesem os questionamentos acerca dessa “nacionalização” de procedimentos e o quanto isso esbarraria nos limites de a NLLC ser apenas “regra geral” de licitação, o fato é que essa unificação contribui para a simplificação dos procedimentos, a evitação de surpresas e diferenças cadastrais em cada localidade, a diminuição dos custos aos licitantes na realização de inúmeros registros, a otimização do tempo e o ganho de eficiência para a Administração que deles pode se valer.

Assim, os órgãos interessados em se valer do registro cadastral unificado o terão pelo PNCP.

Embora até a edição deste Tomo não tenha havido a regulamentação sobre esse ponto (nem consulta pública a esse respeito), serve de inspiração a Instrução Normativa nº 3/2018 sobre o SICAF.

É possível ver nessa que o cadastro pode se dar em diferentes níveis (condizentes com os requisitos habilitatórios da Lei nº 8.666/93). Espera-se, então, que essa norma seja atualizada para uso nos casos sujeitos à NLLC.

Esse sistema de registro cadastral será público, amplamente divulgado e permanentemente aberto aos interessados.

Deverá cumprir, ainda, algumas condições mínimas de validade:

- a) deverá haver, ao menos anualmente, um chamamento público pela internet para que os interessados possam conhecer as condições e as hipóteses em que podem se cadastrar;
- b) está vedada a exigência de registro cadastral complementar para acesso a edital e anexos;
- c) a Administração poderá, se assim for previsto, realizar licitações restritas aos cadastrados, desde que tenha divulgado amplamente a limitação, os critérios e as condições em regulamento;
- d) na hipótese retrorreferida, poderá o interessado proceder ao seu registro cadastral no prazo previsto para apresentação de propostas;
- e) os interessados poderão requerer seu registro cadastral (ou a atualização do preexistente) a qualquer tempo, fornecendo os documentos exigidos na NLLC para sua habilitação;

- f) o inscrito será classificado por categorias, grupos e subgrupos, considerando sua área de atuação e a qualificação técnica e econômico-financeira realizada;
- g) todo inscrito receberá um CRC (certificado de registro cadastral) renovável;
- h) o registro cadastral conterà a avaliação do contratante sobre o cumprimento das obrigações desse, seu desempenho na execução contratual (baseado em indicadores objetivamente definidos e aferidos), bem como eventuais penalidades aplicadas;
- i) como medida de incentivo aos licitantes, haverá um “cadastro de atesto de cumprimento de obrigações contratuais” destinado ao registro dos ótimos desempenhos, que poderá valer para diferenciais competitivos (tais como o desempate previsto no Art. 60, inc. II, da NLLC), a partir do estabelecido em regulamento específico que preveja regras de forma objetiva e adequada à sua formação, concessão e fiscalização;

Atenção: até o momento da edição deste Tomo, não havia sido editado o regulamento a respeito desse assunto (nem mesmo lançada consulta pública antecedente).

Essa regulamentação, bom que se diga, deverá definir de maneira objetiva e técnica quais os critérios utilizados para que se considere haver bom desempenho, especialmente diante da repercussão que isso gera para os contratados e licitantes.

- j) qualquer registro cadastral poderá ser alterado, suspenso ou cancelado se o inscrito deixar de satisfazer exigências determinadas em lei ou regulamento;
- k) enquanto o CRC não for emitido, será possível ao interessado participar de processos licitatórios, condicionando-se apenas a celebração do contrato à sua emissão.

Em que pese a ausência de previsão na NLLC, é importante que o regulamento do registro cadastral e a vivência desse cadastro sejam capazes de abarcar as seguintes cautelas:

a) a perda do cadastro pelo interessado ou o lançamento de informações negativas acerca de seu desempenho são situações potencialmente lesivas a esse, razão pela qual deve ser garantida a possibilidade de insurgência sobre esses lançamentos, sobrestamentos ou cancelamentos, com direito a contraditório, ampla defesa e interposição de recurso (ou pedido de reconsideração), além da inserção por tempo determinado de informações restritivas (assim possibilitando sua reabilitação cumpridas que sejam condições ou prazos previamente estabelecidos);

b) se o CRC não ocorre por atrasos da própria Administração, ficará sobrestada a possibilidade de contratação do interessado (ponto a que a NLLC chegou a referir), mas não prejudicado o seu direito a eventual contratação, cabendo medidas administrativas ou judiciais para exigir que a duração razoável do procedimento de certificação seja respeitada e a demora administrativa não inviabilize direitos. Não é por menos que a NLLC previu que o registro cadastral deve ser avaliado no prazo de 10 dias.



Tomo 10
Improbidade
administrativa

Embora não seja papel da NLLC definir o que seja “improbidade administrativa”, várias das infrações nela previstas resvalam ou se interligam a esse conceito.

A título de exemplo, fraudar licitação tanto é hipótese de sanção administrativa por descumprimento da NLLC como pode vir a ser hipótese (somado a outros componentes do conceito) de improbidade administrativa.

Para a improbidade administrativa devem ser analisadas as disposições da Lei federal nº 8.429/92 com as importantes mudanças produzidas pela Lei federal nº 14.230/21.

As mudanças são tão substanciais e relevantes a quem trata do tema de licitações e contratos públicos que a BRASINFRA entendeu pela relevância de um Tomo Especial sobre este assunto.

Assim, o objetivo aqui é ressaltar algumas dessas mudanças que podem interferir no universo das licitações e contratos administrativos.

O que pode configurar improbidade administrativa?

Partamos, então, do conceito de improbidade administrativa que sofreu alteração.

Ela está definida na própria lei com os acréscimos trazidos em 2021: “consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais” (Art. 1º, §1º).

Há aqui uma importante mudança de 2021, que foi o afastamento dos tipos culposos, com o reforço de que somente condutas comprovadamente dolosas podem ser punidas e que esse dolo não se presume.

Para evitar dúvidas, a alteração de 2021 cuidou de definir o que se entende por dolo, ou seja, é a “vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente” (Art. 1º, §2º).

Além de delimitar os atos de improbidade aos atos dolosos, a lei esclareceu que “o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa” (Art. 1º, §3º).

Pretende-se dar aos agentes públicos mais conforto para a adoção de medidas que, mesmo sendo lícitas, não têm sido adotadas, diante do medo que circunda os gestores.

Isso significa afastar, definitivamente, qualquer interpretação de que mera ilegalidade (ou interpretação sobre texto de lei) se caracteriza como improbidade, senão que somente as ilegalidades qualificadas pela desonestidade ou má-fé.

Assim, não se caracterizariam como improbidades inabilidade, inexperiência, imprudência ou imperícia na realização dos fatos investigados.

Essa mudança é importante e emblemática, haja vista que desde a edição da Lei nº 8.429 em 1992 a jurisprudência oscilou e permitiu (de forma equivocada, diga-se) que a alegação de dolo independesse de prova e fosse meramente presumida, pelo simples fato de o ato ter sido praticado em desconformidade com a lei.

Destacamos ainda o Art. 1º, §4º (ou seja, a aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, dentre os quais está a obrigação de provar e o direito à presunção de inocência) e o §8º (ou seja, não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa acerca da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário).

A lei, a partir da reforma em 2021, inclusive passou a prever ser obrigação do Ministério Público, como autor da ação, instruir o pedido inicial com “documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas” (Art. 17, §6º, inc. II), sendo a instrução processual o momento máximo de produzir todas essas, sob pena de os pedidos não serem acolhidos pelo Julgador.

Não se presumem verdadeiros os fatos alegados pelo Ministério Público (ou outro autor da ação[1]) nem quando o réu deixar de comparecer ao processo ou se defender precariamente, além de manter-se em mãos do Ministério Público (ou outro autor da ação) o dever de provar o que alega, o que inclui a existência de dolo (Art. 17, §19, incs. I e II).

Para compreender quais ações ou omissões dolosas e qualificadas, portanto, podem ser tidas como ímprobas, aqui estão algumas delas, previstas na referida lei, que as separa em 3 categorias:

Atos que atentam contra os princípios da administração pública

- 1) Atos que importam enriquecimento ilícito;
- 2) Atos que causam prejuízo ao erário;
- 3) Atos que atentam contra princípios da Administração Pública.

As ações de improbidade podem versar sobre um só ato que, em tese, se encaixaria em mais de uma categoria de improbidade.

Na redação da nova lei está expresso, inclusive, que a imputação única é obrigação do Poder Judiciário (**Art. 16, §10-D, ou seja, “para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei”**).

Importa esclarecer que as empresas podem figurar como rés em ações de improbidade na condição de beneficiadas por atos praticados por agentes públicos.

Essa inclusão se dá por força dos Arts. 2º, parágrafo único (“*sujeita-se às sanções previstas nesta Lei o particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente*”) e 3º, caput e §1º (“*as disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade*” e “*os sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores da pessoa jurídica de direito privado não respondem pelo ato de improbidade que venha a ser im-*”).

[1] Explicaremos, mais adiante, a decisão do STF sobre a ampliação da legitimidade ativa para estas ações.

putado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, caso em que responderão nos limites de sua participação”).

ART. 9º **Atos que importam enriquecimento ilícito**

Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, **e notadamente**

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação,

ART. 10 **Atos que causam prejuízo ao erário**

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, **e notadamente:**

I - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a indevida incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, de rendas, de verbas ou de valores integrantes do acervo patrimonial das entidades referidas no art. 1º desta Lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação

ART. 11 **Atos que atentam contra princípios da administração pública**

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, **caracterizada por uma das seguintes condutas:**

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado;

V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades;

XII - praticar, no âmbito da administração pública e com

ART. 9º **Atos que importam** **enriquecimento ilícito**

permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, qualquer bem móvel, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores, de empregados ou de terceiros contratados por essas entidades;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre qualquer dado técnico que envolva obras públicas ou qualquer outro serviço ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução;

ART. 10 **Atos que causam** **prejuízo ao erário**

de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;
V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha

ART. 11 **Atos que atentam** **contra princípios da** **administração pública**

recursos do erário, ato de publicidade que contrarie o disposto no §1º do art. 37 da Constituição Federal, de forma a promover inequívoco enaltecimento do agente público e personalização de atos, de programas, de obras, de serviços ou de campanhas dos órgãos públicos.

ART. 9º
Atos que importam enriquecimento ilícito

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;
IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

ART. 10
Atos que causam prejuízo ao erário

por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XIX - agir para a configuração de ilícito na celebração, na fiscalização e na análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

ART. 11
Atos que atentam contra princípios da administração pública

Alguns tipos foram revogados e outros foram incluídos ou modificados, sugerindo-se que o leitor esteja atento se está acessando o texto devidamente atualizado.

Vale destaque, nessa listagem, à mudança relevante no caput do Art. 11. Deixamos o destaque, inclusive, em negrito no quadro retro.

Alegar o descumprimento de princípios sempre foi tradição nas ações de improbidade e sempre foi algo criticado pela fluidez do próprio conceito sobre “princípios”.

Princípios são normas, mas de maior abstração em comparação com as regras e uma mesma conduta pode ser vista como violadora de um princípio porque adotada em observância a outro.

Portanto, sem maior esforço, é possível alegar que dado comportamento violou o princípio X porque não agradou a alguém, mesmo que, olhando de forma mais ampla, o mesmo ato estivesse em sintonia com outros princípios.

A mudança recente na lei é uma reação a isso. O legislador estabeleceu uma barreira clara para prever que a violação a princípios, para fins de improbidade, se configura se caracterizada “por uma das seguintes condutas”.

A lista é exaustiva, somente podendo ser consideradas descumprimento principiológico as hipóteses descritas nos incisos do Art. 11.

Retroatividade da lei mais benéfica

Outro ponto a ser destacado é que as disposições da lei de 2021 se aplicam a partir de sua publicação em 26/10/2021, inclusive a processos judiciais e inquéritos civis iniciados antes dessa data.

Em que pese se tenha ciência de alguns posicionamentos contrários isolados, esses não se mostram acertados ao próprio texto da lei de 2021, pois essa prevê que passam a ser aplicados aos casos de improbidade administrativa os princípios do direito administrativo sancionador.

Dentre esses está o princípio da retroatividade benéfica[2], sedimentado no Art. 5º, inc. XL, da Constituição da República.

Assim, para os casos em que a lei de 2021 se mostrar mais benéfica aos processados, o caso é de aplicação imediata, independentemente da fase processual em que se encontrar o caso.

Já existem várias decisões judiciais, em todas as instâncias, aplicando retroativamente os institutos, a exemplo de alguns precedentes aqui citados.

Vale acrescentar que o tema da retroatividade já foi abordado pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a existência de repercussão geral sobre, determinando a suspensão de todos os recursos especiais que tratem do assunto porventura em trâmite no Superior Tribunal de Justiça.

[2] Nesse sentido a compreensão de Rodrigo Mudrovitsch e Guilherme Pupo da Nóbrega: “Antecipamos nossa resposta no sentido de que normas benignas, em geral, retroagem para beneficiar aquele que seja alvo de pretensão sancionadora em sede de improbidade administrativa, havendo, contudo, ressalvas a se considerar (...) Todos esses exemplos, somados, evidenciam que, conquanto não se possa estabelecer uma sobreposição total entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador de modo a que se possa deles extrair um regime comum, é fato que, ao menos no que toca ao princípio da retroatividade da lei benéfica, há claro diálogo entre os dois campos.” Conferir: MUDROVITSCH, Rodrigo; NÓBREGA, Guilherme Pupo. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa e Retroatividade*. Revista Consultor Jurídico, 22 de outubro de 2021.

Explicamos:

a) a primeira definição do STF foi quanto à ocorrência da natureza de “repercussão geral” sobre a temática da retroatividade, ou seja, confirmou que interessa a uma gama considerável de processos judiciais que exista uma única decisão a respeito de se considerar retroativa (ou não) a aplicação da nova lei aos casos ocorridos antes de sua vigência.

Para evitar que existam decisões conflitantes e, portanto, um único ponto de vista seja o adotado para todas as ações que tratem do tema, o STF julgará, em momento posterior, o âmbito do assunto, mas já fixou que o tema tem relevância constitucional o suficiente para que haja uma decisão vinculante.

Essa conclusão foi tomada, por 11 votos a 0, pelos Ministros atualmente componentes da Suprema Corte, no ARE nº 843.989, originário do Estado do Paraná, tema 1109, em 25/2/2022.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEI 14.230/2021. APLICAÇÃO RETROATIVA DAS DISPOSIÇÕES SOBRE O DOLO E A PRESCRIÇÃO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação:

(I) A necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e

(II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC.

b) Considerando a importância de o assunto não ser objeto de decisões conflitantes, que tumultuem o andamento dos processos nas suas origens e gerem decisões prejudiciais ao interesse dos réus (especialmente, com repercussão sobre seus patrimônios), é comum de nesse tipo de ação haver a determinação de suspensão do curso de processos até que o STF venha a emitir um posicionamento definitivo.

Essa medida, chamada de “modulação dos efeitos”, foi adotada pelo Relator Ministro Alexandre de Moraes em 3/3/2022, publicada em 4/3/2022, onde assim posto:

O art. 1.035, §5º, do Código de Processo Civil, por sua vez, dispõe que, “reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional”.

O Plenário desta CORTE definiu que a suspensão nacional dos processos não é automática, cabendo ao Relator ponderar a conveniência da medida (...).

Na presente hipótese, não se afigura recomendável o sobrestamento dos processos nas instâncias ordinárias, haja vista que (a) a instrução processual e a produção de provas poderiam ser severamente comprometidas e (b) eventuais medidas de constrição patrimonial devem ser prontamente examinadas em dois graus de jurisdição.

Não obstante, simples pesquisa na base de dados do Superior Tribunal de Justiça revela que proliferam os pedidos de aplicação da Lei 14.230/2021 em processos na fase de Recurso Especial, já remetidos ao Tribunal da Cidadania pelos Tribunais de origem.

Assim, considerando que tais pleitos tem como fundamentos a controvérsia reconhecida na

repercussão geral por essa SUPREMA CORTE, recomenda-se, também, o sobrestamento dos processos em que tenha havido tal postulação, com a finalidade de prevenir juízos conflitantes.

Por todo o exposto, além da aplicação do artigo 1.036 do Código de Processo Civil, DECRETO a SUSPENSÃO do processamento dos Recursos Especiais nos quais suscitada, ainda que por simples petição, a aplicação retroativa da Lei 14.230/2021.

Isso significa que os processos que atualmente se encontram em tramitação no STJ, por força de recursos especiais (e seus diversos peticionamentos e desdobramentos), estão suspensos até que o STF decida a questão da retroatividade (ou não) da aplicação da nova lei.

A partir do momento, no entanto, que o STF decidir esse tema 1109, a decisão valerá para todos os processos do país, independente da fase e do Juízo em que se encontrarem.

Seguindo em nossas ponderações, destacamos que, no que tange a requisitos processuais (ou seja, aqueles interligados a como se manejam os processos) a aplicação é imediata em qualquer caso, não sendo razoável a ocorrência de recusa à aplicação por qualquer intérprete.

Sugerimos atenção aos casos em andamento para que, consultado o jurídico, seja peticionada nos autos a aplicação da nova lei.

Essa aplicação retroativa benéfica pode significar, por exemplo:

- a) a obrigação de o Ministério Público provar o dolo;
- b) o arquivamento dos Inquéritos ou a improcedência dos pedidos judiciais que estão baseados apenas em culpa;
- c) a diminuição das indisponibilidades de bens, considerando os limites que foram impostos pela lei de 2021 (mais adiante comentaremos o caso);
- d) a aplicação de sanções menos gravosas (veja abaixo o quadro das mudanças);
- e) o arquivamento dos Inquéritos ou a improcedência dos pedidos judiciais baseados em dispositivos revogados (e que, portanto, perderam a relevância jurídica como improbidade);
- f) a aplicação da prescrição nos moldes previstos com a alteração legal.

Destacamos alguns julgados que podem ser úteis.

O Tribunal da Justiça do Estado da Paraíba, analisando o tema, acordou que “tratandose de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei nº 14.230/2021, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no artigo 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador.”[3]

No mesmo caminho, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás já afirmou que são aplicáveis “às sanções pelos atos de improbidade administrativa as garantias inerentes ao ‘direito administrativo sancionador’, dentre as quais se destaca a da ‘retroatividade mais benéfica’ (inteligência do artigo 2º, §4º da Lei nº 14.230/21, art. 5º, XL, CF/88 e jurisprudência concernente).”[4]

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proveu apelação para julgar improcedentes os pedidos em ação de improbidade administrativa, justamente “por força da superveniência da Lei nº 14.230/2021, aplicada ao caso concreto, cuja retroatividade é prevista em seu artigo 1º, § 4º ”5, sendo que este último artigo se refere exatamente à aplicação

das diretrizes do Direito Administrativo Sancionador no bojo das ações de improbidade.

A mesma Corte Estadual de São Paulo, em outras oportunidades, firmou na mesma esteira que “por se tratar de legislação superveniente própria do direito material sancionador (art. 1º, §4º, da lei 8.429/92, com a redação atribuída pela lei 14.230/21), suas disposições devem ser aplicadas de imediato e, inclusive, retroativamente, desde que para beneficiar o réu (art. 5º, inciso XL, da CF/88)” 6 e também que a novel lei em comento “comporta aplicação retroativa por seu caráter sancionatório e por beneficiar o réu.” 7

Em semelhante esteira, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu recentemente que a “Lei 14.230/2021, alterando a Lei 8.429/1992, com introdução de normas mais benéficas ao réu imputado ímprobo, deve ser aplicada, ainda que de forma retroativa, às ações de improbidade administrativa em curso, mesmo que ajuizadas antes da vigência da nova lei, em decorrência e por imposição da extensão ao direito administrativo sancionador de princípios do direito penal, dentre os quais o da retroatividade da lei mais benigna ao réu.” 8

Em várias partes do país as decisões têm sido emitidas no sentido exposto acima e o número de decisões tende a aumentar vertiginosamente [3].

Mais um ponto importante a ser mencionado é que a Lei nº 14.230/21 modificou a legitimidade ativa para as ações de improbidade administrativa, pretendendo restringir essa apenas ao Ministério Público.

Isso significaria o afastamento da legitimidade dos entes públicos lesados pelo ato ímprobo outros anteriores legitimados (em decorrência da Lei nº 8.429/92).

Inclusive, um dos dispositivos dessa nova lei (seu Art. 3º) determinou a suspensão de todos os processos judiciais intentados pela Fazenda Pública (ente que alega ter sofrido a lesão pelos atos ditos ímprobos) pelo prazo de 1 ano, período no qual o Ministério Público

[3] Algumas citações são possíveis, considerando a data da edição deste Tomo. São exemplos: a) decisões do TRF da 1ª Região (que abarca aos Estados de Acre, Amazonas, Amapá, Bahia, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins, além do Distrito Federal): 1ª REGIÃO, Tribunal Regional Federal. Apelação nº 0008642-45.2011.4.01.3901. 4ª Turma, Relator Desembargador Orlindo Menezes, j. 6/12/2021; 1ª REGIÃO, Tribunal Regional Federal. Apelação nº 0002607- 46.2014.4.01.4004. 4ª Turma, Relator Desembargador Néviton Guedes, j. 30/11/2021; 1ª REGIÃO, Tribunal Regional Federal. Apelação nº 0007971-74.2015.4.01.4000. 3ª Turma, Relatora Desembargadora Mônica Sifuentes, j. 30/11/2021; 1ª REGIÃO, Tribunal Regional Federal. Apelação nº 0001152-42.2011.4.01.3813.

4ª Turma, Relator Desembargador Néviton Guedes, j. 16/11/2021; b) decisões do TRF da 5ª Região (que abarca dos Estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe): 5ª REGIÃO, Tribunal Regional Federal. Apelação nº 08030344220194058201. 4ª Turma, Relator Desembargador Bruno Leonardo Câmara, Carra, j. 7/12/2021; c) decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação nº 1.0558.14.000.980-1/001. 5ª Câmara Cível, Relator Desembargador Luís Carlos Gambogi, j. 16/12/2021; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 1.0000.21.137.960-7/001. 4ª Câmara Cível, Relator Desembargador Renato Dresch, j. 16/12/2021; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação nº 1.0071.17.003.831-0/001. 4ª Câmara Cível, Relator Desembargador Renato Dresch, j. 10/2/2022; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 1.0000.21.009.521-2/001. 4ª Câmara Cível, Relator Desembargador Moreira Diniz, j. 10/02/2022; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação nº 1.0134.13.015.131-6/001. 6ª Câmara Cível, Relator Desembargador Edilson Fernandes, j. 1º/2/2022; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação nº 1.0209.12.001.725-3/001. 4ª Câmara Cível, Relator Desembargador Moreira Diniz, j. 27/11/2022; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação nº 1.0000.21.087.044-0/001. 4ª Câmara Cível, Relator Desembargador Pedro Aleixo, j. 10/2/0022, p. 11/2/2022; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação nº 1.0271.15.003.854-2/003. 4ª Câmara Cível, Relator Desembargador Renato Dresch, j. 3/2/0022, p. 7/2/2022; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 1.0000.21.207.669-9/001. 3ª Câmara Cível, Relator Desembargador Maurício Soares, j. 27/11/2022, p. 28/11/2022.

deveria manifestar o interesse ou não no prosseguimento desses, sob pena de extinção sem resolução do mérito.

Contudo, o STF, a partir de decisão emitida pelo Ministro Alexandre de Moraes em 17/2/2022, entendeu pela suspensão dessa restrição na nova lei e a leitura conforme de alguns dispositivos dessa que têm que ver com essa legitimidade.

Embora a decisão ainda tenha sido tomada em sede cautelar (ou seja, provisória e precária) e ad referendum do Plenário do STF, é a decisão em vigor no momento da edição deste Tomo, valendo realçar qual o seu teor:

Diante do exposto, com fundamento no art. 10, §3º, da Lei 9.868/1999, e no art. 21, V, do RISTF, DEFIRO PARCIALMENTE A CAUTELAR, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, para, até julgamento final de mérito:

(A) CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ao caput e §§6º- A, 10-C e 14, do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, no sentido da EXISTÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA CONCORRENTE ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS PESSOAS JURÍDICAS INTERESSADAS PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA;

(B) SUSPENDER OS EFEITOS do §20, do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, em relação a ambas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (7042 e 7043);

(C) SUSPENDER OS EFEITOS do artigo 3º da Lei nº 14.230/2021.

Portanto, até a edição deste Tomo, permanece a legitimidade ativa ampla para mover as ações de improbidade administrativa (ADIs nº 7042 e 7043).

Sanções

Outro ponto é compreender como foram alteradas as sanções que podem ser aplicadas, que não se confundem com o dever de ressarcir integralmente o dano patrimonial.

Ou seja, ressarcir o dano, quando ele se configurou, não é sanção. E esse dever permanece mesmo nos casos de acordo de não persecução civil que pode ser celebrado com o MP (Art. 17-B, inc. I).

Também importa considerar que uma mesma conduta pode ser objeto de ação de improbidade e de ação penal, sem prejuízo de reflexos no âmbito de outras esferas, como a lei anticorrupção (Lei federal nº 12.846/13), essa última aplicável apenas a casos ocorridos após sua vigência.

E, a esse respeito, destacamos que a nova lei acolheu tese de que uma mesma conduta não poderia gerar duas multas: uma sob a influência da Lei de Improbidade (nº 8.429/92 com as alterações da Lei nº 14.230/21) e outra pela Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13).

Então, na hipótese de a conduta se encaixar também nessa última, não se aplicará a lei de improbidade (Art. 3º, § 2º). Assim, evita-se o bis in idem[1].

[4] FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. *Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do bis in idem*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 91-112, mai/ago. 2018. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/57614/35888>.

Vejam os abaixo as alterações sobre as penas aplicáveis:

ESPÉCIE	TIPO	LEI ANTERIOR	LEI VIGENTE
PERDA DE BENS OU VALORES ACRESCIDOS ILICITAMENTE AO PATRIMÔNIO	ART. 9º	Sim	Sim
	ART. 10º	Sim	Sim
	ART. 11º	Não	Não
PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA	ART. 9º	Sim	Sim
	ART. 10º	Sim	Sim
	ART. 11º	Sim	Não
SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS	ART. 9º	8 a 10 anos	Até 14 anos
	ART. 10º	5 a 8 anos	Até 12 anos
	ART. 11º	3 a 5 anos	Não
PAGAMENTO DE MULTA CIVIL	ART. 9º	Até 3 vezes o acréscimo patrimonial	Valor do acréscimo patrimonial
	ART. 10º	Até 2 vezes o valor do dano	Valor do dano
	ART. 11º	Até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente	Até 24 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente
PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO OU DE RECEBER BENEFÍCIOS OU INCENTIVOS FISCAIS OU CREDITÍCIOS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, AINDA QUE POR INTERMÉDIO DE PESSOA JURÍDICA DA QUAL SEJA SÓCIO MAJORITÁRIO	ART. 9º	Até 10 anos	Até 14 anos
	ART. 10º	Até 5 anos	Até 12 anos
	ART. 11º	Até 3 anos	Até 4 anos

É possível perceber, portanto, que algumas mudanças foram a benefício dos processados e outras não.

Outro ponto relevante é a previsão do Art. 12, §5º que criou a categoria das **improbidades de menor potencial ofensivo**, para as quais a sanção se limitará à aplicação de multa (sem prejuízo do ressarcimento do dano e perda de eventuais valores obtidos, quando for o caso).

Essa conceituação, “menor potencial ofensivo” é bastante conhecida na seara penal, infrações para as quais a lei prevê uma série de medidas com redução da resposta punitiva, além da abertura a alternativas ao universo punitivo.

A nova lei de improbidade bebeu dessa ideia, ou seja, que é possível atribuir respostas punitivas mais reduzidas onde a capacidade do ato ímprobo de lesar o bem jurídico protegido é menor.

Por isso a previsão do Art. 11, §4º, no sentido de que para os atos que atentem contra princípios da Administração, só será passível de sancionamento as ações que importem “*lesividade relevante ao bem jurídico tutelado*”.

Também a previsão do Art. 12, §5º, no sentido de que para “*atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados por esta Lei, a sanção limitar-se-á à aplicação de multa, sem prejuízo do ressarcimento do dano e da perda dos valores obtidos, quando for o caso*”. Isso significa não ser possível nada além de algumas consequências pecuniárias, excluindo-se as penas de sus-

penção de direitos políticos e proibição do direito de contratar com o poder público ou de receber benefícios fiscais ou creditícios (direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário).

Vale destacar que a lei não diz o que considera “*menor ofensa aos bens jurídicos tutelados por esta Lei*”, reservando ao julgador a definição, no caso concreto, do que seria isso.

Embora não tenha deixado dicas de em que sentido caminhará a interpretação, o fato é que existe outra lei (a LINDB) que determina que o Julgador, diante de conceitos indeterminados/vagos ou valores jurídicos abstratos, proceda ao preenchimento de seu sentido somente avaliando as **consequências práticas** na tomada de decisão. Ou seja, seu preenchimento depende do caso concreto.

Dessa forma, o julgador não é outro legislador, para estabelecer concepções generalizantes e abstratas.

Na esfera federal, o decreto que regulamentou a LINDB (nº 9.830/21), inspiratório para outras esferas, estabelece que se entendem por valores jurídicos abstratos “aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração” (Art. 3º, §1º).

Portanto, entender o que é menos “ofensivo” ou não dependerá de o Julgador avaliar o **caso concreto** e em que medida a ação ou omissão impactaria os bens jurídicos tutelados (em especial aqui, a proibição de enriquecimento ilícito no Art. 9º, de dano ao erário no Art. 10 e violação dos princípios de honestidade, imparcialidade e legalidade do Art. 11).

No mesmo sentido, a proibição de que exista improbidade com base no Art. 11 se não houver **lesividade relevante** (Art. 11, §4º).

Também nesse sentido, o atual Art. 17-C segundo o qual a sentença deve ser, além de motivada, baseada nas necessidades concretas, ou seja, o Julgador deverá “considerar as consequências práticas da decisão, sempre que decidir com base em valores jurídicos abstratos” (inc. II) e “*considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados e das circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente*” (inc. III) 5 .

O importante, com essa referência, é destacar que nem toda ação ou omissão tem o mesmo impacto sobre os interesses públicos e nem a mesma capacidade de lesar o que a lei tutela, sendo imprescindíveis ponderação e adequação ao definir (e, assim, fundamentar) eventual condenação (entendida essa como a inarredável).

A previsão também reforça a importância de haver diálogo nesses processos, considerando que a efetividade na proteção dos bens jurídicos tutelados pode indicar muito mais a celebração de um ajustamento de conduta do que, necessariamente, em uma pena coercitiva.

Também importante considerar que as sanções só são executáveis com o trânsito em julgado (Art. 12, §9º), inclusive em atenção ao caráter satisfativo, irreversível e comprometedor de algumas (como suspensão de direitos políticos, perda de função pública, perda de incentivos e benefícios).

A lei limita a responsabilização de sócios, diretores e colaboradores que respon-

[5] Também os seguintes pontos devem ser considerados pela sentença, segundo a lei: os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; a natureza, a gravidade e o impacto da infração cometida; a extensão do dano causado; o proveito patrimonial obtido e as circunstâncias agravantes e atenuantes. Esses pontos nada mais são senão reflexos da razoabilidade e da proporcionalidade

derão por improbidade atribuída à pessoa jurídica se, comprovados a participação e a percepção de benefícios diretos, caso em que responderão nos limites da sua participação (Art. 3º, §1º).

Haverá responsabilidade na hipótese de alteração contratual, de transformação, de incorporação, de fusão ou de cisão societária restrita à obrigação de reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido.

Não são aplicáveis sanções em face de atos e de fatos ocorridos antes da data da fusão ou da incorporação, exceto no caso de simulação ou de evidente intuito de fraude, devidamente comprovados (Art. 8º-A).

Indisponibilidade de bens

Outra mudança extremamente relevante na lei em 2021 foi a **reformulação da indisponibilidade de bens** como medida assecuratória processual, especialmente para prevenir o seguinte:

a) a indisponibilidade só deve atingir valores recolhidos em contas bancárias **se outros bens não bastarem** a compor o valor da indisponibilidade (Art. 16, §11);

b) a indisponibilidade **não pode compreender** o possível valor de multa, devendo se restringir ao que for indicado como possível valor do dano ou do enriquecimento ilícito (Art. 16, §10);

c) a indisponibilidade depende do **cumprimento de condições prévias**, dentre essas a imprescindibilidade de sua ocorrência para garantia do processo (Art. 16, §§3º e 7º, afastando-se a jurisprudência anterior que permitia a indisponibilidade em qualquer hipótese), a restrição a quais patrimônios podem ser atingidos (Art. 16, §§10 e 11), a necessidade de prévio incidente de desconsideração da personalidade jurídica para atingimento de bens pessoais de sócios e diretores (Art. 16, §7º), o limite máximo de valores em caso de pluralidade de réus (Art. 16, §5º), a ordem de prioridade de bens atingíveis (Art. 16, §11), a reserva de até 40 salários mínimos nos bloqueios de contas bancárias (Art. 16, §13), a impossibilidade de atingimento de bem de família (Art. 16, §14), entre outros;

d) essa indisponibilidade não pode ser fixada por necessidade em abstrato sem pertinência ao caso concreto, estabelecendo a lei em 2021 que *“o juiz, ao apreciar o pedido de indisponibilidade de bens do réu a que se refere o caput deste artigo, **observará os efeitos práticos da decisão**, vedada a adoção de medida capaz de acarretar prejuízo à prestação de serviços públicos”* (Art. 16, §12);

e) essa indisponibilidade de bens, como medida tutelar processual, passou a estar sujeita a determinações do Código de Processo Civil que deixam claro depender **da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo** (Art. 300 do CPC).

Portanto, não basta a alegação de improbidade.

É necessário que o Ministério Público apresente documentação crível e robusta da ocorrência de improbidade – incluindo a comprovação do elemento subjetivo do dolo - e que a indisponibilidade é essencial à solução do caso.

Não valem mais as argumentações de que o só fato de existir uma ação desse tipo

faz pressupor que os réus criarão embaraços à efetivação de uma sentença final para os privar da administração de seu patrimônio ao longo de todo o extenso tempo do processo.

Assim, está afastada a alegação de **dolo ou dano *in re ipsa***, ou seja, dolo ou dano presumido.

Nesse sentido, por exemplo, o contido no Art. 17-C, inc. I da nova lei, ou seja, “a sentença proferida nos processos a que se refere esta Lei, **deverá** (...) indicar de modo preciso os fundamentos que demonstram os elementos a que se referem os arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, **que não podem ser presumidos**”.

Como posto no §3º do Art. 16, “o pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o caput deste artigo **apenas será deferido** mediante a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial com fundamento nos respectivos elementos de instrução”;

f) essa indisponibilidade pode ser **modificada a qualquer tempo**, assim como é possível ao réu (frente à resistência da jurisprudência até então) que se proceda à **substituição de bens tornados indisponíveis**, inclusive para que a medida não inviabilize a fruição de direitos dos réus ou a própria sobrevivência de seu negócio (o que impacta na vida de terceiros).

Outras mudanças importantes foram promovidas e que podem ser conhecidas consultando-se a íntegra da nova lei.



Tomo 11
Reequilíbrio
econômico-financeiro

Reequilíbrio econômico-financeiro

Um dos pontos cruciais à sobrevivência e à sustentabilidade de um contrato é que sejam preservadas as condições da proposta inicial, em valores compatíveis com uma execução saudável do contrato.

Por isso, compreender de que forma se possa pleitear o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos públicos é essencial a todos quanto buscam essa forma de relacionamento.

A Constituição Federal previu, como um dos elementos estruturadores devidos pela Administração Pública, que sejam “mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei” (Art. 37, inc. XXI).

Portanto, constitui-se em dever da Administração Pública e direito dos contratados que o equilíbrio econômico-financeiro seja preservado ao longo de sua fase executória.

Nem se diga que à Administração Pública interessa apenas contratos mais baratos, pois o conceito de vantajosidade é muito mais denso e significativo que isso. À

Administração Pública interessam contratos executáveis, que possam, ao final, gerar os resultados pretendidos.

Os mecanismos para se alcançar o dito equilíbrio foram aprimorados na nova Lei de Licitação (Lei nº 14.133/21), razão por que merecem este Tomo Especial.

Dada a relevância do tema para o setor, neste Tomo abordaremos discussões importantes sobre reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados tanto à luz da NLLC quanto da legislação anterior, começando pelas principais alterações legislativas.

O que mudou com a nova lei?

O primeiro ponto é compreender que a relevância desse tema e as diversas discussões que surgiram ao tempo da lei anterior, nos Tribunais de Contas e no Poder Judiciário, assim como nos diversos normativos editados em todos os níveis de governo, levaram à redação da nova lei.

Nesse sentido, não só editais e contratos poderiam surgir mais bem estruturados e planejados para remediar os possíveis impasses ao longo da execução, como também poderiam ser antevistas as regras de solução que gerassem agilidade no processo de adequação dos valores.

Partamos, então, do que mudou na NLLC, destacando de início que a nova lei está impulsionando o uso de matriz de risco, inclusive entendendo-a obrigatória em alguns casos.

Diz o Art. 22, §3º que “quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado”.

A NLLC já destaca no §4º do Art. 22 que “nas contratações integradas ou semiintegradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos”.

Lembramos que obras e serviços de grande vulto são os que superam R\$ 216.081.640,00 (originalmente o valor era de R\$ 200 milhões, valor sujeito a atualizações anuais. A primeira delas foi feita pelo Decreto federal nº 10.922 de 30/12/2021 . Por isso, atenção para as atualizações ano a ano desse e outros valores da NLLC).

Isso decorre da maior longevidade dos vínculos contratuais (sugerimos ler o Tomo 3) e da tentativa de antever possíveis riscos que podem atingir o contrato.

Matriz de risco já é algo constante dos contratos de parcerias público-privadas(PPP) desde o início e infelizmente há a chance de se encontrar uma condição contratual assim mais ou menos escrita: “os riscos não alocados expressamente a uma ou às partes serão de responsabilidade da contratada”.

Essa cláusula não pode prosperar porque ela fere a ideia de repartição objetiva de risco. Sugerimos questionar na fase licitatória.

Quando houver cláusula de matriz de risco, por imposição legal ou por escolha da Administração Pública, dela se extrairá a solução para o pedido de reequilíbrio. Já destacamos no Tomo 3 ser fundamental ter cuidado quando da participação em licitação para se analisar se há a cláusula e como ela está (ou deveria estar) redigida.

Sugerimos verificar se todos os riscos que se pode prever estão contemplados e qual a solução dada. Atenção a riscos de decisões judiciais, alterações legislativas ou regulamentares, aumento do custo, aspectos geológicos, greves, pandemias, endemias, mudanças contratuais.

Necessário ver se a cláusula não está conflitante com o Art. 103 da NLLC. Isso porque algumas situações já foram definidas na lei como risco da Administração

Pública e o contrato não pode prever de forma distinta.

Referimo-nos aos riscos ligados às alterações contratuais unilateralmente promovidas pela Administração Pública e ao aumento ou redução por legislação superveniente dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato (§5º do Art. 103).

A atenção precisa ser redobrada porque a NLLC não determina necessariamente a realização de audiência e consulta públicas e pode ocorrer de existir apenas a fase de impugnação para se questionar a redação da matriz ou o pedido de esclarecimento para aclarar algo.

Por isso, sugerimos atenção redobrada para eventualmente questionar a matriz de riscos na hora mais adequada, que é a fase de impugnação ou pedido de esclarecimento, ou seja, antes de apresentar a proposta ou enviar a documentação, a depender da ordem das fases de habilitação e julgamento de proposta.

Já comentamos sobre a distinção entre essas figuras do pedido de esclarecimento e da impugnação, bem como sobre prazos e cuidados, no Tomo 3.

Atenção:

Deve-se ter todo o cuidado com minutas contratuais que prevejam matriz de risco.

Impugne ou peça esclarecimentos à época da licitação, sem embargo da possibilidade de denúncias ou representações junto ao Tribunal de Contas ou, mesmo, uma ação judicial.

Matrizes de risco mal construídas podem inviabilizar a execução do contrato ou comprometer pedidos de reequilíbrio.

[1] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Decreto/D10922.htm. Acesso em 17/5/2022.

Na sequência, veja o quadro comparativo das normas decorrentes de ambas as leis e o que a nova trouxe:

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
	<p>Art. 6º. Para os fins desta Lei, consideram-se:</p> <p>XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação (...).</p> <p>LVIII - reajustamento em sentido estrito: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais;</p> <p>LIX - repactuação: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra.</p> <p>Art. 22.</p> <p>§2º. O contrato deverá refletir alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto:</p> <p>I - às hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato nos casos em-</p>

LEI Nº 8.666/93**LEI Nº 14.133/21**

que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento.

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso.

Art. 103. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

§1º. A alocação de riscos de que trata o caput deste artigo considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.

§2º. Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado.

§3º. A alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.

§4º. A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.

§5º. Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, restando

LEI Nº 8.666/93

LEI Nº 14.133/21

as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124 desta Lei;

II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

§6º. Na alocação de que trata o caput deste artigo, poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública poderão definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação e quantificação financeira.

Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:

§2º. Na hipótese prevista no inciso I do caput deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hi-

Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo entre as partes: d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeita-

LEI Nº 8.666/93

pótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

LEI Nº 14.133/21

da, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

Art. 130. Caso haja alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Art. 131. A extinção do contrato não configurará óbice para o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, hipótese em que será concedida indenização por meio de termo indenizatório.

Parágrafo único. O pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser formulado durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação nos termos do art. 107 desta Lei.

Art. 133. Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada ou semi-integrada, é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto nos seguintes casos:

I - para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior.

Art. 135. Os preços dos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra serão repectuados para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante demonstração analítica da variação dos custos contratuais, com data vinculada.

Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações:

§2º. O contratado terá direito à extinção do contrato nas seguintes hipóteses:

II - suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses;

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

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

§3º. As hipóteses de extinção a que se referem os incisos II, III e IV do §2º deste artigo observarão as seguintes disposições:

II - assegurarão ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até a normalização da situação, admitido o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na forma da alínea “d” do inciso II do caput do art. 124 desta Lei.

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o dis-

LEI Nº 8.666/93

Art. 57.

§1º. Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

LEI Nº 14.133/21

posto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

LEI Nº 8.666/93

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

§2º. Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que e mantenha o equilíbrio contratual

LEI Nº 14.133/21

O quadro acima deixa bastante visível como o tratamento do tema mudou na perspectiva da NLLC.

Conceitos de reajuste, repactuação e reequilíbrio

A lei trouxe conceitos, inclusive nacionalizando alguns que existiam em normativos federais.

É importante que se entendam os reais sentidos das expressões utilizadas no texto legal para não os confundir.

Por isso, sugerimos atenção quando da utilização desses conceitos, a fim de evitar que pedidos sejam indeferidos por impropriedade técnica.

Desses vamos dar destaque a alguns deles, a saber:

Reajuste

Começando pela expressão “reajuste”, que pode ser entendida em duplo sentido:

a) pertencendo ao mesmo gênero de reajuste em sentido amplo, existem o reajustamento em sentido estrito e a repactuação, cujo objetivo comum é repor o poder aquisitivo da moeda e restabelecer o vigor da proposta inicial.

Em alguns contratos haverá repactuação. São os contratos de fornecimento de mão de obra.

Na maioria dos contratos, inclusive os de obra, fala-se em reajustamento em sentido estrito.

O reajustamento em sentido estrito é a “aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais” (Art. 6º, inc. LVIII) e a segunda hipótese consiste na “análise da variação dos custos contratuais (...) para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra” (Art. 6º, inc. LIX), essa última nos casos de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância dessa. Página 15

Caso se esteja diante de um edital ou contrato que não tenha feito essa previsão, o caminho correto é questionar a Administração Pública na fase da disputa (ou da contratação direta), por impugnação ou pedido de esclarecimentos, para que os instrumentos referidos passem a conter a previsão.

Todos os contratos devem prever cláusula de reajuste, por ser imposição legal (vide Art. 89, §2º c/c Art. 92, inc. V).

No caso dos contratos de obra, que por natureza são contratos de escopo, sujeitos à prorrogação automática até que o escopo se ultime (Art. 111), independentemente de qual tenha sido o prazo inicialmente previsto de duração, é fundamental que a cláusula de reajuste já esteja prevista, a fim de que opere seus efeitos no momento adequado.

O mesmo raciocínio vale para os contratos de supervisão dessas obras, já que acompanham a temporalidade do contrato a que são acessórios.

Mais uma vez advertimos para que, caso não conste do edital ou minuta do contrato na fase do processo licitatório, seja a Administração Pública questionada a respeito (por impugnação ou pedido de esclarecimento, para que o conserto seja produzido).

A ausência de previsão do reajuste dificulta a dinâmica dos contratados, pois será necessário ainda discutir o tema, via termo aditivo, com riscos a teses contrárias ao seu deferimento (veja as advertências mais adiante).

Também importa lembrar que a NLLC previu prorrogação automática da vigência do contrato nos casos de: (I) atraso no cumprimento, como se vê no Art. 115, §5º (“em caso de impedimento, ordem de paralisação ou suspensão do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente pelo tempo correspondente, anotadas tais circunstâncias mediante simples apostila”); e (II) não conclusão no prazo para os contratos de escopo, como se vê no Art. 111 (“na contratação que prever a conclusão de escopo predefinido, o prazo de vigência será automaticamente prorrogado quando seu objeto não for concluído no período firmado no contrato”, embora a Administração Pública possa optar pela extinção se o atraso decorrer de culpa do contratado).

Para esses casos o edital e o contrato deverão prever quais serão os índices e mecanismos que serão usados para se realizar o reajuste.

O objetivo é que realmente a previsão ocorra, por se tratar de um dever da Administração Pública.

Caso se esteja diante de um edital ou contrato que não tenha feito essa previsão, o caminho correto é questionar a Administração Pública na fase da disputa (ou da contratação direta), por impugnação ou pedido de esclarecimentos, para que os instrumentos referidos passem a conter a previsão.

Todos os contratos devem prever cláusula de reajuste, por ser imposição legal (vide Art. 89, §2º c/c Art. 92, inc. V).

No caso dos contratos de obra, que por natureza são contratos de escopo, sujeitos à prorrogação automática até que o escopo se ultime (Art. 111), independentemente de qual tenha sido o prazo inicialmente previsto de duração, é fundamental que a cláusula de reajuste já esteja prevista, a fim de que opere seus efeitos no momento adequado.

O mesmo raciocínio vale para os contratos de supervisão dessas obras, já que acompanham a temporalidade do contrato a que são acessórios.

Mais uma vez advertimos para que, caso não conste do edital ou minuta do contrato na fase do processo licitatório, seja a Administração Pública questionada a respeito (por impugnação ou pedido de esclarecimento, para que o conserto seja produzido).

A ausência de previsão do reajuste dificulta a dinâmica dos contratados, pois será necessário ainda discutir o tema, via termo aditivo, com riscos a teses contrárias ao seu deferimento (veja as advertências mais adiante).

Também importa lembrar que a NLLC previu prorrogação automática da vigência do contrato nos casos de:

(I) atraso no cumprimento, como se vê no Art. 115, §5º (“em caso de impedimento, ordem de paralisação ou suspensão do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente pelo tempo correspondente, anotadas tais circunstâncias mediante simples apostila”); e

(II) não conclusão no prazo para os contratos de escopo, como se vê no Art. 111 (“na contratação que prever a conclusão de escopo predefinido, o prazo de vigência será automaticamente prorrogado quando seu objeto não for concluído no período firmado no contrato”, embora a Administração Pública possa optar pela extinção se o atraso decorrer de culpa do contratado).

Operando-se os cálculos decorrentes da aplicação desses instrumentos, é possível que o valor reajustado do contrato seja admitido por mero apostilamento, sem a necessidade de as partes firmarem aditivo contratual para a sua plena vigência (Art. 136, inc. I).

Importa lembrar, ainda, que o reajustamento levará em conta **a data da orçamentação pela Administração Pública**, nos termos do Art. 25, §7º da NLLC, ou seja, “independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, **com data-base vinculada à data do orçamento estimado** e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos”.

A regra está retratada, também, no Art. 92, §3º da mesma lei, ou seja, “independentemente do prazo de duração, o contrato deverá conter cláusula que estabeleça o índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado (...).”

Nos casos de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, a repactuação levará em conta a variação dos custos contratuais em duplo sentido: “com data vinculada à da apresentação da proposta, para custos decorrentes do mercado” (Art. 135, inc. I) e “com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual a proposta esteja vinculada, para os custos de mão de obra” (Art. 135, inc. II).

Por outro lado, cabe à Administração Pública utilizar orçamentos atualizados.

A Administração Pública deve abster-se de utilizar pesquisa de preços defasadas em suas licitações, de modo a que o orçamento estimativo reflita, de fato, os preços praticados no mercado à época do certame.

Para que um orçamento realmente cumpra a sua função de estimar uma média de valor de produto ou serviço, as fontes pesquisadas devem ser atuais, isto é, devem representar o valor vigente de mercado no momento da sua elaboração.

Nesse sentido, entende o TCU:

Com efeito, é oportuno determinar ao órgão que, doravante, abstenha-se de utilizar pesquisa de preços defasadas em suas licitações, de modo a que o orçamento estimativo reflita, de fato, os preços praticados no mercado à época do certame [2].

O TCU orienta que:

Entre as principais causas para deficiências no processo de formação de preços, citam-se os projetos incompletos, defasados e/ou deficientes e o uso inadequado de referências de preços ou, ainda, a própria deficiência do sistema referencial utilizado. (...)

Os valores orçados tornam-se defasados ao longo do tempo. Tal fato ocorre tanto em função da perda do poder aquisitivo da moeda (inflação), quanto em função de flutuações de preços dos insumos, alterações tributárias, evolução dos métodos construtivos, bem como diferentes cenários financeiros e gerenciais, que limitam no tempo a validade e a precisão de um orçamento.

Em regra, quanto mais tempo transcorrer após a elaboração do orçamento, menor será a sua precisão na estimativa do custo efetivo da obra. Assim, o orçamento tem sua validade associada a uma determinada data-base. O decurso do tempo pode exigir a incorporação de novos parâmetros e a necessidade de realizar ajustes financeiros [3].

Além disso, importa lembrar que a adoção de planilha orçamentária defasada é uma condição inevitavelmente limitadora da competitividade, uma vez que resulta na restrição à participação de empresas cujas propostas não se enquadram ao orçamento defasado e, além disso, a contratação por valores inexequíveis que iriam gerar aditivos contratuais ou até mesmo a inexecução da obra.

Nesse sentido, em caso análogo, entendeu o TCU por:

*9.4. determinar, nos termos do art. 45 da Lei n.º 8.443, de 1992, e do art. 250, II, do RITCU, que, no dispêndio de recursos federais, o **Município de Vilhena – RO abstenha-se de incorrer nas seguintes falhas:** (...)*

9.4.3. deficiência nos preços indicados nos projetos básicos das Concorrências 1/2018/CPLMO e 2/2018/CPLMO, em face de os orçamentos estimativos nos aludidos projetos fazerem referência a dezembro de 2016, a despeito de os referidos certames terem sido lançados em março de 2018, com a defasagem de preço superior, assim, a quinze meses, em afronta ao art. 6º, IX, da Lei 8.666, de 1993;

***9.4.4. utilização de orçamento estimativo com data de referência superior a doze meses, inviabilizando a correta avaliação do custo real das obras por parte da administração pública.** [4]*

Por último, convém destacar que, para os casos em que, por alguma razão, não houve previsão na minuta contratual do reajuste e seus índices respectivos, é possível demandar o ajuste via termo aditivo, o que se recomenda seja feito.

[2] UNIÃO, Tribunal de Contas. Acórdão nº 1.462/2010. Plenário, Relator Ministro Marcos Bemquerer Costa.

[3] UNIÃO, Tribunal de Contas. Orientações para elaboração de planilhas orçamentárias de obras públicas / Tribunal de Contas da União, Coordenação-Geral de Controle. Externo da Área de Infraestrutura e da Região Sudeste. Brasília: TCU, 2014, p. 8 e 19.

[4] UNIÃO, Tribunal de Contas. Acórdão nº 1398/2018. Plenário, Relator Ministro André de Carvalho.

Reequilíbrio (Revisão)

O reequilíbrio tem outra perspectiva e, por isso, merece um tratamento diferenciado. Entenda-se:

b) embora não objeto de conceituação na lei no Art. 6º (dispositivo especialmente voltado às conceituações), mas também presente na NLLC (Art. 124, inc. II, alínea “d”, com semelhanças à previsão da lei anterior), está o reequilíbrio econômico-financeiro que não é alcançado pelo reajuste, mas interligado a circunstâncias outras, ou seja, “força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato”.

Dentre as causas de reequilíbrio econômico-financeiro estará, por exemplo, a insuficiência do reajuste para alcançar todas as alterações fáticas que impactaram o contrato.

Para esses casos será necessário proceder-se a uma fase de apuração dos fatos geradores e sua repercussão sobre o contrato, com a comprovação fática e técnica da ocorrência e do valor atribuível, fazendo constar os novos valores em aditivo contratual firmado entre as partes.

Embora a NLLC não pudesse tecer todos os detalhes de como se dá a procedimentalização dessa discussão (o que competirá aos normativos infralegais e nas diferentes esferas), o fato é que trouxe uma série de regras importantes que já conferem alguma padronagem a essas discussões.

O reequilíbrio exige uma fase procedimental administrativa e eventual alteração de valores a partir de termos aditivos ao contrato.

Têm aumentado as previsões normativas, expedidas por cada órgão, de como se realizam esses processos administrativos de reequilíbrio, pelo que é útil ao interessado conhecer, além do que previsto no próprio contrato, quais normativos se aplicariam no caso concreto.

Nem todos esses normativos têm sido editados sob bases jurídicas e técnicas válidas, sendo prudente cogitar de questioná-los.

Mais adiante este Tomo trará como se deve proceder para conseguir o reequilíbrio.

De antemão, importa destacar que o reequilíbrio pode ser proposto pela própria Administração ou ter, conforme edital e contrato, periodicidades de revisões chamadas de ordinárias. Ou, então, o pedido poderá ser feito **a qualquer tempo** pelo contratado, atentando-se para os requisitos necessários ao seu deferimento.

Em qualquer hipótese sugerimos especial atenção às condições de formulação do pedido, evitando-se que, por defeitos de forma, o pedido venha a ser indeferido ou retardado o seu deferimento.

Como promover reajuste

Para os casos em que o reajuste em sentido estrito está claramente definido em edital e contrato, ele poderá ser objeto de mera apostila (Art. 136, inc. I), como ocorria na lei anterior (Art. 65, §3º).

Ao contratado é lícito, portanto, já emitir as notas fiscais, a partir do 13º mês, sob a égide dos novos valores nos contratos firmados com base nessas duas leis.

Mas a empresa deve avaliar se a medida é, de fato, conveniente do ponto de vista relacional e, sobretudo, se o contrato não tem cláusula que bloquearia tal medida, exigindo que se realize um pedido expresso.

Destacamos que não se pode deixar de exigir o reajuste porque o entendimento dominante, ainda que não o mais adequado à luz do direito à manutenção das condições da proposta assegurada pela Constituição da República, é o de que não demandar o reajuste significa a ele renunciar.

Logo, postular o reajuste/emitir as notas (ver acima o que já foi explicado) a tempo e a modo é crucial. Por vezes as empresas não fazem os pedidos entendendo que podem apresentá-lo depois. Isso é um erro.

Atenção ainda, no que tange aos contratos celebrados à luz da lei anterior (nº 8.666/93), para os quais não há a previsão de índice específico, a casos em que se formulou pedido de reajuste e está a se celebrar termo aditivo para outra finalidade (exemplo: alteração contratual).

Não aconselhamos celebrar termo aditivo sem já resolver o reajuste.

Se houver resistência da Administração para já resolver o reajuste no mesmo termo aditivo, no mínimo há de se incluir cláusula dizendo que a empresa não está renunciando ao reajuste postulado.

Muitas vezes a Administração Pública é resistente a que essa ressalva esteja no corpo do termo aditivo (que é a solução ideal). Se, após as tratativas, essa inclusão ainda se mostrar inviável, é recomendável que, no mesmo momento da apresentação do termo aditivo assinado, a empresa seja categórica que a assinatura não comporta qualquer nível de renúncia, desistência ou aquiescência com o não fornecimento ou tratativa do reajuste (ou do reequilíbrio), mantendo-se a pretensão desse.

Essa manifestação contemporânea deve se dar de forma a que, se necessário for no futuro, a empresa tenha como comprovar sua manifestação, razão por que recomendamos que a empresa adote um desses comportamentos, ao menos:

- a) protocolo das vias assinadas do termo aditivo, através de autenticação mecânica, digital ou física, acompanhada de ofício informando que a entrega das minutas nesses termos não comporta renúncia, desistência ou preclusão do direito ao reajuste (ou reequilíbrio, conforme o caso), guardando a empresa referido comprovante de protocolo;
- b) e-mail narrando a discordância retrorreferida (preferencialmente no corpo do email), contemporânea à entrega das referidas minutas;
- c) remessa das vias assinadas do termo aditivo, por carta com AR, acompanhada do ofício acima referido;
- d) notificação extrajudicial cartorária de similar conteúdo.

Sugerimos atentar-se para a contemporaneidade dessa objeção, ou seja, ela tem de se dar juntamente com a entrega das minutas.

Outras observações necessárias:

- a) se o reajuste não for, de fato, realizado, a empresa deve considerar judicializar o tema, especialmente porque não o fazer também pode ser visto negativamente, como renúncia tácita, mesmo que se trate de entendimento equivocado;

b) essas ações judiciais devem ser propostas em, no máximo, cinco anos, sob pena de prescrição.

Importa destacar que a BRASINFRA não coaduna com os posicionamentos de que haveria renúncia tácita ou preclusão por parte dos contratados, quando eventual termo aditivo não resolva, de pronto, pedidos de reequilíbrio ou reajuste.

A uma, porque a legislação indica que a Administração Pública tem 5 anos para tomar as ações necessárias em situações como essa (a exemplo do Art. 54 da Lei federal nº 8.987/95 e Art. 1º do Decreto federal nº 20.910/32).

A duas, porque a preclusão não é aplicável no não reclamo de direitos aos próprios servidores públicos, nem mesmo com o advento de sua aposentadoria, não sendo o caso de se criar interpretações distintas quanto ao fluxo do tempo.

A três, porque há interesse público no real equilíbrio econômico-financeiro dos contratos públicos, que vão propiciar que esses sejam efetivamente cumpridos e, assim, alcançados os bens jurídicos que por eles são tutelados.

Nesse sentido, é através da execução desses contratos que se viabilizam serviços públicos essenciais, se propicia à população em geral o acesso a direitos fundamentais e se viabilizam políticas públicas.

A quatro, porque isso importaria enriquecimento ilícito do Estado, o que é vedado possa ocorrer.

Nesses sentidos está, por exemplo, o posicionamento da AGU, como se vê no Parecer nº 00002/2018/CPLC/PGF/AGU :

“a) a assinatura de termo aditivo de prorrogação não implicará a preclusão da faculdade de requerer a revisão dos preços contratados com fundamento no art. 65, §5º, da lei nº 8.666/1992;

b) enquanto não prescritos os créditos contra a fazenda pública, a preensão da empresa poderá ser reconhecida pela administração;

c) eventual renúncia ao direito à revisão deverá ser formalizada por comunicação do contratado ou, preferencialmente, por termo aditivo, no qual reste clara a expressa e específica manifestação de vontade da contratada;

d) ressalvadas razões de ordem técnica em contrário, não é recomendável a previsão de prazo para a contratada requerer a revisão dos preços do contrato administrativo fundada no art. 65, §5º, da lei nº 8.666/93”.

Apesar dessa discordância, é recomendável evitar o debate e já proceder à assinatura do termo aditivo que contenha todos os itens indispensáveis.

Para os casos de repactuação, deverá o contratado apresentar à Administração Pública os instrumentos com novos valores (acordos, convenções ou termos coletivos das categorias envolvidas), juntamente com os cálculos que apontem quais seriam os novos valores a praticar, cabendo à Administração Pública proceder à conferência e à aplicação dos novos valores por apostila ou termo aditivo (pelo primeiro, nos casos da NLLC, conforme previsão da parte final do inc. I do Art. 136; pelo segundo, nos casos da lei anterior).

Os Tribunais de Contas indicam a necessidade de que se avalie se na repactuação não ocorrerá bis in idem em relação ao reajuste em alguns casos específicos, o que a avaliação da Administração Pública poderá afastar. Chancelada que seja a repactuação, será objeto de mero apostilamento na NLLC.

Atenção: a NLLC determinou que a Administração Pública deve prever no contrato o prazo para responder a pleitos de reajuste, repactuação ou reequilíbrio (e deve o contratado cobrar que a resposta ocorra no prazo previsto).

Nesse sentido estão, por exemplo, os Arts. 92, incs. X e XI (6), §6º (7), sugerindo-se que, caso a minuta do edital não traga essa previsão, seja objeto de pedido de esclarecimentos na fase própria.

Sugerimos que esse cuidado seja tomado também em relação a contratos derivados de outras leis. Mais adiante voltamos a essa reflexão.

Como promover reequilíbrio ou revisão

Já o reequilíbrio econômico-financeiro terá sistemática distinta: seja por iniciativa da própria Administração Pública, seja por iniciativa do contratado, será necessária uma **fase procedimental administrativa de apuração** do fato gerador, da causalidade desse para o desequilíbrio e os valores respectivos.

Como já dissemos acima, cada órgão tende a possuir o seu próprio normativo de procedimentalização desse reequilíbrio, para além das regras que estiverem dispostas na NLLC, no edital e no contrato. Esses instrumentos deverão ser verificados no caso concreto.

Algumas sugestões são feitas nesse enfrentamento:

a) é possível que o normativo do órgão preveja a necessidade de alguma temporalidade, sistema de gatilhos ou condições para que os pedidos sejam feitos, o que deverá ser objeto de atenção do requerente (e, se necessário, a defesa da incongruência da exigência feita). Isso deve estar claro no contrato e, novamente, sugerimos atenção para, se necessário for, impugnar ou pedir esclarecimentos na fase licitatória;

b) aconselha-se que todos os pedidos sejam acompanhados de uma defesa técnica e de documentação comprobatória dos valores pretendidos, priorizando-se fontes confiáveis e/ou oficiais de preços e que melhor expressem a realidade de mercado;

c) aconselha-se que todos os pedidos sejam construídos com argumentações apropriadas, técnica e faticamente, evitando-se arguições genéricas e obscuras, se está utilizando a legislação de suporte adequada, que forcem a realização de diligências, postergação de análises ou indeferimentos;

d) na avaliação se está utilizando a legislação de suporte adequada, sugerimos atentar que, para os pedidos de reequilíbrio formulados **perante empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como suas subsidiárias**, a legislação aplicável é a Lei federal nº 13.303/16, acompanhada dos regulamentos emitidos por essas mesmas entidades.

A fundamentação dos pedidos de reequilíbrio, nesses casos, com base na Lei nº 8.666/93 ou na NLLC, assim como em doutrina e jurisprudência construídos sob a égide e o império dessas, pode prejudicar ou inviabilizar o sucesso do pleito.

Da mesma forma, deve-se ter especial atenção quando o contrato foi firmado com matriz de riscos (**obrigatório no caso de contratos celebrados com estatais mas nem sempre obrigatório na Lei 14.133/21**). Para saber sobre matriz de risco na Lei

[5] Disponível em <https://www.gov.br/lagu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/arquivos/PARECERN-000022018CPLCDEPCONSÚPGFAGU.pdf>. Consulta em 24/2/2022.

14.133/21, consulte o Tomo 03), devendo-se avaliar se nessa há algo que impeça ou afete o pleito pretendido;

e) aconselha-se que todos os pedidos sejam documentados durante a execução do contrato e sejam mantidos reiterados, inclusive nos casos em que, por outras razões, se tenha de firmar termos aditivos (no caso da firmação desses, expressa ressalva que afaste posterior alegação de preclusão sobre o tema);

f) aconselha-se que todos os pedidos e comunicações com o órgão contratante sejam formais e realizados pelas vias próprias, inclusive nos casos em que o tema for objeto de reuniões (das quais deverá haver ata respectiva).

Importa lembrar, também, que alguns pontos cruciais à fase da execução contratual devem estar definidos desde o processo licitatório, não só em razão do que consta do edital, mas também do que resulta da fase de pedidos de esclarecimentos e impugnações.

Como dito em Tomos anteriores, a exemplo dos Tomos 4 e 5, naquilo em que o edital não contiver regras claras, convém atentar para a fase de esclarecimentos, já que as respostas dadas pela Administração Pública são vinculantes e imperativas. E, como temos ressaltado, serão importantes para evitar discussões e problemas futuros.

Portanto, sugerimos especial atenção ao ato de questionar pontos relevantes à fase executória, tais como:

a) qual o índice (ou os índices ou fórmula paramétrica) que será utilizado para fins de reajuste;

b) como se procederá à revisão da proposta comercial sobre as diferenças de preço havidas entre a data da orçamentação e a data da apresentação da proposta;

c) como se calculam os reajustes: se a partir da data da orçamentação ou outra;

d) se é possível o reajuste dos valores no ato da assinatura do contrato, considerando o interstício havido entre a orçamentação e a proposta, ou entre a proposta e a assinatura do contrato, ou entre a orçamentação e a assinatura do contrato, ou entre qualquer desses intervalos e o efetivo início da prestação do serviço ou execução do cronograma, se entre esses instantes tiver ocorrido espaço de tempo superior a 12 meses;

e) qual o prazo de resposta, pela Administração Pública, dos pedidos de reajuste, repactuação ou reequilíbrio, de forma que ela esteja “em mora” quando não realizar a solução nesse prazo e se, no silêncio, ocorre deferimento tácito;

f) quais os procedimentos, normativos e requisitos de necessário cumprimento pelo contratado ao requerer reajuste, repactuação ou reequilíbrio, evitando-se indeferimentos em razão do desatendimento desses; dentre outros questionamentos importantes.

Ainda, importa considerar que o orçamento proposto pela Administração Pública deve ser o mais atualizado possível, evitando-se que as propostas comerciais tenham de ser apresentadas em consideração a orçamentos já defasados, especialmente quando os processos de reajuste e revisão não estão garantidos de atualização a partir da data em que o orçamento foi feito.

[6] Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam: X - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso; XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso.

[7] §6º. Nos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços será preferencialmente de 1 (um) mês, contado da data do fornecimento da documentação prevista no §6º do art. 135 desta Lei.

Não raras vezes a Administração Pública tem ciência da defasagem do orçamento que utiliza, com algum beneplácito dos órgãos de controle, forçando a ocorrência da licitação mesmo assim.

Mas, se essa ocorrência imperar, é dever que proceda à atualização dos valores pelos mecanismos certos e respeitando todo o período desde a orçamentação originária na reforma do preço, porque:

a) não pode haver enriquecimento ilícito da Administração Pública, autorizando que essa contrate mais por menos, em desrespeito ao preço de mercado e ao direito dos contratados de serem remunerados com justiça pelo produto ou serviço que fornecem;

b) a atitude de gerar ao mercado um consciente ou claro prejuízo financeiro afeta a competitividade das propostas e a busca da contratação mais eficiente, ferindo-se princípios legais e constitucionais;

c) pode significar o esvaziamento do mercado de competidores sérios e aptos à prestação do bem ou do serviço, comprometendo o intento de bem adquirir, o que também atenta contra o princípio constitucional da eficiência.

Por isso, necessário que os orçamentos sejam construídos sobre bases sólidas, justas e atualizadas, sendo indispensável que os competidores a isso se atentem no curso do processo licitatório, insurgindo-se contra as situações em que isso se mostra sacrificado.

Integra o universo de preocupações que os licitantes devem possuir o de que o orçamento dado pela Administração Pública seja o mais atualizado possível e que sejam claras as regras para sua constante atualização, bem como de que forma o reequilíbrio será efetivado e garantido quando chegar a hora.

Quanto mais essas regras são antepostas e claramente definidas, menor será o espaço de litigiosidade entre contratante e contratado na relação futura, assim como menor os riscos de inexecutabilidade ou ineficiência que comprometam a obtenção do resultado pretendido.

A NLLC, ao estipular como busca razoável o aumento do espectro de matrizes de risco nos contratos públicos, visou exatamente a que se antevisse o maior número possível de sequelas e mazelas contratuais, com soluções preestabelecidas que diminuam os espaços de conflito.

Importa destacar, ainda, que alguns itens contratados (sejam insumos de um serviço ou obra) costumam sofrer específicas e contínuas alterações de valor, a exigir que a Administração Pública tenha, sobre esses, um olhar especial.

Nesse sentido, é possível visualizar duas possibilidades concretas:

a) de um lado, a insatisfatoriedade de uma fórmula de reajuste, que deveria ser mais conglobante para itens que possuem índices próprios e podem ser por essa incluídos;

b) de outro lado, a recorrência de itens que melhor se condicionam ao conceito de reequilíbrio, mas que podem possuir um sistema simplificado de concessão, como acontece, por exemplo, com os itens betuminosos, derivados de petróleo, aço e concreto, cujo dinamismo da alteração dos preços e recorrência dos aumentos pontuais (fora de uma temporalidade de 12 meses como o reajuste ou de imprevisibilidade pura como o reequilíbrio) permitem que sobre esses se debruce a Administração Pública de uma forma mais simplificada. Muitos desses, inclusive, possuem impacto significativo sobre o preço da proposta comercial, com influência expressiva sobre a sustentabilidade do próprio contrato.

Portanto, é possível criarem-se desenhos específicos (por alguns denominados de “re-

alinhamento de preços”) para essas situações recorrentes do universo de serviços e obras de engenharia.

De igual forma, podem ser objeto de questionamento na fase própria do processo licitatório.

O objetivo, ao final, é fazer com que o reequilíbrio seja a retomada do preço “tal como pactuado”, como assim posto no Art. 124, inc. II, alínea “d” da NLLC.

Nesse ponto, algumas considerações especiais podem ser feitas, a saber:

a) a Lei do Plano Real, ainda vigente (Lei federal nº 9.069/95), estabelece em seu Art. 28 que os contratos celebrados com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados terão sua periodicidade de aplicação **como anual**. Ao mesmo tempo prevê, em seu §5º, que o Poder Executivo poderá **reduzir a periodicidade**.

Historicamente, no entanto, tem se mantido a periodicidade anual para os reajustes, mesmo que presentes e fundadas as discussões de que essa periodicidade, no caso concreto, pode significar (e muitas vezes significa) a impossibilidade de uma execução saudável, especialmente em tempos de inflação galopante e de aumentos repetidos e constantes de alguns insumos expressivos (inclusive para os setores da engenharia, como acontece, por exemplo, com combustível e outros derivados de petróleo, aço e cimento).

Para além das discussões de modificação do texto legal ou regulamentação do Executivo de temporalidades menores, o que não for possível abarcar em uma fórmula paramétrica mais equitativa de reajuste, restará ser levado às discussões de reequilíbrio.

b) Nessas, no entanto, sugere-se dividir as discussões em dois universos: de um lado, os insumos que corriqueiramente têm alteração de preços que afetam a saúde dos contratos (como é o caso dos exemplos trazidos acima, dos derivados de petróleo, cimento, aço e outros componentes que possuem índices oficiais ou estabelecidos por instituições renomadas). De outro lado, porque necessário sopesar as circunstâncias à luz da teoria da imprevisão, o procedimento ordinário de discussão dos itens.

Para o primeiro grupo, portanto, um procedimento de reequilíbrio simplificado é possível, haja vista que a afetação desses insumos sobre o valor original da proposta se dá de maneira bastante uniforme a distintos contratados, podendo a Administração Pública simplificar tanto os pedidos quanto as concessões.

Alguns exemplos de aplicação simplificada têm se espalhado pelo país, em parte d nominados como “realinhamento de preços”, à falta de uma terminologia posta pela lei ou unificada pela doutrina especializada.

O sentido é, de fato, agilizar os procedimentos de concessão (ou ao menos não os represar, como tem acontecido) e evitar que o tempo de tramitação desses signifique um novo desequilíbrio contratual ou, até mesmo, a incapacidade de o contrato (ou o próprio contratado) se sustentar.

Não é de hoje que o setor de infraestrutura vem clamando em face das demoras reiteradas da Administração Pública em avaliar e conceder os pedidos de reequilíbrio.

O período pandêmico, por exemplo, serviu de exemplo da contínua e endêmica demora nessa análise: ao final de 2 anos do período, inúmeros pleitos de reequilíbrio ainda não foram solucionados. Essa demora, como se sabe, é perniciososa.

Afinal, o interesse da Administração Pública é viabilizar a efetiva ocorrência dos resultados pretendidos com os contratos e não simplesmente pagar menos por esses.

Como vimos dizendo em Tomos anteriores, o objetivo é ter propostas e contratos **vantajosos** e no conceito de vantajosidade está a própria ideia de eficiência (exigida da Administração Pública pela Constituição Federal).

Por isso, para esses insumos de aumento recorrente e impactante sobre a saúde dos contratos e a resiliência financeira dos contratados, é possível projetar-se um procedimento simplificado de concessão.

Essa simplificação procedimental se mostra absolutamente condizente com os ditames legais, a exemplo do que ocorre com a LINDB .

Afinal, o objetivo da negociação a ser engendrada com a Administração Pública é trazer soluções proporcionais, equânimes, eficientes e compatíveis com os interesses gerais (Art. 26, §1º, inc. I).

Além disso, encontrar soluções que corretamente avaliem as consequências práticas do decidir (inclusive de sopesar a demora nas concessões de reequilíbrio e seu efeito prático, bem como as soluções alternativas possíveis) (Arts. 20 e 21).

Portanto, é perfeitamente possível que os órgãos criem procedimentos simplificados de reequilíbrio para componentes corriqueiramente impactantes do equilíbrio e que ocorrem em temporalidades inferiores aos 12 meses previstos para reajuste e que sacrificam os contratados e a viabilidade dos resultados pretendidos.

Já não é de hoje que doutrina e jurisprudência acolhem, sem maiores traumas, a importância da **distribuição do ônus do tempo dos processos**, princípio que garantiu, ao longo dos anos, a criação de ferramentas e institutos jurídicos capazes de equalizar essa distribuição na realidade.

Isso, inclusive, como clamor de justiça. Afinal, a que tarda, falha.

Nesse sentido, por exemplo, a reforma realizada no Código de Processo Civil em 1994, instituindo o que hoje amplamente se conhece como “tutela antecipada” nos processos judiciais.

No mesmo sentido estão outros tipos de tutela enumerados no Código de Processo Civil atual (2005) e legislações extravagantes que reconheceram, claramente, que o compasso de espera por soluções é causa de novos traumas e impactos, devendo ser equalizado entre as partes, para que exista equilíbrio e desnecessidade de contínuas e repetidas compensações ou indenizações.

Tanto é assim que o tempo de duração razoável do processo foi erigido a princípio constitucional e direito fundamental, como se vê na Constituição Federal no Art. 5º, inc. LXXXVIII, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Em alguns casos históricos, a mera espera pode significar a morte dos direitos ou das possibilidades de sobrevida das partes e dos objetos. Essa mesma consequência da espera infinita se dá nas obras e serviços de engenharia.

Por diversas vezes o TCU já relatou os prejuízos ao erário e à obtenção de eficiência causados pela paralisação de obras públicas, muitas delas tornadas irrecuperáveis ou desvantajosas faticamente, dado o grau de reestruturação que requerem quando da retomada de sua execução.

De igual modo, o encarecimento das obras e serviços de engenharia nos processos de retomada, muitos afetados por processos de invasão, desgaste dos materiais, ausência de atividades de manutenção e recuperação tempestivas, dentre outros fatores graves.

Com efeito, soluções tempestivas que visem a remediar os riscos reais e conhecidos

da postergação sine die dos reequilíbrios convêm serem meditadas e estão previstas na legislação (sobretudo a LINDB) e acatadas pela experiência normativa e jurisprudencial de distribuição do ônus do tempo dos processos.

Por esse motivo, a implementação de procedimentos simplificados de reequilíbrio para esses casos se mostra condizente e bem-vinda.

Nesse viés está, inclusive, a redação da NLLC, como se vê nos Arts. 151 e 153, que prestigiam a utilização de meios alternativos de **prevenção e resolução de controvérsias**, onde a previsão desse procedimento simplificado se amolda.

Quais os cuidados com termos aditivos

Para além dos cuidados listados no item anterior, é importante que com os termos aditivos se tenham os seguintes cuidados:

a) como o reequilíbrio será, necessariamente, objeto de termo aditivo contratual, e como é possível que as partes tenham outros temas a discutir também por esse meio ao mesmo tempo (por exemplo, prorrogação de prazo, modificação de cronograma, alteração qualitativa ou quantitativa, bem como alteração de outras regras contratuais), é necessário que, **ao assinar um termo aditivo por outras razões, não se corra o risco de prejudicar ou afetar a discussão do reequilíbrio, provocando a interpretação de ter havido preclusão e renúncia tácita aos respectivos valores.** Essa mesma observação foi realizada acima quando falamos de reajuste.

Vale lembrar que a BRASINFRA discorda do argumento de que poderia haver preclusão ou renúncia tácita na hipótese de termos aditivos **que não abordassem alteração de valores por meio de reajuste, realinhamento ou reequilíbrio.** Contudo, para evitar debates e atropelos, mantém-se a recomendação de que os termos aditivos já tratem desses assuntos sem postergação.

Se, contudo, isso se mostrar inviável por alguma razão, mantém-se a recomendação do **cuidado de que a celebração de aditivo contratual por outra temática receba a ressalva de que sua assinatura não impede o seguimento das discussões das partes sobre o reequilíbrio.**

Aconselha-se que a ressalva esteja literal no próprio termo aditivo (integrando seus “considerandos” ou suas cláusulas) ou, se isso se mostrar inviável junto ao órgão, seja concomitante a esse e sempre de forma expressa e escrita (e-mail, ofício etc, vide recomendações anteriores).

Convém registrar, no entanto, que **a recomendação principal nesses casos é que um mesmo termo aditivo já comporte todas as discussões necessárias, não se postergando a temática do reequilíbrio.** Afinal de contas, foi essa a própria dicção da NLLC e que veio para evitar as postergações provocadas pela Administração Pública, como se vê na orientação do Art. 130.

b) A NLLC deixou o espaço à regulamentação pelo órgão contratante para

[9] LINDB é a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e que orienta todas as normas jurídicas brasileiras. Trata-se do Decreto-Lei nº 4.657 de 4/9/1942, recepcionado pela Constituição Federal de 1988. A norma sofreu uma importante alteração em 2018, pela Lei federal nº 13.655, que trouxe novos dispositivos (Arts. 20 a 30), que impactaram fortemente nas atividades administrativa, judicial e de controle, devendo ser acatadas as inclusões em toda e qualquer decisão proferida nessas esferas. O texto está disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 17/5/2022.

situações como essa e, por isso, importa consultar as regras que serão aplicadas em cada caso concreto.

Em que pese seja questionável que o ente público crie regras inovadoras e restritivas após a publicação do processo licitatório, é indispensável que se acompanhe a produção normativa do órgão que, se necessário for, seja questionada antes de ter de se submeter aos seus termos.

c) considerando que o reequilíbrio exige uma fase administrativa de comprovação e negociação até que se efetive em termo aditivo, indispensável que a solicitação de sua concessão não seja retardada imotivadamente, otimizando-se o tempo.

d) embora o encerramento do contrato não inviabilize a ocorrência de discussões sobre o seu equilíbrio, o pedido respectivo sugere-se ocorra sempre no prazo de sua vigência.

No caso dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos, sujeitos a prorrogações sucessivas, a NLLC determinou que o pedido seja realizado antes dessas prorrogações, como se vê nos Arts. 131, parágrafo único c/c 107.

e) em que pese possam os pedidos de reequilíbrio ser feitos a qualquer tempo, não sendo obrigatório aguardar os prazos de revisão ordinária dos contratos, convém atentar para as previsões editalícias, contratuais e normativas das temporalidades apontadas, evitando-se que por razões formais ocorra indeferimentos;

f) caso o edital e o contrato (ou até mesmo os normativos do órgão) não prevejam quanto tempo tem a Administração Pública para responder aos pedidos de reequilíbrio, convém seja o fato objeto de pedido de esclarecimentos ao tempo da licitação e se já ultrapassada essa fase o questionamento formal e por escrito que trate dessa mora e suas eventuais consequências. É possível, inclusive, que esse prazo passe a constar do contrato no próximo termo aditivo confeccionado, o que se sugere buscar.

g) nos casos em que o edital previr uma matriz de riscos, é necessário ter muita atenção se a Administração Pública não alocou ao contratado os riscos de elevação dos insumos e custos envolvidos.

Assim ocorrendo, sugere-se questionar a previsão e produzir o equilíbrio das regras ainda na fase licitatória (ou da contratação direta).

Como dito, não é mais obrigatória a realização de audiência pública para contratos de grande vulto (nem mesmo de consultas públicas), o questionamento individualizado não deve faltar no momento da impugnação ou pedido de esclarecimentos.

h) qualquer termo aditivo que tiver de ser celebrado entre as partes é a oportunidade para que se regularize as cláusulas faltantes, como é o caso dos índices oficiais para reajustamento em sentido estrito ou as regras de reequilíbrio, inclusive em atenção ao disposto no Art. 26 da LINDB. Sugere-se, portanto, não perder tal oportunidade.

i) nos casos dos contratos de empreitada por preço unitário, qualquer aumento de quantitativos deve encontrar, por consequência, o aumento do valor contratado, com a respectiva menção em termo aditivo.

j) a orçamentação realizada pela Administração Pública, ao tempo da licitação, pode ter uma temporalidade um pouco distante do momento de apresentação das propostas, interstício no qual os preços de mercado podem sofrer alterações signi-

ficativas. Sobre esse ponto, cabem as considerações abaixo. Quando o reajuste ou a repactuação estão vinculados à data da apresentação da proposta, e não à data da orçamentação pela Administração Pública, e o licitante não pode apresentar proposta de preço em desacordo com o orçamento apresentado na licitação, sob pena de desclassificação, deve-se entender que o contratado tem direito à compensação das perdas decorrentes desse interstício, sob pena, mais uma vez, de enriquecimento ilícito da Administração Pública. Isso se mostra condizente, inclusive, com o disposto na Lei nº 8.666/93, Art. 3º, §1º, inc. I e 40, inc. XI (que prevê a possibilidade de o reajuste ser contado da data da “apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir”).

No mesmo sentido também a Lei do Plano Real (Lei federal nº 10.192/01) em seu Art. 3º[11] e seu §1º[12]. Ainda, o Decreto federal nº 9.507/18, Arts. 12, inc. I[13] e [14].

No mesmo sentido também está a jurisprudência do TCU, como se vê no Acórdão 19/2017-P[15].

Afinal de contas, o objetivo é que o reajuste seja capaz de “refletir a variação efetiva dos custos dos serviços e insumos” 16, como rotineiramente enfatiza o TCU.

Nesse mesmo sentido a NLLC, ao prever a definição de reajustamento em sentido estrito no Art. 6º, inc. LVIII, ou seja, “forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais”. O objetivo é resguardar que o preço seja capaz de refletir a variação adequada e efetiva sempre, garantindo um equilíbrio das relações entre as partes contratantes.

Assim também caminha a jurisprudência, inclusive em decorrência dos impactos causados pelo período pandêmico.

Como solucionar eventuais impasses sobre o tema

Para além da sugestão final do tópico anterior, os impasses porventura existentes entre as partes sobre reajustes em sentido estrito, repactuações ou reequilíbrios, poderão ser solucionados de uma das seguintes formas:

a) acordo administrativo

O entendimento entre as partes, diretamente, é a forma ideal de solução de controvérsias, seja em razão da redução de custos que comporta, seja em razão da redução de tempo que pode significar, além da preservação do ambiente amistoso indispensável às relações contratuais e à boa-fé.

Ele é estimulado por uma série de normativos e orientações de órgãos de controle, tendo como uma de suas fontes principais o que hoje contido no Art. 26 da LINDB, dirigido a toda e qualquer relação bilateral em que é parte a Administração Pública.

Portanto, em que pese essa seja uma cultura responsiva em evolução, todos os estímulos devem ser direcionados à sua ocorrência.

b) meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente

conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e arbitragem (Art. 151, caput e parágrafo único), valendo observar o que estiver descrito no contrato.

A NLLC veio exatamente reforçar a importância da consensualidade e do estímulo à solução das controvérsias, inclusive em atenção ao custo expressivo das judicializações desses temas à própria Administração Pública.

c) não se descartam os meios judiciais para a solução dos conflitos não resolvidos na via administrativa.

[10] Art. 3º. §1º. É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo.

[11] Art. 3º. Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

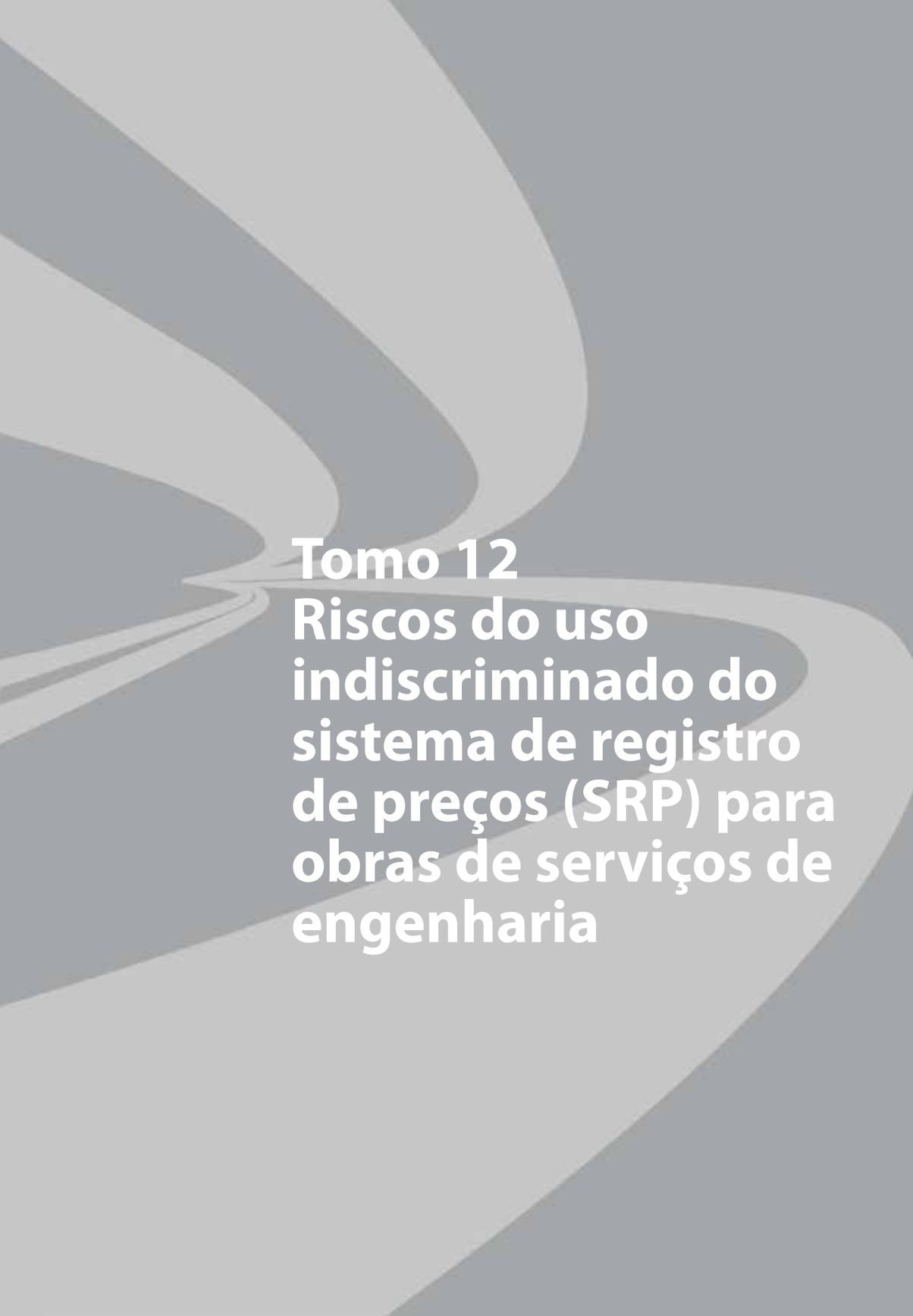
[12] §1º. A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

[13] Art. 12. Será admitida a repactuação de preços dos serviços continuados sob regime de mão de obra exclusiva, com vistas à adequação ao preço de mercado, desde que: I - seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos para os quais a proposta se referir.

[14] Art. 13. O reajuste em sentido estrito, espécie de reajuste nos contratos de serviço continuado sem dedicação exclusiva de mão de obra, consiste na aplicação de índice de correção monetária estabelecido no contrato, que retratará a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais.

[15] Essa a determinação: “9.5. Recomendar ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão que: 9.5.1. em futuras licitações de obras públicas, quando se demonstrar demasiadamente complexa e morosa a atualização da estimativa de custo da contratação, adote como marco inicial para efeito de reajustamento contratual a data-base de elaboração da planilha orçamentária, nos termos do art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993 e do art. 3º, §1º, da Lei 10.192/2001”. Como dito pelo Em. Relator, acompanhado por seus pares: “24. Como se vê, o gestor público pode adotar discricionariamente dois marcos iniciais distintos para efeito de reajustamento dos contratos: (i) a data limite para apresentação da proposta; e (ii) a data do orçamento. Ocorre que o segundo critério se mostra mais robusto, pois reduz os problemas advindos de orçamentos desatualizados em virtude do transcurso de vários meses entre a data-base da estimativa de custos e a data de abertura das propostas. 25. Por esse motivo, entendo pertinente recomendar ao MPOG que, em futuras licitações de obras públicas, quando se demonstrar demasiadamente complexa a atualização da estimativa orçamentária da contratação, adote como marco inicial para efeito de reajustamento contratual a data-base de elaboração da planilha orçamentária” - UNIÃO, Tribunal de Contas. Acórdão nº 19/2017. Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, j. 18/1/2017.

[16] A título de exemplo veja-se o acórdão plenário nº 2.655/2009.



Tomo 12
Riscos do uso indiscriminado do sistema de registro de preços (SRP) para obras de serviços de engenharia

I - Apresentação

A BRASINFRA, criada para representar nacionalmente o setor de infraestrutura e propor iniciativas para alavancar o segmento em novas bases e sustentabilidade, preocupada com as interpretações que possam derivar da Lei Federal nº14.133/2021 –

Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), **vem por meio deste estudo pontuar ameaças à boa engenharia, descortinando problemas que podem advir do uso indiscriminado do Sistema de Registro de Preços.**

A boa engenharia depende de um correto planejamento da obra que leve em consideração as características físicas, condições geológicas do terreno, topografia etc. **Falhas na fase preparatória reverberam em obras inacabadas ou que se estendem pelo tempo não raras vezes com custos elevados diante da necessidade de termos aditivos voltados à correção de desacertos.**

O TCU, em suas manifestações distintas, já descortinou o grave problema que decorre da existência de obras paralisadas. O Acórdão nº 1.188/2007-TCU-Plenário apresenta diagnóstico de obras paralisadas e inacabadas de responsabilidade de órgãos e entidades do Poder que revela que, de cada quatro obras paralisadas ou inacabadas da amostra, aproximadamente três decorreram de problemas possivelmente ocasionados pelo poder público (74,18%) e apenas uma delas decorreu de problemas possivelmente atribuíveis aos contratados (25,83%).

Também se extrai do estudo do TCU que, de cada três obras paralisadas ou inacabadas da amostra, aproximadamente duas decorrem de problemas orçamentários/financeiros de responsabilidade do poder público (bloqueio LOA, fluxo orçamentário/financeiro e inadimplência do tomador/conveniente – 66,23%) e apenas uma delas está relacionada às demais causas.

Portanto, a partir dos dados constantes no Acórdão nº 1.188/2007-Plenário, **é possível depreender que os órgãos e entidades públicas podem ser os grandes responsáveis pelas obras paralisadas e inacabadas do país.** O TCU assinalou, a propósito, que a principal razão das obras da amostra analisada no Acórdão nº 1.188/2007-Plenário estarem inconclusas à época era decorrente de problemas orçamentários e financeiros, ressaltando que, à exceção das obras do antigo Projeto Piloto de Investimentos, que contavam com garantia de fluxo orçamentário/financeiro contínuo e não estavam sujeitas a contingenciamento.

Interessante considerar que as contratações de obras públicas em regra decorrem de procedimentos licitatórios e que esses se desenvolvem a partir de uma fase de planejamento. As licitações relativas a obras reclamam orçamento detalhado e previsão orçamentária.

Posteriormente, o TCU elaborou, no Acórdão nº 1.079/2019-Plenário, novo diagnóstico acerca das obras paralisadas e inacabadas no país, adotando metodologia diferente do acórdão anteriormente citado. O Acórdão TCU nº 1.079/2019-Plenário, ainda que tenha utilizado amostra de obras do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC –, identificou que 10% das obras paralisadas decorriam de problemas orçamentários e financeiros, provavelmente relacionados à contrapartida de entes subnacionais ou aos contingenciamentos realizados nos recursos orçamentários financeiros de obras do PAC a partir de 2015.

Nesse último trabalho, o TCU detectou como os motivos mais significativos das paralisações de obras foram: **47% das obras paralisadas decorriam de problemas técnicos – tendem a se relacionar mais diretamente com falhas de projeto ou dificuldades de caráter executivo!** – e 23% das obras paralisadas decorrem de abandono da execução contratual pela empresa, totalizando 70% do total de obras paralisadas.

Destaca-se a preocupação da Lei Federal nº 14.133/2021 (art. 18) com o planejamento das contratações públicas. A disciplina da fase preparatória prevê a obrigatoriedade de a administração avaliar, em cada caso, além dos custos estimados, os riscos existentes, aí se incluindo todas as variáveis capazes de impactar no resultado da contratação pública.

E, neste momento, é importante considerar o seguinte trade off: de um lado, ao preparar a licitação, a administração deve promover o aumento da competitividade; de outro, deve minimizar riscos existentes, o que pode, por sua vez, impactar na própria competitividade da licitação, com reflexos na seleção da proposta mais vantajosa.

Deve ser considerado que a **fase embrionária do certame é extremamente importante**, não apenas porque o **fracasso e o sucesso da licitação dela dependem** – ainda que não de forma exclusiva.

A despeito de importância atribuída à fase de planejamento e do rigor com a governança das contratações públicas, a Lei Federal nº 14.133/2021 admite o uso do

Sistema de Registro de Preços – SRP – para obras e serviços de engenharia, diante de condições ali alinhavadas.

O conteúdo, aqui apresentado, é resultado de debate promovido pelos representantes de variados sindicatos e associações do setor da construção dos vários sindicatos e entidades associados à **BRASINFRA**, que constituíram um Grupo de Trabalho (GT), para o estudo específico do SRP e suas repercussões no âmbito da engenharia, em todo o território nacional.

O objetivo é trazer conclusões práticas, **nomeadamente nos itens IV, V e VI deste estudo**, quanto ao risco da aplicação do SRP, nos termos da Nova Lei de Licitações e

Contratos – NLLC –, **de forma indiscriminada, no contexto das obras e serviços de engenharia**, bem como estabelecer os requisitos mínimos a serem observados para a sua utilização, à luz do que preconiza a NLLC e outros normativos aplicáveis, como a Lei Federal nº 5.194/1966 e a Resolução do CONFEA nº 1.116/2021.

Por hora, é relevante considerar que **obras não são resultados de processos fabris, mas sim de fluxos de tarefas interdependentes que exigem projetos e a responsabilidade de um profissional**, pelo que sempre envolvem algum grau de complexidade técnica.

Por outro lado, a existência de um projeto não autoriza concluir que ele se ajusta a qualquer situação.

Diferentes soluções são exigidas para situações igualmente díspares. Portanto, a compreensão de que todo projeto demanda inputs específicos e a desconsideração deste fator provoca lesão ao próprio interesse público.

Diferentemente do fornecimento de bens ou serviços corriqueiros e repetitivos, que permitem a uniformização nos valores cotados, **as obras de engenharia não de considerar as características físicas, condições geológicas do terreno, topografia, entre outros fatores tornam inviável a pretensão de padronizar o projeto.** Não se pode desconsiderar essas variáveis, sob pena de ser necessário inverter a lógica, buscando-se um terreno que se adeque ao projeto.

Por hora, é relevante considerar que obras não são resultados de processos fabris, mas sim de fluxos de tarefas interdependentes que exigem projetos e a responsabilidade de um profissional, pelo que sempre envolvem algum grau de complexidade técnica.

Para além do acima registrado, preocupa-nos a ausência de norma a claramente sinalizar a inadequação de atas que funcionam como “guarda-chuva”, com objeto incerto e indefinido, sem a prévia elaboração sequer de projeto básico que ferem os princípios da economicidade, da competitividade e da obtenção da proposta mais vantajosa. Trata-se de medida repudiada pelo TCU, conforme se percebe da leitura do Acórdão 3.143/2020, Plenário, Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler.

O momento histórico atual há de ser compreendido como uma oportunidade para avanços na contratação e execução de obras públicas. Todavia, se o futuro regulamento federal não pavimentar a exegese correta, dissecando acerca dos cuidados que precisam ser observados, e quando de fato faz sentido o emprego do SRP no cenário das obras públicas, o porvir será de incremento de obras incompletas ou com valores dissonantes do mercado.

I – O Sistema de Registro de Preços como procedimento auxiliar das licitações – Art. 78,IV DA NLLC

A NLLC trouxe um capítulo próprio para os procedimentos auxiliares das licitações, que não se confundem com as modalidades de licitação. As modalidades constam do art. 28 da Lei 14.133/21. O legislador pretendeu uniformizar a disciplina da matéria trazendo para o corpo da lei os procedimentos que eram tratados em diversos regulamentos e detalhes para o uso padronizado.

Dentre os procedimentos auxiliares está contemplado o SRP - Sistema de Registro de Preços.

A Lei Federal nº 14.133/2021 trata o tema de forma mais detalhada quando comparada à sistemática da Lei Federal nº 8.666/1993.

Na lei anterior, há poucas regras sobre a matéria, delegando-se à cada esfera de governo adicionar detalhes por meio de regulamentos próprios. Questões como adesão à ata e intenção para registro de preços, entre outras, não eram objeto de previsão legal, mas de atos infralegais.

A União transportou parte das regras constantes do seu Decreto nº 7.892/2013 para a Lei, o que tem suscitado algumas críticas, já que tal sistemática esvaziou o espaço de regulamentação dos entes subnacionais.

A NLLC conceitua o sistema de registro de preços como o conjunto de procedimentos para a realização, mediante contratação direta ou licitação, nas modalidades pregão

ou concorrência, de registro formal de preços. Nos casos de obras, o Sistema de Registro de Preços demandará o emprego da concorrência.

Por meio do SRP, se registram os valores para que a Administração Pública (órgão gerenciador, que é o promotor da licitação, e órgãos participantes, que são os que, cientes de que uma licitação está se iniciando por meio da intenção de registro de preço, apresentam suas necessidades) deles lance mão na eventualidade de existir a demanda.

A intenção de registro de preços, procedimento utilizado na esfera federal, é alçada à etapa obrigatória para viabilizar a participação de outros órgãos e entidades na licitação conduzida pelo órgão ou entidade gerenciadora.

Assim, o órgão gerenciador, quando está preparando a licitação, comunica aos demais que, se quiserem, podem solicitar o atendimento às suas demandas.

Caso exista interessados demais órgãos, que passam a ser chamados de participantes porque de fato participam da licitação, desde a sua preparação, suas demandas serão adicionadas aos montantes do órgão gerenciador.

Essa quantidade final não abrange eventuais adesões (caronas). Ou seja, a quantidade constante do edital, que depois também estará referenciada na ata, considera apenas as pretensões dos órgãos gerenciador e participantes. Os caronas podem surgir depois da licitação concluída e da ata assinada. E não necessariamente haverá a possibilidade de adesão, porque o edital pode vedá-la.

Evidentemente que, por não existir a obrigação por parte dos órgãos gerenciador e participante de celebrar contrato e de fato acionar a empresa cujo preço foi consignado em ata, o procedimento atrai os entes públicos. A isso se soma a junção das demandas do órgão gerenciador e participante, o que estimula os licitantes a reduzirem os preços.

Todavia, o uso do SRP não pode ocorrer de forma irresponsável. Não sem razão, decreto federal lista os casos em que o procedimento tem viabilidade.

III - O Sistema de Registro de Preços (Arts. 82 a 86)

O legislador (art. 82, I) impõe que o edital revele os quantitativos máximos de cada item, que poderão ou não ser adquiridos. O objetivo é antecipar ao mercado o teto de obrigações que atingirão o licitante vencedor e os demais que aceitarem praticar o mesmo preço declarado vitorioso.

A Lei preserva, assim, a maior característica do SRP, que se destaca pelo tom franco com que a Administração Pública lida com o particular, evitando que exista qualquer argumento em seu desfavor no sentido de ser obrigada a contratar. Por essa razão, a Administração Pública não pode fazer uso do SRP para fixação de quantitativos sem critério. É essencial que o volume do que se pretende contratar seja o mais próximo da realidade, inclusive para o alcance de propostas mais vantajosas. A especificação de quantitativos distantes da realidade do órgão poderá ensejar frustrações futuras aos titulares da ata, decorrentes da ausência de contratações ou de pedidos muito inferiores aos quantitativos

inicialmente definidos para o consumo, gerando descrédito do mercado em relação à participação em novas licitações para registros de preços.

Assim, a Administração não pode prever quantitativos muito acima do que realmente irá contratar, visando obter valores unitários menores [1].

Nesse contexto, a indicação das quantidades precisa ser realizada com seriedade porque os licitantes formatarão suas propostas considerando o cenário integral.

Inclusive, o TCU já se manifestou sobre irregularidade de edital que não traz a devida definição dos quantitativos a serem executados no âmbito da possível contratação em um SRP [2].

A previsão na legislação da possibilidade de se adotar o sistema de registro de preços quando não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração não pode ser entendida como uma autorização para que a Administração não defina, ainda que de forma estimativa, as quantidades que poderão vir a ser adquiridas durante a validade da ata de registro de preços [3].

O legislador (art. 82, I) impõe que o edital revele os quantitativos máximos de cada item, que poderão ou não ser adquiridos. O objetivo é antecipar ao mercado o teto de obrigações que atingirão o licitante vencedor e os demais que aceitarem praticar o mesmo preço declarado vitorioso.

A Lei preserva, assim, a maior característica do SRP, que se destaca pelo tom franco com que a Administração Pública lida com o particular, evitando que exista qualquer argumento em seu desfavor no sentido de ser obrigada a contratar. Por essa razão, a Administração Pública não pode fazer uso do SRP para fixação de quantitativos sem critério. É essencial que o volume do que se pretende contratar seja o mais próximo da realidade, inclusive para o alcance de propostas mais vantajosas. A especificação de quantitativos distantes da realidade do órgão poderá ensejar frustrações futuras aos titulares da ata, decorrentes da ausência de contratações ou de pedidos muito inferiores aos quantitativos inicialmente definidos para o consumo, gerando descrédito do mercado em relação à participação em novas licitações para registros de preços.

Assim, a Administração não pode prever quantitativos muito acima do que realmente irá contratar, visando obter valores unitários menores [1].

Nesse contexto, a indicação das quantidades precisa ser realizada com seriedade porque os licitantes formatarão suas propostas considerando o cenário integral.

Inclusive, o TCU já se manifestou sobre irregularidade de edital que não traz a devida definição dos quantitativos a serem executados no âmbito da possível contratação em um SRP [2].

A previsão na legislação da possibilidade de se adotar o sistema de registro de preços quando não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela

Administração não pode ser entendida como uma autorização para que a Administração não defina, ainda que de forma estimativa, as quantidades que poderão vir a ser adquiridas durante a validade da ata de registro de preços [3].

[1] FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Volume 2. Ed. Fórum. cit. pp. 208-209.

[2] Acórdão nº 1.720/2010, Segunda Câmara, Processo nº 017.287/2009-2, Rel. Min. André Luís de Carvalho.

[3] Acórdão nº 1100/2007 Plenário, Processo nº 003.214/2007-8, Rel. Min. Ubiratan Aguiar.

Assim, não pode a Administração Pública, de forma irresponsável, fixar um quantitativo alto apenas para incentivar propostas mais baixas. Para a fixação dos quantitativos máximos, pode ser utilizada como referência a análise do consumo e utilização dos mesmos bens no exercício financeiro ao que antecede a contratação.

As empresas podem solicitar informações sobre como se chegou a determinado quantitativo, a fim de avaliar se houve uma atuação séria pela entidade/órgão público.

No Decreto Federal nº 7.892/2013 estão arroladas as hipóteses que permitem o uso do SRP, quais sejam:

a) quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

b) 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;

c) 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

d) quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração responsável.

IV - Especificidades da licitação para registro de preços

O edital deve indicar os quantitativos máximos de cada item que poderão ou não ser adquiridos/contratados, já absorvendo as demandas dos entes participantes que tiverem indicado o seu interesse via Intenção para Registro de Preços.

O fornecedor é obrigado a atender o órgão gerenciador e os órgãos participantes se acionado durante o prazo de validade da ata. Na nova lei, a ata pode ter validade de até 2 (dois) anos. Os signatários da ata de SRP (empresas) não são obrigados a fornecer para os órgãos não participantes (caronas). Eles serão consultados a esse respeito pelo órgão gerenciador.

Os órgãos não participantes (caronas) poderão aderir à ata de registro de preços, observadas as exigências previstas nos incisos do §2º do art. 86, quais sejam, (I) justificativa da vantagem da adesão; (II) demonstração de que os valores registrados estão compatíveis com os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 da NLLC [4]; e (III) prévia consulta e aceitação do órgão ou entidade gerenciadora e do fornecedor.

A respeito dos caronas, importante considerar que a quantidade máxima para eventual adesão consta expressamente da NLLC, nos §§4º e 5º do art. 86. Copiou-se o referencial do Decreto Federal nº 7.892/2013. O§4º traz a regra de que as aquisições ou as contratações pelo órgão ou entidade carona não poderão exceder 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório registrados na ata para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes. Já na totalidade, as contratações por

[4] Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto

órgãos ou entidades caronas não poderão exceder ao dobro do quantitativo de cada item registrado na ata para o órgão gerenciador e órgãos participantes (§5º).

Os limites do carona explicitados nos §§ 4º e 5º do art. 86 são calculados utilizando-se como base de cálculo a soma das quantidades dos órgãos gerenciador e participantes.

Considerando que os limites dos caronas estão agora consagrados na lei geral de licitações e contratos, Estados e Municípios não podem aumentar esses limites. Mas podem evitar o uso da carona que, como será mencionado adiante, traz sérios problemas quando se trata de obras e serviços de engenharia.

Órgãos e entidades da Administração Pública Federal não podem pedir carona em atas estaduais, distritais e municipais (§8º do art. 86). A proibição já constava do Decreto Federal nº 7.892/2013.

Podem existir vedações no mesmo sentido em outras normas. Por exemplo, para saber se um Estado pode aderir a uma ata de um Município, deve ser consultada a legislação do respectivo ente.

No caso de transferências voluntárias realizadas pela União para os demais entes da federação, destinadas à execução descentralizada de programa ou projeto federal, poderá ser exigida adesão à ata fruto da licitação realizada pela esfera federal. Neste caso não se aplica o limite previsto no § 5º do art. 86 (a soma das diversas adesões não pode ultrapassar o dobro da soma das quantidades do órgão gerenciador e dos órgãos participantes).

O vencedor signatário da ata está, no prazo de sua vigência, a princípio, obrigado a atender às demandas dos órgãos gerenciador e participantes, entregando o produto/serviço/obra na quantidade e com a qualidade descritas no edital ou em seus anexos.

O legislador também delega ao edital admitir prática de preços diferentes em razão de circunstâncias que possam justificar uma distinção (art. 82, inc. III da NLLC). Locais diversos, por exemplo, justificam preços distintos. Quando a entrega/prestação for ocorrer em locais diversos, o edital deve dividir o objeto realizando licitações em lotes separados.

O edital pode autorizar o licitante a oferecer proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital, o que circunscreverá sua obrigação a tal oferta (art. 82, IV). A medida visa amplificar a participação. O SRP será realizado por meio de pregão ou concorrência (obras). Como critério de seleção, a lei indica o menor preço ou maior desconto (art. 82, V).

Adotado o menor preço, impõe-se o modo de disputa aberto ou a combinação dos modos fechado e aberto, em respeito ao que estabelece o §1º do art. 56. Assim, quer se adote o pregão, quer se adote a concorrência, o modo de disputa não poderá ser fechado.

A ata de registro de preços terá vigência de 1 (um) ano, podendo essa ser prorrogada, por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso, nos moldes autorizados pelo caput do art. 84. Via de consequência, a validade da ata pode chegar a 2 (dois) anos.

Nos moldes do Decreto Federal nº 7.892/2013, no curso da vigência da ata, a alteração de preços ali registrados só seria possível quando implicasse sua redução.

O Decreto Federal nº 7.892/2013 prevê, no art. 19, para os casos em que o preço de mercado se tornar superior aos preços registrados e o fornecedor não puder cumprir o compromisso, as seguintes iniciativas:

a) a liberação do fornecedor do compromisso assumido caso a comunicação ocorra antes do pedido de fornecimento;

b) a não aplicação da penalidade se confirmada a veracidade dos motivos e comprovantes apresentados;

c) a convocação dos demais fornecedores para assegurar igual oportunidade de negociação.

Ao final, caso não chegue a bom termo a negociação, contempla-se a revogação da ata.

Na Lei Federal nº 8.666/1993 não há nada a esse respeito. A NLLC não diz qual deve ser o caminho, remetendo ao edital o tratamento da matéria (art. 82, VI).

Não faz sentido que o legislador vede a mudança de preços, ainda que para patamar superior, se de fato há um aumento dos preços, o que será percebido caso se avance para uma nova licitação.

A ata de registro de preços poderá incluir o licitante vencedor e outros desde que assumam o compromisso de fornecer o produto, prestar o serviço ou realizar as obras nas condições fixadas pela proposta vencedora (art. 82, VII).

Não há previsão legal para que se incluam outros fornecedores na ata, autores de outras propostas diversas da apresentada pelo vencedor, que não tenham aceitado ajustá-las para os patamares da proposta do vencedor.

Está vedada na lei a participação de órgão ou entidade em mais de uma ata de registro de preços (art. 82, VIII). Se a Administração puder participar de várias atas com o mesmo objeto, ela agirá de forma desleal porque terá iludido parte dos interessados que apostaram na possibilidade de vir a entregar uma quantidade definida de itens, o que justificou a proposta apresentada, quando em verdade o quantitativo real jamais seria aquele.

A NLLC diz caber ao edital prever as regras sobre o cancelamento da ata. A Lei nº 8.666/93 não trata do tema.

O Decreto Federal nº 7.892/2013 disciplina o cancelamento do registro do fornecedor (art. 20) e o cancelamento do registro de preço (art. 21) resultados de fato superveniente, decorrente de caso fortuito ou força maior, que prejudique o cumprimento da ata, devidamente comprovado e justificado por razão de interesse público ou a pedido do fornecedor.

Nas duas situações, o Decreto Federal nº 7.892/13 indicava as causas, uniformizando a matéria no âmbito de sua aplicação.

V - O SRP na Nova Lei de Licitações e contratos em obras e serviços de engenharia

O legislador conceitua as obras no art. 6º, XII, sem promover distinção entre obras comuns e especiais.

Obras nunca são comuns. Obras são sempre atividades complexas em maior ou menor grau. Obras não são resultado de processos “fabris”, são resultado de fluxo de tarefas interdependentes. Exigem-se projetos, exige-se um profissional que por ela se responsabiliza, tudo isso a sinalizar as peculiaridades que a distanciam da simples entrega de um produto.

A possibilidade de usar SRP para obras e serviços de engenharia consta do art. 85 da NLLC, desde que atendidos, cumulativamente, dois requisitos:

I - existência de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional;

II - necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado.

A Lei prevê a necessidade de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional, para delimitar o uso de SRP para obras e serviços de engenharia.

Entendemos que inexistem obras sem complexidade técnica, dado que sempre se exige ART – Anotação de Responsabilidade Técnica, fato suficiente para sinalizar que toda e qualquer obra, pelas repercussões que provoca e pela exigência de habilitações específicas do profissional que por ela se responsabiliza, envolve sempre complexidade técnica.

Por outro lado, a existência de um projeto não autoriza concluir que ele se ajusta a qualquer situação, uma vez que há particularidades ligadas ao local da obra.

Assim, para cada obra, há a necessidade de um projeto específico que contemple os aspectos ligados à topografia, geologia, tipo de solo, fatores ambientais e locais.

Projetos padronizados não servem à uma universalidade de situações. Múltiplas são as circunstâncias que influenciam a confecção do projeto, em especial no caso das obras.

Diferentes soluções são exigidas para situações igualmente díspares.

Portanto, a compreensão de que todo projeto demanda inputs específicos e a descon sideração deste fator provoca lesão ao próprio interesse público.

Diferentemente do fornecimento de bens ou serviços corriqueiros e repetitivos, que permitem a uniformização nos valores cotados, as obras de engenharia são serviços singulares que devem ser individualizados, contando com condições específicas de cada projeto que impactam diretamente nos preços, tais como:

1. Localização;
2. Distância e disponibilidade dos materiais a serem empregados;
3. Características do terreno;
4. Fatores ambientais e locais;
5. Disponibilidade de mão de obra;
6. Legislação local.

No caso da construção de um edifício, por exemplo, as características físicas, condições geológicas do terreno, topografia, entre outros fatores tornam inviável a pretensão de padronizar o projeto. Não se pode desconsiderar essas variáveis, sob pena de ser necessário inverter a lógica, buscando-se um terreno que se adeque ao projeto.

Logo, o requisito constante do inciso I do art. 85 da Lei Federal nº 14.133/2021 jamais será atendido para os casos de obras de engenharia, uma vez que a complexidade lhe é inerente e os projetos, cruciais para as obras, devem ser confeccionados a partir das especificidades de cada obra.

A ideia de padronização de projeto inexistente

A isso se soma o fato de que o próprio legislador não promoveu um recorte entre obras comuns e especiais, definindo apenas obras (art.6º, inc. XII).

Pudesse, hipoteticamente, fragmentar as obras em duas categorias, o legislador teria assim realizado, admitindo a existência de obras comuns, que seriam em tese (o que se admite apenas para fins de raciocínio) aquelas que não gozam de complexidade técnica.

Observa-se que a lei menciona a exigência de um projeto, razão pela qual não se pode cogitar de uso do sistema de registro de preços quando não existe projeto.

Independentemente da forma de contratação, obras não podem ser iniciadas se não houver projeto executivo, conforme preconizado pelo §1º do art. 46 da NLLC.

A NLLC, diante da relevância do projeto para a correta execução da obra, inclusive tipificou como crime a omissão de dado ou de informação por projetista, visando à integridade do processo licitatório, planejamento e seleção das propostas mais vantajosas para a Administração (art. 337-O).

Também deve ser pontuado que, em recente decisão, o Plenário do **TCU decidiu que é indevido o seu emprego do projeto como contrato do tipo “guarda-chuva”**, com objeto incerto e indefinido, sem a prévia elaboração dos projetos básico e executivo das obras a serem realizadas, podendo vir a ferir os princípios da economicidade, da competitividade e da obtenção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 3.143/2020, Plenário, Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler).

No acórdão, a título de exemplo, o Ministro relatou que os serviços de pavimentação de vias públicas não são serviços de engenharia “singelos”, como defendia a entidade representada, tampouco com perfil executivo típico ou tecnicamente padronizável, conforme exige a NLLC. No caso, a modelagem de contratação adotada pela entidade, utilizando a ata de registro de preços como uma espécie de contrato “guarda-chuva”, ou seja, com objeto incerto e indefinido, sem a prévia realização dos projetos básico e executivo das intervenções a serem realizadas, se configurou como utilização indevida do instrumento legal.

Diante destas afirmações, é possível chegar a quatro constatações:

1. Não se pode falar que determinado projeto destinado a uma obra possa ser reaproveitado em outra, ainda que voltada ao mesmo escopo. As variáveis que influenciam a elaboração do projeto e a execução da obra são diversas;
2. Não há obras sem algum grau de complexidade técnica;
3. Não se pode garantir a vantajosidade econômica em se assumir as adequações do projeto diante das peculiaridades da execução;
4. Não se pode licitar e executar obras através de contratos denominados popularmente de “contratos guarda-chuva”.

VI - Aspectos financeiros

A localização da obra ou da prestação de serviço de engenharia altera as especificidades do projeto, modificando, substancialmente, o orçamento.

Os valores dos insumos e materiais empregados não são nacionais. A isso se alia a questão da mão de obra, tudo a impossibilitar a afirmação de que os valores constantes da ata de registro de preços reproduzam o valor de mercado em todos os locais em que se queira construir os postos de saúde.

Os orçamentos devem ser sempre vistos, em regra, como documentos personalizados e únicos, haja vista que existem inúmeros fatores que urgem soluções distintas caso a caso.

Em todos os casos, no qual o orçamento deva ser alterado, o SRP deve ser desconsiderado, sob pena de se pagarem valores de forma inadequada.

VII - Carona em atas de registros de preços

A adesão tardia a atas de registro de preços torna o problema ainda maior. Sem prejuízo dos argumentos já sustentados, importante considerar outros aspectos relacionados à carona.

Considerando uma licitação em condições de baixa atratividade, reduzido número de “players” locais, órgão licitante de poucos recursos, logística, etc, provavelmente terá um resultado sem competitividade, afastando o objetivo final que é sempre buscar a melhor proposta para o interesse público.

E ainda que a disputa tenha sido intensa, fato é que os custos de uma obra dependem de aspectos relacionados ao local onde ela será executada, **pelo que cautelas com a carona também são imperiosas porque os custos considerados na proposta vencedora não são extensíveis de forma automática a todos os demais locais onde os caronas pretendam ver executados os objetos.**

A título de exemplo, obras de engenharia, sofrem impactos orçamentários em função de fatores, alguns já mencionados, tais como: (I) natureza do solo (geotecnia e geologia); (II) topografia do terreno; (III) relevo; (IV) largura de plataforma; (V) tráfego da rodovia; (VI) logística (distância aos grandes centros supridores); (VII) interferências com infraestrutura existente; (VIII) pluviometria local; (IX) rampa de projeto; (X) microclima regional; (XI) disponibilidade de mão de obra local; (XII) legislação local quanto a tributos e taxas que devam ser considerados.

A previsão de adesão (carona) em editais para contratação de obras e serviços de engenharia representa ofensa à ordem jurídica porque, ao contrário do que possa parecer, ofende os princípios da eficiência, da publicidade e da igualdade, impedindo que a competição se instaure de forma ampla.

VIII- Rol de serviços de engenharia aos quais podem ser aplicados o SRP

Visando contribuir com as discussões, a **BRASINFRA** apresenta aqui **rol taxativo de situações** que a seu ver, guardados os cuidados com planejamento responsável, admitiriam o uso do SRP.

Com o objetivo de consolidar e cristalizar os conceitos de obra e serviços comuns de engenharia, com fundamento, tanto na literatura técnica, quanto na legislação atualizada, devem ser considerados os conceitos a seguir:

* OBRA é todo empreendimento cuja implantação é privativa das profissões de arquiteto e engenheiro, com intervenção no meio ambiente, com ações que formam um todo que inova o espaço físico da natureza ou acarreta alteração substancial das características de bem imóvel, que somente pode ser implantado a partir da atividade precedente e essencial, que é o PROJETO EXECUTIVO.

* SERVIÇOS COMUNS DE ENGENHARIA são uma atividade ou conjunto de atividades (portanto, não enquadradas como OBRA que é privativo das profissões de arquiteto e engenheiro), que podem ser desenvolvidos a partir de projetos padronizados, sem complexidade técnica e operacional, e que tem por objeto ações padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, manutenção, adequação e de adaptação, de bens móveis ou imóveis, com preservação das características originais dos bens.

Portanto, o SRP aplicar-se-á somente aos serviços comuns de engenharia, cujo objeto são as ações de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis com preservação das características originais dos bens, serviços estes sem complexidade técnica e operacional e que possuam demanda permanente ou frequente a serem contratados pela Administração.

Serviços comuns de engenharia cuja execução dependa de diagnóstico, cálculo, dimensionamento técnico, devem ser conceituados como obra, ou seja, que tenha “valor agregado de engenharia” na sua concepção ou implantação.

Desta análise, resulta a conclusão peremptória segundo a qual o SRP não se aplica às obras, como já dito, e aos serviços especiais de engenharia (inciso XII e XXI, “b”) art. 6º da Lei 14.133/21.

O uso do SRP estaria autorizado apenas para os casos abaixo, listados de forma taxativa:

1.REFORMA, MANUTENÇÃO OU CONSERVAÇÃO DE EDIFICAÇÕES

1.1. Construções Preliminares (projeto padronizado e baixa complexidade técnica): construção do depósito; construção do tapume; instalação provisória de água; instalação provisória de energia.

1.2.Vedação – (aplica-se o SRP – sem complexidade técnica): parede; verga e contraverga.

1.3. Cobertura – (aplica-se o SRP – sem complexidade técnica): forro (pré-moldado, madeira, PVC, gesso); telhado (cerâmica, pedra, PVC).

1.4. Esquadrias de madeira, alumínio ou PVC) - (aplica-se o SRP – sem complexidade técnica): guarnição; batente; folha e acessórios.

1.5. Revestimento –(aplica-se o SRP – sem complexidade técnica): chapisco; emboço; reboco.

1.6. Instalações hidrossanitárias – (aplica-se o SRP – sem complexidade técnica): canos; tubos; registros; caixa d’água; boia; caixa de gordura; caixa sifonada; caixa de inspeção; tanque séptico; filtro anaeróbico; metais.

1.7. Instalações elétricas- (aplica-se o SRP – sem complexidade técnica): tubulações; caixas; fios e cabos; tomadas /disjuntores; luminárias.

1.8. Pintura interna e externa - (aplica-se o SRP – sem complexidade técnica): selador; massa corrida; lixa; tinta; solvente.

1.9. Cerâmica - (aplica-se o SRP – sem complexidade técnica): piso; azulejo; soleira rodapé.

(*) Excluem-se da aplicabilidade do SRP os trabalhos em altura, com uso de transporte horizontais e verticais de peças pré-moldadas ou de aço, com uso de equipamentos como guindastes e gruas, com demanda de complexidade técnica, logística e operacional.

2. MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE OBRAS DE INFRAESTRUTURA VIÁRIAS URBANAS E RODOVIÁRIAS

2.1. Construções preliminares (projeto padronizado e baixa complexidade técnica): construção do depósito; construção do tapume; instalação provisória de água; instalação provisória de energia.

2.2. Drenagem e Obras de Arte correntes – (aplica-se o SRP – sem complexidade técnica): manutenção, conservação e limpeza de bueiros, canaletas, drenos profundos, valetas de proteção, execução e pintura de guias, sarjetas, saídas e descidas d’água, dissipadores de energia.

2.3. Pavimentação– (aplica-se o SRP – sem complexidade técnica): serviços de tapaburaco, incluindo-se a restauração de substrato de pavimento (execução com equipamentos de pequeno porte, em PMF - Pré-Misturado a Frio ou CBUQ - Concreto Betuminoso Usinado a Quente).

2.4. Obras Complementares –(aplica-se o SRP): execução e restauração mata-burros, em madeira, concreto pré-moldados ou trilhos; remoção e execução de cerca; plantio de grama em placas , em mudas ou por hidrossemeadura.

2.5. Sinalização Horizontal e Vertical – (aplica-se o SRP): reconstituição e/ou pintura de faixas e sinais horizontais; limpeza, manutenção, restauração de sinalização vertical;

3. SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE OBRAS DE SANEAMENTO BÁSICO

3.1. Manutenção e conservação de redes, dispositivos hidráulicos e eletromecânicos;

3.2. Ramais domiciliares/ligações com poço luminar em vias locais e secundárias;

3.3. Ramais domiciliares e ligações de água com interligação em redes de distribuição;

(*) Excluem-se da aplicabilidade do SRP os serviços de prospecção, interpretação de cadastro de utilidades públicas, através de quaisquer meios.

4. SERVIÇOS AMBIENTAIS E CORRELATOS – (aplica-se o SRP)

4.1. Varrição e limpeza de ruas e praças;

4.2. Podas e corte de árvores em ruas e praças;

- 4.3. Capina, roçada, corte e manutenção de gramados;
- 4.4. Plantio de grama em placas, em mudas ou por hidrossemeadura;
- 4.5. Plantio de mudas de árvores.

IX - Serviços que não são contemplados pela modalidade de contratação pelo SRP

Por exclusão, e considerando as razões já expostas, não se pode utilizar o SRP para:

1. SERVIÇOS PRELIMINARES (possuem complexidade técnica/operacional)

- 1.1. Sondagem à percussão, rotativa;
- 1.2. Topografia; agrimensura; aerofotogrametria (aviões/drones)
- 1.3. Controles tecnológicos de laboratório de materiais (insumos) e de desempenho técnico (serviços);
- 1.4. Instalações industriais (usinas de solos, de asfalto, centrais de britagem, de concreto, de pré-moldados).

2. CONSTRUÇÃO DE OBRAS DE EDIFICAÇÕES

3. CONSTRUÇÃO DE OBRAS DE INFRAESTRUTURA RODO-FERROVIÁRIAS

- 3.1. Terraplenagem;
- 3.2. Obras de arte corrente;
- 3.3. Drenagem pluvial;
- 3.4. Obras complementares,
- 3.5. Execução de pavimento;
- 3.6. Recuperação funcional de pavimento
- 3.7. Execução de lastro e superestrutura ferroviária;
- 3.8. Passarelas metálicas ou pré-moldadas de concreto;
- 3.9. Sinalização horizontal e vertical;
- 3.10. Postos de pesagem;
- 3.11. Estações ferroviárias e plataformas.

4. CONSTRUÇÃO DE OBRAS DE ARTE ESPECIAIS (O.A.E)

5. RESTAURAÇÃO, MANUTENÇÃO, CONSERVAÇÃO, ALARGAMENTO E INTERVENÇÕES NAS FUNDAÇÕES, NA MESO SUPERESTRUTURA DE O.A.E. (PONTES, VIAUTOS, TÚNEIS) EM OBRAS VIÁRIAS URBANAS E RODOFERROVIÁRIAS

() Observação: As intervenções e conservação e manutenção OAE (fundações, meso superestrutura), face ao grau de risco e especialização técnica e operacional, também são precedidas de PROJETO EXECUTIVO, não se aplicando, portanto, o SRP.*

6. CONSTRUÇÃO DE OBRAS DE INFRAESTRUTURA VIÁRIA URBANA (*)

Observação: Admite-se a aplicação do SRP aos serviços de mobiliário urbano, tais como abrigos de ônibus e semelhantes, advindos de projetos padronizados, projetos estes executados pela Administração ou derivados de convênios com terceiros, concursos e similares.

7.CONSTRUÇÃO DE OBRAS DE SANEAMENTO BÁSICO (SAs; SES, ETAs, RESERVATÓRIOS, ETEs, EEAB, EEAT, ADUTORAS, REDES DE DISTRIBUIÇÃO)

8.CONSTRUÇÃO DE OBRAS CORRELATAS

- 8.1. Estação de tratamento de chorume;
- 8.2. Coleta de resíduos sólidos domiciliares e comerciais;
- 8.3. Coleta de resíduos sépticos RSS;
- 8.4. Travessias aéreas de tubulação de água e esgoto;
- 8.5. Execução de travessias por processos não destrutivos de quaisquer diâmetros;
- 8.6. Demolição de estruturas prediais, estruturas de concreto, rochas e materiais classificados como de 3ª Categoria; com uso de explosivos;
- 8.7. Escavação de túneis de quaisquer diâmetros, executados por quaisquer processos construtivos;

9. CONSTRUÇÃO E MANUTENÇÃO DE SUBESTAÇÃO E REDE DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

10. CONSTRUÇÃO DE OBRAS DE INFRAESTRUTURA PORTUÁRIA, AEROPORTUÁRIA, MARÍTIMAS E FLUVIAIS

No rol dessas obras incluem-se as obras de construção de bacias de contenção de águas pluviais e canalizações de córregos.

Esse o entendimento da **BRASINFRA**, que atuará de forma a assegurar a boa engenharia e o interesse da sociedade.



**Contribuições da
BRASINFRA para as
regulamentações
sobre a nova lei de
Licitações**

À Excelentíssima Senhora

Esther Dweck

Ministra da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos

C/C. Ilustríssimo Senhor

Roberto Pojo

Secretaria de Gestão e Inovação

Referência: Riscos do uso indiscriminado do Sistema de Registro de Preços para Obras e Serviços de Engenharia

Exmos. Sra. Ministra e Sr. Secretário,

A BRASINFRA - Associação Brasileira dos Sindicatos e Associações de Classe de Infraestrutura, que congrega as principais entidades representativas da categoria econômica das empresas da Construção Pesada – Infraestrutura em seus Estados, conforme relação abaixo, por seu presidente, vem respeitosamente diante de Vossa Excelência tratar do tema em referência no firme propósito de apresentar ponderações e contribuições de ordem técnica.

Destaca-se a preocupação da Lei Federal nº 14.133/2021 (art. 18) com o planejamento das contratações públicas. A disciplina da fase preparatória prevê a obrigatoriedade de a administração avaliar, em cada caso, além dos custos estimados, os riscos existentes, aí se incluindo todas as variáveis capazes de impactar no resultado da contratação pública.

Deve ser considerado que a fase embrionária do certame é extremamente importante, não apenas porque o fracasso e o sucesso da licitação dela dependem – ainda que não de forma exclusiva –, mas também pelo risco de corrupção relacionado à dificuldade de controle social que, como regra, caracteriza esse momento.

A boa engenharia depende de um correto planejamento da obra que leve em consideração as características físicas, condições geológicas do terreno, topografia. Falhas na fase preparatória reverberam em obras inacabadas ou que se estendem pelo tempo não raras vezes com custos elevados diante da necessidade de termos aditivos voltados à correção de desacertos.

A despeito de importância atribuída à fase de planejamento e do rigor com a governança das contratações públicas, a Lei Federal nº 14.133/2021 admite o uso do Sistema de Registro de Preços – SRP – para obras e serviços de engenharia, diante de condições ali alinhavadas.

Assim, esta BRASINFRA, criada para representar nacionalmente o setor de infraestrutura e propor iniciativas para alavancar o segmento em novas bases e sustentabilidade, preocupada com as interpretações que possam derivar do texto legal, vem por meio desta pontuar ameaças à boa engenharia, descortinando problemas que podem advir do uso indiscriminado do Sistema de Registro de Preços.

É relevante considerar que obras não são resultados de processos fabris, mas sim de fluxos de tarefas interdependentes que exigem projetos e a responsabilidade de um profissional, pelo que sempre envolvem algum grau de complexidade técnica.

Por outro lado, a existência de um projeto não autoriza concluir que ele se ajusta a qualquer situação. Diferentes soluções são exigidas para situações igualmente díspares. Portanto, a compreensão de que todo projeto demanda inputs específicos e a desconsideração deste fator provoca lesão ao próprio interesse público.

Diferentemente do fornecimento de bens ou serviços corriqueiros e repetitivos, que permitem a uniformização nos valores cotados, as obras de engenharia hão de considerar as características físicas, condições geológicas do terreno, topografia, entre outros fatores tornam inviável a pretensão de padronizar o projeto. Não se pode desconsiderar essas variáveis, sob pena de ser necessário inverter a lógica, buscando-se um terreno que se adeque ao projeto.

Logo, o requisito constante do inciso I do art. 85 da Lei Federal nº 14.133/2021 jamais será atendido para os casos de obras, uma vez que a complexidade lhe é inerente e os projetos, cruciais para as obras, devem ser confeccionados a partir das especificidades de cada obra. Em síntese, a ideia de padronização de projeto inexistente no universo da boa engenharia.

A isso se soma o fato de que o próprio legislador não promoveu um recorte entre obras comuns e especiais, definindo apenas obras (art.6º, inc. XII, da Lei Federal nº 14.133/2021). Nesse contexto, é inafastável que os dispositivos citados devem ser interpretados de forma sistemática e sociológica.

Visando contribuir com as discussões, a BRASINFRA apresenta, em documento anexo, o rol taxativo de situações que a nosso ver, guardados os cuidados com planejamento responsável, admitiriam o uso do SRP.

O advento da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021) há de ser compreendido como uma oportunidade para avanços na contratação e execução de obras públicas. Todavia, se o regulamento federal não pavimentar a exegese correta, dissecando acerca dos cuidados que precisam ser observados, e quando de fato faz sentido o emprego do SRP no cenário das obras públicas, o porvir será de incremento de obras incompletas ou com valores dissonantes do mercado.

Para além do acima registrado, preocupa-nos a ausência de norma a claramente sinalizar a inadequação de atas que funcionam como “guarda-chuva”, com objeto incerto e indefinido, sem a prévia elaboração sequer de projeto básico que ferem os princípios da economicidade, da competitividade e da obtenção da proposta mais vantajosa. Trata-se de medida repudiada pelo TCU, conforme se percebe da leitura do Acórdão 3.143/2020, Plenário, Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler.

No referido acórdão, a título de exemplo, o Ministro relatou que os serviços de pavimentação de vias públicas não são serviços de engenharia “singelos”, como defendia a entidade representada, tampouco com perfil executivo típico ou tecnicamente padronizável, conforme exige a Lei Federal nº 14.133/2021. No caso, a modelagem de contratação adotada pela entidade, utilizando a ata de registro de preços como uma espécie de contrato “guarda-chuva”, ou seja, com objeto incerto e indefinido, sem a prévia realização dos projetos básico e executivo das intervenções a serem realizadas, se configurou como utilização indevida do instrumento legal.

A este respeito, cabe ao regulamento dirigir os gestores, desincentivando práticas que contrariam o que exige a Corte de Contas.

Outro aspecto que há de ser ressaltado envolve a adesão tardia às atas, popularmen-

te conhecidas como “caronas”. Dois aspectos devem ser levantados. O primeiro envolve a realização de licitação pouco atrativa, promovida por determinado ente, ao qual não acudiram “players” em quantidade, limitando-se o interesse aos operadores locais. Desta licitação, nascerá uma ata que poderá servir a terceiros (observados os limites e eventuais adições regulamentares) que não tomaram assento na licitação. Terceiros que poderão acionar o vencedor do certame, ao argumento da vantajosidade, quando em verdade a baixa competitividade compromete o interesse público. Vale dizer, uma nova licitação, promovida em outra localidade, poderia ter gerado maior interesse, o que se traduz em maior disputa e assim chance de economia mais acentuada. Teme-se que os Municípios, em especial, intensifiquem o uso da “carona”, aderindo à atas fruto de licitações inexpressivas no que toca ao ambiente de disputa.

Há ainda outro problema. Mesmo que a disputa tenha sido intensa, fato é que os custos de uma obra dependem de aspectos relacionados ao local onde ela será executada, pelo que cautelas com a “carona” também são imperiosas porque os custos considerados na proposta vencedora não são extensíveis de forma automática a todos os demais locais onde os “caronas” pretendam ver executados os objetos.

A título de exemplo, obras de engenharia, sofrem impactos orçamentários em função de fatores, alguns já mencionados, tais como: (I) natureza do solo (geotecnia e geologia); (II) topografia do terreno; (III) relevo; (IV) largura de plataforma; (V) tráfego da rodovia; (VI) logística (distância aos grandes centros supridores); (VII) interferências com infraestrutura existente; (VIII) pluviometria local; (IX) rampa de projeto; (X) microclima regional; (XI) disponibilidade de mão de obra local; e (XII) legislação local quanto a tributos e taxas que devam ser considerados.

Estamos diante de um ponto de inflexão. A plena eficácia da Lei Federal nº 14.133/2021 inicia-se no próximo dia 1º de abril e a matéria, como tantas outras, ainda não foi regulamentada. O risco de leituras que favoreça o uso a fórceps de ata destinada à realidade dispare precisa ser evitado, sob pena de contrariar o primado sobre o qual se construiu a Lei Federal nº 14.133/2021: o da contratação racional e consciente que permita o atendimento da demanda da Administração Pública a tempo e a modo.

A ameaça maior ronda nos Municípios que se sentem autorizados a pinçar itens de atas de registros de preços dado que se licitou no formato guarda-chuva ou a utilizá-las em sua totalidade para situações que em nada se amoldam ao que fora licitado, ausente o projeto básico a conduzir as escolhas administrativas.

Em face do contexto apresentado, **alerta-se** sobre a importância de uma **regulamentação do uso do SRP sensível ao problema apresentado. Entende-se indispensável que o regulamento federal contribua para delimitar o uso do Sistema de Registro de Preços.**

Certos da vossa atenção, estamos à disposição para qualquer esclarecimento e para auxiliá-los na implementação das sugestões apresentadas, no que estiver ao nosso alcance.

Respeitosamente,
José Alberto Pereira Ribeiro
Presidente da BRASINFRA

ANEXO

Rol de Serviços de Engenharia aos quais podem ser aplicados o SRP – Sistema de Registro de Preços:

Com o objetivo de consolidar e cristalizar os conceitos de obra e serviços comuns de engenharia, com fundamento, tanto na literatura técnica, quanto na legislação atualizada, devem ser considerados os conceitos a seguir:

1. OBRA é todo empreendimento cuja implantação é privativa das profissões de arquiteto e engenheiro, com intervenção no meio ambiente, com ações que formam um todo que inova o espaço físico da natureza ou acarreta alteração substancial das características de bem imóvel, que somente pode ser implantado a partir da atividade precedente e essencial, que é o PROJETO EXECUTIVO.

2. SERVIÇOS COMUNS DE ENGENHARIA são uma atividade ou conjunto de atividades (portanto, não enquadradas como OBRA que é privativo das profissões de arquiteto e engenheiro), que podem ser desenvolvidos a partir de projetos padronizados, sem complexidade técnica e operacional, e que tem por objeto ações padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, manutenção, de adequação e de adaptação, de bens móveis ou imóveis, com preservação das características originais dos bens.

Portanto, o SRP aplicar-se-á somente aos serviços comuns de engenharia, cujo objeto são as ações de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis com preservação das características originais dos bens, serviços estes sem complexidade técnica e operacional e que possuam demanda permanente ou frequente a serem contratados pela Administração.

Serviços comuns de engenharia cuja execução dependa de diagnóstico, cálculo, dimensionamento técnico, devem ser conceituados como obra, ou seja, que tenha “valor agregado de engenharia” na sua concepção ou implantação.

Desta análise, resulta a conclusão peremptória segundo a qual o SRP não se aplica às obras, como já dito, e aos serviços especiais de engenharia (inciso XII e XXI, “b”) art. 6º da Lei 14.133/21.

CAPÍTULO I –

O uso do SRP estaria autorizado apenas para os casos abaixo, segundo o tipo e natureza, listados de forma taxativa:

1. REFORMA, MANUTENÇÃO OU CONSERVAÇÃO DE EDIFICAÇÕES

1.1. Construções Preliminares (projeto padronizado e baixa complexidade técnica): construção do depósito; construção do tapume; instalação provisória de água; instalação provisória de energia.

1.2. Vedação – (aplica-se o SRP – sem complexidade técnica): parede; verga e contra-verga.

1.3. Cobertura – (aplica-se o SRP – sem complexidade técnica): forro (pré-moldado, madeira, PVC, gesso); telhado (cerâmica, pedra, PVC).

1.4. Esquadrias de madeira, alumínio ou PVC) - (aplica-se o SRP – sem complexidade técnica): guarnição; batente; folha e acessórios.

1.5. Revestimento – (aplica-se o SRP – sem complexidade técnica): chapisco; emboço; reboco.

1.6. Instalações hidrossanitárias – (aplica-se o SRP – sem complexidade técnica): canos; tubos; registros; caixa d'água; boia; caixa de gordura; caixa sifonada; caixa de inspeção; tanque séptico; filtro anaeróbico; metais.

1.7. Instalações elétricas - (aplica-se o SRP – sem complexidade técnica): tubulações; caixas; fios e cabos; tomadas / disjuntores; luminárias.

1.8. Pintura interna e externa - (aplica-se o SRP – sem complexidade técnica): selador; massa corrida; lixa; tinta; solvente.

1.9. Cerâmica - (aplica-se o SRP – sem complexidade técnica): piso; azulejo; soleira rodapé.

() Excluem-se da aplicabilidade do SRP os trabalhos em altura, com uso de transporte horizontais e verticais de peças pré-moldadas ou de aço, com uso de equipamentos como guindastes e gruas, com demanda de complexidade técnica e operacional.*

2. MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE OBRAS DE INFRAESTRUTURA VIÁRIAS URBANAS E RODOVIÁRIAS

2.1. Construções preliminares (projeto padronizado e baixa complexidade técnica): construção do depósito; construção do tapume; instalação provisória de água; instalação provisória de energia.

2.2. Drenagem e O. A. correntes – (aplica-se o SRP – sem complexidade técnica): manutenção, conservação e limpeza de bueiros, canaletas, drenos profundos, valetas de proteção, execução e pintura de guias, sarjetas, saídas e descidas d'água, dissipadores de energia.

2.3. Pavimentação – (aplica-se o SRP – sem complexidade técnica): serviços de tapa-buraco, incluindo-se a restauração de substrato de pavimento (execução com equipamentos de pequeno porte, em PMF - Pré Misturado a Frio ou CBUQ - Concreto Betuminoso Usinado a Quente).

2.4. Obras complementares – (aplica-se o SRP): execução e restauração mata-burros, em madeira, concreto pré-moldados ou trilhos; remoção e execução de cerca; plantio de grama em placas, mudas ou por hidrossemeadura.

2.5. Sinalização horizontal e vertical (aplica-se o SRP): reconstituição e/ou pintura de faixas e sinais horizontais; limpeza, manutenção, restauração de sinalização vertical;

3. SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE OBRAS DE SANEAMENTO BÁSICO

3.1. Manutenção e conservação de redes, dispositivos hidráulicos e eletromecânicos;

3.2. Ramais domiciliares/ligações com poço luminar em vias locais e secundárias;

3.3. Ramais domiciliares e ligações de água com interligação em redes de distribuição;

() Excluem-se da aplicabilidade do SRP os serviços de prospecção, interpretação de cadastro de utilidades públicas, através de quaisquer meios;*

4. SERVIÇOS AMBIENTAIS E CORRELATOS (aplica-se o SRP)

4.1. Varrição e limpeza de ruas e praças;

4.2. Podas e corte de árvores em ruas e praças;

4.3. Capina, roçada, corte e manutenção de gramados;

- 4.4. Plantio de grama em placas, mudas ou por hidrossemeadura;
- 4.5. Plantio de mudas de árvores.

CAPÍTULO II -

Por exclusão, e considerando as razões já expostas, não se pode utilizar o SRP para:

1. SERVIÇOS PRELIMINARES (possuem complexidade técnica/operacional)

- 1.1. Sondagem à percussão, rotativa;
- 1.2. Topografia; agrimensura; aerofotogrametria (aviões/drones)
- 1.3. Controles tecnológicos de laboratório de materiais (insumos) e de desempenho técnico (serviços);
- 1.4. Instalações industriais (usinas de solos, de asfalto, centrais de britagem, de concreto, de pré-moldados).

2. CONSTRUÇÃO DE OBRAS DE EDIFICAÇÕES

3. CONSTRUÇÃO DE OBRAS DE INFRAESTRUTURA RODO-FERROVIÁRIAS

- 3.1. Terraplenagem;
- 3.2. Obras de arte corrente;
- 3.3. Drenagem pluvial;
- 3.4. Obras complementares,
- 3.5. Execução de pavimento;
- 3.6. Recuperação funcional de pavimento
- 3.7. Execução de lastro e superestrutura ferroviária;
- 3.8. Passarelas metálicas ou pré-moldadas de concreto;
- 3.9. Sinalização horizontal e vertical;
- 3.10. Postos de pesagem;
- 3.11. Estações ferroviárias e plataformas.

4. CONSTRUÇÃO DE OBRAS DE ARTE ESPECIAIS – O.A.E

5. RESTAURAÇÃO, MANUTENÇÃO, CONSERVAÇÃO, ALARGAMENTO E INTERVENÇÕES NAS FUNDAÇÕES, NA MESO SUPERESTRUTURA DE O.A.E. (PONTES, VIAUTOS, TÚNEIS) EM OBRAS VIÁRIAS URBANAS E RODO-FERROVIÁRIAS

(*) *Observação:*

As intervenções de conservação e manutenção OAE (fundações, meso e superestrutura), face ao grau de risco e especialização técnica e operacional, também são precedidas de PROJETO EXECUTIVO, não se aplicando, portanto, o SRP.

6. CONSTRUÇÃO DE OBRAS DE INFRAESTRUTURA VIÁRIA URBANA

(*) *Observação:*

Admite-se, além dos serviços mencionados no subitem 2.1 a 2.5 do CAPÍTULO I, a aplicação do SRP aos serviços de mobiliário urbano, tais como abrigos de ônibus e semelhantes, advindos de projetos padronizados, projetos estes executados pela Administração ou derivados de convênios com terceiros, concursos e similares.

7. CONSTRUÇÃO DE OBRAS DE SANEAMENTO BÁSICO (SAs; SES, ETAs, RESERVATÓRIOS, ETEs, EEAB, EEAT, ADUTORAS, REDES DE DISTRIBUIÇÃO)

8. CONSTRUÇÃO DE OBRAS CORRELATAS

- 8.1. Estação de tratamento de chorume;

- 8.2. Coleta de resíduos sólidos domiciliares e comerciais;
- 8.3. Coleta de resíduos sépticos RSS;
- 8.4. Travessias aéreas de tubulação de água e esgoto;
- 8.5. Execução de travessias por processos não destrutivos de quaisquer diâmetros;
- 8.6. Demolição de estruturas prediais, estruturas de concreto, rochas e materiais classificados como de 3ª Categoria; com uso de explosivos;
- 8.7. Escavação de túneis de quaisquer diâmetros, executados por quaisquer processos construtivos;

9. CONSTRUÇÃO E MANUTENÇÃO DE SUBESTAÇÕES DE REDE DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

10. CONSTRUÇÃO DE OBRAS DE INFRAESTRUTURAPORTUÁRIA, AEROPORTUÁRIA, MARÍTIMAS E FLUVIAIS

No rol dessas obras incluem-se as obras de construção de bacias de contenção de águas pluviais e canalizações de córregos, por quaisquer processos construtivos.

Ofício de mesmo teor foi encaminhado para a Presidência e Ministros do Tribunal de Contas da União.

Ao Excelentíssimo Senhor
Doutor Paulo Roberto Nunes Guedes
Ministro de Estado da Economia

Referência: Regulamentação da Lei federal nº 14.133/21 – Minuta do decreto que regulamenta a exigência de percentual mínimo de mão de obra constituído por mulheres vítimas de violência doméstica

Senhor Ministro,

Foi lançada a consulta acerca da minuta de decreto que regulamenta o disposto no Art. 25, §9º, inc. I da Lei nº 14.133/21, com vencimento em 22/3/2022, acerca do percentual mínimo de mão de obra constituído por mulheres vítimas de violência doméstica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

Sobre essa minuta são necessárias algumas considerações, em face das quais pedimos a atenção de V.Sas.

De início, necessário ponderar que a BRASINFRA é entidade defensora das políticas públicas de correção da exclusão e vem trabalhando fortemente pela proliferação dessa cultura junto a seus associados e parceiros.

Essa política deve ser disseminada em suas diversas faces, mas, sobretudo, quando se está diante de um cenário de vulnerabilidade como a decorrente da violência de gênero.

De fato, a proteção das pessoas do gênero feminino nesse contexto é, de forma mais veemente, um dever social e uma responsabilidade coletiva com a qual a BRASINFRA se mantém afinada e operante.

Por essa razão é que, mesmo em normativos que não se dirigem especialmente a obras e serviços de engenharia e infraestrutura, foco da atuação direta da BRASINFRA (como neste caso em que a norma se dirige a contratos contínuos com emprego de mão de obra), esta entidade procurará contribuir para o aprimoramento das previsões normativas e a transparência na ação em favor da erradicação das vulnerabilidades.

Nesse sentido, o primeiro ponto de contribuição é requerer que este Ministério apresente a base de composição do percentual elegido no Art. 3º.

Como se vê no caput do dispositivo, as entidades que pretenderem aderir a essa política pública deverão prever o percentual mínimo de 2% (dois por cento) das vagas.

Crê-se que a opção ministerial tenha levado em conta estudos técnicos sólidos para o definir, seja quanto à preexistência de entidades suficientes para açambarcar um número considerável de licitações e contratações diretas federais, seja quanto à disponibilidade de quantitativos de pessoas do gênero feminino que possam ser empregadas em toda a dimensão nacional.

Assim, evita-se que a fixação do percentual mínimo esteja aquém da capacidade de absorção atual ou incompatível com a disponibilidade do mercado (apenas transformando as execuções contratuais em uma sequência de justificativas sobre recusa de sua implantação ou uma sistemática não adoção pelos órgãos públicos).

Nessa mesma toada, visando a impedir que a fase de impugnação e esclarecimentos, nos processos licitatórios, assim como a escorreita execução dos futuros contratos, consti-

tuam novos entraves à implementação dessa política, necessário que o Ministério conceda transparência aos estudos técnicos em que se baseou para a escolha do percentual e quais são as projeções para, em futuro próximo, promover-se a revisão do quantitativo.

Da mesma forma, os dados que orientaram à escolha do percentual incidente sobre o quantitativo mínimo de 50 (cinquenta) colaboradores, previsto no §1º do referido Art. 3º.

Ainda, a razão pela qual o normativo sob consulta não procurou limitar o quantitativo máximo que poderão aplicar os editais, a fim de que essa política possa se harmonizar com outras de igual ou similar relevância.

Por certo, a transparência dos dados e dos estudos que orientaram a escolha normativa é essencial para se proceder, em futuros casos, à defesa da escolha estatal, o que pede seja feito antes mesmo da vigência da norma.

Para além disso, considerando que a aplicação de um percentual pode gerar números não inteiros, sugerimos que a norma já preveja quais são os mecanismos de arredondamento do quantitativo, evitando-se divergências interpretativas e insegurança jurídica na aplicação do instituto.

Ainda, visando a que haja uma perfeita sincronia entre a norma e a Lei federal nº 11.430/06, cuidado que se percebeu presente na maior parte do texto do normativo, necessário que sejam referidos os vocábulos morte e lesão junto ao conceito do que venha a ser violência doméstica, isso no inc. III do Art. 2º.

Em mais um ponto, considerando que o parágrafo único do Art. 2º limitou a possibilidade dos acordos de cooperação com OSCIPs e Oss, é necessário compreender o motivo da restrição.

Foram excluídas, sem nenhuma razão aparente, outras organizações da sociedade civil (previstas no MROSC, inclusive cooperativas), as entidades de assistência social vinculadas à Lei nº 8.742/93, as filantrópicas previstas no §1º do Art. 199 da Constituição Federal, assim como eventuais outras cadastradas pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, sujeitas a qualificações distintas das citadas e que, ao menos em princípio, poderiam integrar o rol das entidades com potencial de utilização para a política.

A este tempo, portanto, é possível ampliar o espectro, de forma a garantir uma base mais extensa de possibilidades, potencializando que mais editais e contratos se valham dessa perspectiva.

Para além disso, também voltado à correção da exclusão, era possível ao referido decreto evitar novas discriminações de gênero.

Em que pese a Lei nº 14.133/21 tenha se referido a “mulher” vítima de violência, é necessário que esse conceito não esteja limitado ao “sexo feminino”, ou seja, a uma concepção genética, morfológica ou biológica.

Com efeito, não se equivalem as expressões “mulher” e “gênero feminino”, ambas dignas do mesmo fator protetivo, o que a normativa sob consulta poderia já ter explicitado.

A jurisprudência nacional caminha no sentido da correção da leitura do vocábulo, mesmo que a passos trôpegos, ajuste que, na via administrativa, é importante já se dê, sob pena de perpetuação da violência e do preconceito de gênero.

Por último, importa destacar que o normativo sob consulta deu ênfase aos mecanismos de ingresso das mulheres aos quadros de colaboradores do contratado. Contudo, nada tratou dos mecanismos de garantia de manutenção nesses postos.

Vale lembrar que parte da perpetuação da violência sofrida é não se garantir a permanência nos quadros de colaboradores em razão de eventuais afastamentos, licenças ou ausências decorrentes, justamente, de novas agressões sofridas, sob pena de um arremedo de proteção.

Portanto, sugerimos a progressão do normativo, de forma a prever os mecanismos mínimos de garantia de permanência nos quadros.

Essas são as contribuições de nosso setor, desejosos que nos encontramos de que, passo a passo, estejamos todos construindo um espaço vivencial mais condigno com os princípios fundamentais.

Com nossos votos de estima e consideração,

Respeitosamente.

José Alberto Pereira Ribeiro

Presidente da BRASINFRA

Ao Excelentíssimo Senhor

Doutor Paulo Roberto Nunes Guedes

Ministro de Estado da Economia

C/C. Ilustríssimo Senhor

Caio Castelliano de Vasconcelos

Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização,

Gestão Governo Digital do Ministério da Economia

Referência: consulta pública sobre decreto que estabelece regras e diretrizes para agente de contratação, equipe de apoio, comissão de contratação, gestores e fiscais de contratos.

Senhor Ministro,

Foi realizada a Consulta Pública sobre decreto que estabelece regras e diretrizes para agente de contratação, equipe de apoio, comissão de contratação, gestores e fiscais de contratos, hipótese que dantes havia sido objeto de consulta pública, mas para a edição de portaria.

Para a edição anterior esta entidade já havia se posicionado, conforme comprovam o Ofício nº 47/2021, datado de 29 de junho de 2021 (em anexo), apresentando razões pelas quais o normativo merecia reparos.

Algumas das ponderações feitas naquela oportunidade foram consideradas na nova minuta sob consulta. No entanto, nem todas as ponderações se viram refletidas, razão por que são referendadas nesta oportunidade.

Por conta disso, necessário reiterar o seguinte:

O primeiro ponto diz respeito à impropriedade da previsão do Art. 25 (antigo Art. 24 na versão-portaria).

Em que pese a regra retrate o contido no Art. 117, §4º da Lei nº 14.133/21, é necessário ponderar que a previsão cria tratamento desproporcional em relação ao que previsto para os próprios agentes públicos, que apenas respondem em caso de dolo ou erro grosseiro, como disposto no Art. 28 da LINDB.

Ou seja, se os agentes públicos fiscais só respondem quando agem de forma dolosa ou com erro grosseiro, nada justifica que terceiros tenham responsabilidade distinta, quando sua atuação é, inclusive, meramente auxiliar.

São inúmeros os precedentes da jurisprudência no sentido de que aos terceirizados que prestam esse auxílio não é de se atribuir responsabilidade direta e simplista, havendo um universo de hipóteses que excluem suas responsabilidades, como ocorre nas análises amostrais (a título de exemplo o Acórdão nº 1.374/2021-P emitido pelo Tribunal de Contas da União em 9/6/2021).

Ainda se diga que toda e qualquer decisão administrativa e de controle está sujeita aos regramentos especiais da LINDB, a partir de sua redação pela Lei federal nº 13.655/18.

Nesse sentido, são aplicáveis os Arts. 20 e 21, por exemplo, que exigem motivação nas decisões e avaliação tanto das consequências práticas do decidir quanto de sopesamento das soluções alternativas.

Também se aplicam, da mesma lei, os Arts. 22 e 23 que, respectivamente, exigem se avaliem as condições de prática do caso (com expressa referência ao caso concreto e à realidade encontrada) e ao arcabouço normativo-interpretativo em vigor (com vedação à surpresa como princípio).

Por conta disso, não se justifica a reprodução de texto que contém regra incompatível com a LINDB e que desconsidera o universo normativo que exclui a responsabilidade objetiva para hipóteses que tais.

Cumpra, no mínimo, ao normativo auxiliar na duvidosa redação legal, a fim de esclarecer que só há responsabilização se e quando essa se der por dolo ou erro grosseiro.

O segundo ponto a ser ponderado é que manteve o texto a limitação sobre recebimento provisório e definitivo (Art. 23 na consulta-portaria e atualmente Art. 24, com a inclusão da imprevisão sobre a competência para deliberar a respeito).

Com efeito, o normativo prevê que “o recebimento provisório ficará a cargo do fiscal técnico e o recebimento definitivo do gestor do contrato ou comissão designada pela autoridade competente”, submetendo o detalhamento de como esses se dão a outros níveis de atos normativos.

1 Disponível em <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1164847/1/PARECER%20n.%20002-2021-CONJUR-CGU-CGU-AGU.pdf>. A própria ementa do Parecer sinaliza um universo de itens da nova lei que não poderiam ser vivenciados sem que haja prévia regulamentação. Nesse sentido: EMENTA: I - Análise jurídica de condicionamentos e requisitos para possibilidade de utilização da Lei nº 14.133/21 como fundamento para embasar licitações e/ou contratações. Necessidade de traçar um panorama de eficácia da lei para priorização dos modelos a serem elaborados e do cronograma para tanto. II - A divulgação dos contratos e dos editais no Portal Nacional de Contratações Públicas - PNCP não pode ser substituída pelo DOU, sítio eletrônico do órgão ou outro meio de divulgação, sendo obrigatório, portanto, o PNCP; III - O art. 70, II abre a possibilidade de registros cadastrais não-unificados para fins de substituição da documentação de habilitação; IV - A implementação das medidas previstas no art. 19 da nova lei, incluindo os modelos, não é pré-requisito para que haja contratações pelo novo regramento, muito menos exige-se ônus argumentativo adicional para contratar-se antes de finalizadas tais medidas. Essa conclusão não aborda a eventual obrigatoriedade de uso de instrumentos que efetivamente existam; V - Os arts. 7º, 11, parágrafo único e 169, §1º são consideradas como medidas preferenciais antes de proceder às contratações: recomenda-se que o gestor se prepare, iniciando gestão por competências/processos de controle interno antes de iniciar a aplicação da nova lei, sem prejuízo de, justificadamente, fazer contratações antes disso; VI - O regulamento do art. 8º, §3º é necessário para a atuação do agente ou da comissão de contratação, equipe de apoio, fiscais e gestores contratuais. Como toda licitação necessita de agente/comissão de contratação e todo contrato de fiscal/gestor, isso implica, na prática, a impossibilidade de licitar ou contratar até que as condutas dos agentes respectivos sejam regulamentadas na forma do artigo em questão. VII - É necessária a regulamentação de pesquisas de preços, tanto em geral quanto especificamente para obras e serviços de engenharia, para que elas sejam feitas com fundamento na nova lei; VIII - A regulamentação da modalidade de Leilão e dos modos de disputa da Concorrência e do Pregão é necessária para o seu uso. IX - Para o uso do SRP, é necessária a sua regulamentação, seja em geral, seja quando resultante de contratação direta; X - É possível contratar sem a regulamentação do modelo de gestão do contrato, caso em que o próprio instrumento contratual deverá desenhar o modelo que seja adequado ao caso. Ainda assim, é recomendável que, nos casos de contratação com mão-de-obra, utilize-se de procedimentos de fiscalização trabalhista adequados à lei, análogos à IN 5/2017, por exemplo. XI - Nos dois anos a que se refere o art. 191, o gestor poderá eleger se em determinada contratação se valerá dos comandos da Lei nº 8.666/93, da Lei n.º 10.520/2002 e dos artigos 1º a 47-A da Lei n.º 12.462/2011, inclusive subsidiariamente, ou se adotará a Lei n.º 14.133/2021, inclusive subsidiariamente, nos termos do art. 189; XII - Em qualquer caso, é vedada a combinação entre a Lei nº 14.133/21 e as Leis 8.666/93, 10.520/2002 e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011, conforme parte final do art. 191; XIII - Não é possível a recepção de regulamentos das leis nº 8.666/93, 10.520/02 ou 12.462/11 para a Lei nº 14.133/21, enquanto todas essas leis permanecerem em vigor, independentemente de compatibilidade de mérito, ressalvada a possibilidade de emissão de ato normativo, pela autoridade competente, ratificando o uso do regulamento para contratações sob a égide da nova legislação.

Se o objeto do decreto é regulamentar, não faz sentido a postergação da regulamentação em seu próprio texto.

Dessa forma, o texto apenas reproduz sinteticamente o que já está descrito nos incisos do caput do Art. 140 da Lei nº 14.133/21, não podendo ser entendido como regulamentação propriamente dita, assim deixando de atender ao que disposto no §3º do mesmo artigo, postergando sem justificativas a regulamentação que viabiliza a aplicação do texto legal.

Seria possível, a título de exemplo, que a portaria já descrevesse os prazos (e a consequência dos prazos *in albis*) de recebimento provisório e definitivo, se outro não estiver descrito no próprio contrato.

A produção infundável de regras afeta o princípio da segurança jurídica que, inclusive, está mencionado no Art. 5º da Lei nº 14.133 e dificulta o agir tanto dos agentes públicos quanto dos particulares trazidos ao universo licitatório/contratual, também afeta a ideia de eficiência preconizada no texto constitucional.

Além disso, posterga-se a vivência da lei como está descrito no Parecer nº 2/2021 da Consultoria-Geral da União/CNMLCA, alongando o processo de regulamentação da lei e pulverizando o universo de regras aplicáveis, em contraposto ao princípio da segurança jurídica.

Para além disso, a regra se mostra incompatível com a Lei nº 14.133/21 pelo fato de não ressaltar que poderão as descrições decorrerem do próprio contrato (e, portanto, também do edital que traz sua respectiva minuta), tanto no que respeita aos prazos quanto aos métodos, na dicção do referido §3º do Art. 140.

O terceiro ponto a ser considerado diz respeito ao Art. 11 (mesma numeração da antiga portaria).

Em que pese a dicção constante do §1º do Art. 7º da lei, convém ressaltar, na esteira das argumentações retro trazidas, que a norma não possui a operacionalidade desejada e não pode significar o engessamento da indicação de agentes a ponto de inviabilizar a implantação da lei.

Com efeito, repetir uma regra irrealizável não faz sentido, a menos que a União apresente os dados e leve a conhecimento público que, de fato, possui condições de honrar o compromisso e que isso não inviabilizará a implantação das regras.

De outra forma considerado, o texto está apenas antepondo razões para uma indevida discussão sobre nulidade dos processos licitatórios porventura havidos sem o seu cumprimento, causando insegurança jurídica e possibilidade de desfazimento de um número incontável de licitações e contratos.

O normativo, a despeito de bem-intencionado, pode desencadear uma avalanche de alegações de nulidades que desdobrarão no desfazimento de contratos e no desabastecimento de importantes bens e serviços à Administração Pública e à sociedade, além do atingimento de terceiros de boa-fé.

Considerando os termos da LINDB hoje, de ser obrigação do administrador sopesar as consequências de seu decidir (Art. 20), é fundamental rever a pretensão da norma tal qual posta. Afinal, não pode o decreto propor ações administrativas e de controle incompatíveis com as diretrizes apostas nessa lei.

O quarto ponto a ser considerado diz respeito aos Arts. 21 e 22 da norma (mesma numeração na antiga portaria) que estão catalogando os fiscais do contrato em categorias

distintas, mas deixam de indicar em que momento eles serão designados, o que poderia já ter sido feito (inclusive quanto às hipóteses de substituição, impedimento e suspeição).

Por essas razões, portanto, necessário proceder à revisão do texto submetido à consulta, o que ora se requer.

Com nossos votos de estima e consideração,

Respeitosamente.

José Alberto Pereira Ribeiro

Presidente da BRASINFRA

Ao Excelentíssimo Senhor

Doutor Paulo Roberto Nunes Guedes

Ministro de Estado da Economia

C/C. Ilustríssimo Senhor

Caio Castelliano de Vasconcelos

Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização,
Gestão Governo Digital do Ministério da Economia

Referência: contribuições no âmbito da consulta pública da minuta de Instrução Normativa (IN) sobre o critério de julgamento por técnica e preço, na forma eletrônica.

A Associação Brasileira dos Sindicatos e Associações de Classe de Infraestrutura - BRASINFRA, pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob o nº 27.517.981/0001-03, com domicílio no Setor Bancário Norte, Quadra 01, Bloco B, Edifício CNC, sala 804 Brasília, DF, CEP 70040-010, vem, respeitosamente, por meio de suas entidades associadas abaixo assinadas, apresentar suas contribuições para a minuta de instrução normativa - IN que “dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por técnica e preço, na forma eletrônica, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”, disponibilizada pela Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, no âmbito da edição dos normativos necessários. São elas:

I – DA INOBSERVANCIA DO LIMITE DO PODER NORMATIVO (OU REGULAMENTAR)

A competência legislativa é definida na Constituição da República de 1988, com a enumeração da competência privativa da União, no art. 22, e dos Municípios, no art. 30. Aos Estados, nos termos do art. 25, cabe legislar de forma residual, no campo das competências que não são privativas da União e dos Municípios.

Por sua vez, o art. 24 da Constituição da República de 1988 elenca as competências que são concorrentes à União, aos Estados e ao Distrito Federal. Destaca-se que, nos termos do § 2º do art. 24, a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

Consoante o previsto no inciso XXVII do art. 22 da Constituição da República de 1988, é competência privativa da União legislar sobre:

“XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;”

Assim, resta esclarecido que cabe a União legislar sobre normas gerais de licitação sendo competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre licitações e contratos, especificamente, no âmbito da sua esfera, sempre tendo como limite o disposto na norma geral federal.

Nessa trilha e no exercício da competência constitucional, a União editou a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, mais conhecida como a Nova Lei de Licitações e Contratos

Administrativos. Desde a edição da lei, o Poder Executivo Federal tem mobilizado esforços para regulamentá-la no âmbito da Administração Pública Federal, expedindo normativos com a estrita finalidade de operacionalizar e uniformizar as disposições necessárias à execução da lei.

Isso porque, o tratamento veiculado em norma geral federal impõe a obrigação a ser cumprida na espécie, sendo necessário tão somente o exercício de discricionariedade técnica pela Administração para a edição da norma capaz de detalhar o modo de cumprimento em cada situação concreta. Ou seja, editada a norma geral federal, a normatização específica resultará do poder regulamentar ou regulatório pelo Poder Executivo, que viabilizará a sua operacionalização. Nesse sentido é o entendimento de Torres¹:

Enfim, a impossibilidade de o legislador determinar previamente todas as situações de conflito ou de necessidade de atuação subsidiária da Administração, aliada a um franco movimento de constitucionalização do direito administrativo, abre zonas de indeterminação que demandam do administrador a sua integração e o sopesamento das diferentes situações que se lhe apresentam. O sentido da legalidade, então, é o fixar diretrizes abertas ao preenchimento de normas pelos aplicadores do direito, máxime pelos instrumentos de participação e de ponderação que levam à inevitável flexibilização da lei.

A minuta em análise é parte do processo de regulamentação da Lei Geral, no âmbito da União, visando trazer uma sistematização no processo de contratação federal, de modo a orientar os agentes públicos que atuarão diariamente com a matéria.

A regulamentação é salutar e indispensável, visto que o fim da *vacatio legis* está próximo, o que significa que a lei passará a produzir todos os seus efeitos de forma inafastável. Ocorre que o Poder Regulamentar também encontra os seus limites na Constituição Federal, como determina no art. 84:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)

IV - Sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

Afinal, em virtude dos princípios da reserva legal e da independência e harmonia entre os poderes, o Poder Regulamentar do Chefe do Executivo limitar-se-ia a pormenorizar, detalhar e esmiuçar as regras legais precedentes, ausente a possibilidade de inovação na ordem jurídica².

Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

¹ TORRES, *Silvia Faber. A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado. Editora Renovar. 2012, cit., p. 157-158¹*

² A exceção possível a essa regra é apenas a introduzida pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, ensejou mudança no entendimento de que o decreto é sempre subjacente à lei, não podendo alterar suas prescrições, criar ou extinguir direitos que dela decorram, nem mesmo majorar ou suprimir sanções nela previstas. A nova redação ao artigo 84 da CR/88 determinou a competência do Chefe do Executivo Federal, sem exigência de lei prévia, para: VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

A nova redação passou admitir, assim, os decretos autônomos no tocante à extinção de cargos e funções públicos vagos, assim como relativamente à organização e funcionamento da Administração Pública federal, desde que não implique aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, entendimento que foi consagrado pelo STF em diversos julgados (ADI 2.564, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 06.02.04, p. 21; (ADI 2.857, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 30-8-2007, Plenário, DJ de 30-11-2007.)

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPUGNAÇÃO DE DECISÃO DO TCU E DE PORTARIA DO PGR. LIMITES DO PODER REGULAMENTAR. INEXISTÊNCIA DE ILICITUDE. ORDEM DENEGADA. 1. A percepção de auxílio-moradia pelos membros do Ministério Público da União está prevista no art. 227, VIII, da Lei Complementar 75/93. 2. A redação original da Portaria PGR 495/95 exorbitou do seu poder regulamentar, pois estabeleceu casos de concessão de auxílio-moradia não previstos em lei. 3. Não há direito líquido e certo a ser protegido nesta via, uma vez que o TCU e o Procurador-Geral da República limitaram-se a adequar a Portaria PGR 495/95 aos limites impostos pelo art. 227, VIII, da Lei Complementar 75/93. 4. Ordem denegada. (MS 25838. Segunda Turma. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI. Publicação: 13/10/2015)

Portanto, o poder regulamentar não se confunde com a função legislativa. A diferença reside no fato de que o Poder Legislativo poder inovar a ordem jurídica, o que é vedado aos regulamentos emanados do Poder Executivo, enquanto atos infralegais que são.

No entanto, alguns dispositivos da proposta merecem reparos justamente por não terem observado a característica fundamental do Poder Regulamentar de não inovar o ordenamento jurídico. Veja-se:

I.1 – Do art. art. 3º, I e IV c/c com o art. 12 da minuta proposta

O art. 3º da minuta proposta dispõe:

Art. 3º O critério de julgamento de que trata o art. 1º será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de:

I - Serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, preferencialmente, realizados em trabalhos relativos a:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias e consultorias técnicas e auditorias financeiras e tributárias;
- d) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
- h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição deste inciso; (...)

IV - Obras e serviços especiais de engenharia; e (...)

Identifica-se nas alíneas do inciso I do art. 3º uma reprodução do previsto nas alíneas no inciso XVIII do art. 6º da Lei Federal nº 14.133/21, enquanto o caput do art. 3º da minuta é uma reprodução do § 1º do art. 36 da Lei Federal nº 14.133/2021, in verbis:

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

XVIII - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: aqueles realizados em trabalhos relativos a:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias e consultorias técnicas e auditorias financeiras e tributárias;
- d) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
- h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição deste inciso; (...)

Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.

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

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

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

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

IV - Obras e serviços especiais de engenharia;

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

Ocorre que o legislador já definiu, no art. 37 § 2º da Lei 14.133/21 que, nos casos de contratações superiores a R\$ 300.000,00, e que envolvam os serviços elencados no art. 6º, inciso XVIII, alíneas “a”, “d” e “h”, se impõe o uso do critério técnica e preço. Não existe espaço para entendimento diverso. Não há que se condicionar o uso da técnica e preço ao ETP.

Diz o dispositivo

§ 2º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, na licitação para contratação dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas “a”, “d” e “h” do inciso XVIII do caput do art. 6º desta Lei cujo valor estimado da contratação seja superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), o julgamento será por:

I - Melhor técnica; ou

II - Técnica e preço, na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica.

Assim, nos casos de estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos; fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços; controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição do inciso XVIII do art. 6º se exige o julgamento por meio de melhor técnica ou técnica e preço na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica.

A minuta de Instrução ignorou o art. 37, § 2º. A redação da proposta não é compatível com o disposto no art. 6º, XVIII c/c com o § 2º do art. 37 da Lei Federal nº 14.133/2021.

Destrinchando o enunciado normativo do § 2º do art. 37 extraímos as seguintes regras:

I) na licitação para contratação de estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos cujo valor estimado da contratação seja superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), **o julgamento será por melhor técnica ou técnica e preço na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica, ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação;**

II) na licitação para contratação de serviços de fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços cujo valor estimado da contratação seja superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), **o julgamento será por melhor técnica ou técnica e preço na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica, ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação;**

III) na licitação para contratação de serviços de controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição o inciso XVIII do art. 6º da Lei Federal nº 14.144/2021, cujo valor estimado da contratação seja superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), **o julgamento será por melhor técnica ou técnica e preço na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica, ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação;**

Portanto, nos casos listados, e **ressalvada a hipótese de inexigibilidade**, não é possível a utilização de modalidade distinta da melhor técnica ou técnica e preço na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica.

Trocando em miúdos, a proposta de instrução permite afastar os critérios de julgamento da melhor técnica e da técnica e preço na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica, claramente inovando o ordenamento jurídico e ultrapassando os limites do poder regulamentar, já que o regulamento deve compor-se de disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução da lei.

A instrução, como ato normativo subordinado à lei, não pode restringir, ampliar ou modificar direitos e obrigações por ela previstos. Como visto, os limites do poder regulamentar do Executivo estão descritos no art. 84, IV, da Constituição Federal, e têm por objetivo justamente a fiel execução da lei. Nunca é demais ressaltar que a decisão soberana do Poder Legislativo, consubstanciada no projeto de lei aprovado e, especialmente, na derrubada ao veto do § 2º do art. 37, deve prevalecer.

Uma solução para consertar a redação proposta é a inserção de parágrafo no art. 3º a fim de textualmente prever que:

“No caso dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, indicados nas alíneas “a”, “d” e “h” do inciso I deste artigo, cujo valor estimado da contratação seja superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), o julgamento será por melhor técnica ou técnica e preço, na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica, como disposto no § 2º do art. 37 da Lei Federal nº 14.133/2021”

Relevante ainda a alteração da redação do inciso I do caput do art. 3º da Instrução Normativa. Isso porque a palavra “preferencialmente”, como escrita, gera dificuldade de interpretação.

Se está a se falar de técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, de fato há de se indicar a preferência pelo julgamento pelo critério técnica e preço. Ou seja, para além dos casos assinalados no §2º do art. 37 da Lei Federal nº 14.133/2021, em que há obrigatoriedade de se licitar utilizando os critérios melhor técnica ou técnica e preço na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica, nos demais casos de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual haveria uma preferência pelo julgamento pela mesma baliza, ou seja, técnica e preço. Assim, mesmo que, por exemplo, o valor do contrato para a fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços esteja estimado abaixo de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), haveria uma preferência pelo emprego da técnica e preço. Daí que seria importante reescrever a regra para que a palavra preferencialmente fosse utilizada para indicar a sintonia da técnica e preço com toda a sorte de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

Importa ainda ajustar o parágrafo único do art. 12 da minuta proposta novamente ao disposto no § 2º do art. 37 da Lei Federal nº 14.133/2021. Veja-se:

Art. 12. Para o uso do critério de julgamento por técnica e preço, o estudo técnico preliminar, além dos elementos definidos no art. 9º da Instrução Normativa nº 58, de 8 de agosto de 2022, deve compreender a justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas.

Parágrafo único. Quando o estudo técnico preliminar demonstrar que os serviços que envolverem o desenvolvimento de **soluções específicas de natureza intelectual, científica e técnica podem ser descritos como comuns, nos termos do inciso XIII do art. 6º da Lei nº 14.133, de 2021, o objeto será licitado pelo critério de julgamento por menor preço ou maior desconto.**

Para evitar qualquer interpretação que possa no futuro fragilizar o que a lei prescreveu, sobretudo diante do que seriam “soluções específicas de natureza intelectual, científica e técnica” e de eventual comparação com as situações destacadas no § 2º do art. 37 da Lei Federal nº 14.133/2021, se deveria adicionar ao final do parágrafo a expressão “observado o disposto no § 2º do art. 37 da Lei Federal nº 14.133/2021”

O parágrafo único assim estaria redigido

Parágrafo único. Quando o estudo técnico preliminar demonstrar que os serviços que envolverem o desenvolvimento de soluções específicas de natureza intelectual, científica e técnica podem ser descritos como comuns, nos termos do inciso XIII do art. 6º da Lei nº 14.133, de 2021, o objeto será licitado pelo critério de julgamento por menor preço ou maior desconto, **observado o disposto no § 2º do art. 37 da Lei Federal nº 14.133/2021.**

I.2. Do art. 13, II, “d” da minuta de instrução normativa proposta

A extrapolação do Poder Regulamentar do Poder Executivo também está presente na redação proposta para o art. 13, II, “d” da minuta:

Art. 13. O edital de licitação deverá prever, no mínimo:

(...)

d) notas a quesitos de natureza qualitativa por banca designada, na forma do art. 10, compreendendo, conforme o caso:

1. a demonstração de conhecimento do objeto;
2. a metodologia e o programa de trabalho;
3. a qualificação das equipes técnicas; e
4. a relação dos produtos que serão entregues;

A redação da minuta reflete a ideia de que a composição das notas e quesitos de natureza qualitativa (notas técnicas) de um edital de licitação poderiam se bastar na eleição de apenas um dos itens indicados na alínea “d”. Ou seja, o normativo traz um dever ser e não uma faculdade. Em outras palavras, os itens da alínea “d” são não cumulativos, e poderiam ser previstos casuisticamente, a depender das circunstâncias do edital de licitação.

Nesse contexto, edital e a banca de julgamento poderiam prescindir de pontuar elementos técnicos igualmente relevantes para a consecução do objeto, o que compromete a modalidade de julgamento competitivo estabelecida na Lei Federal nº 14.133/2021.

Ocorre que essa competência discricionária não existe. Não cabe aos administradores públicos optarem por quais dos requisitos constarão do instrumento convocatório, sob pena de afronta ao previsto no inciso II do art. 37 da Lei Federal nº 14.133/21. Veja-se:

Art. 37. O julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço deverá ser realizado por

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

O inciso II do art. 37, como se vê, não permite condicionar e nem possibilita que apenas um ou alguns dos requisitos legais sejam considerados para fins de inclusão no ponto relativo a notas e quesitos de natureza qualitativa de um edital. O texto legal é claro ao dispor que para fins de aferição das notas técnicas de uma licitação devem ser considerados, de maneira conjunta, a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues – a lei não confere qualquer margem para se permitir ao administrador que opte por eleger os quesitos de sua preferência.

Em síntese, se o julgamento for por técnica e preço, obrigatoriamente o edital deve considerar, para fins de pontuação das notas técnicas, todos os quesitos declinados no inciso II do art. 37.

Ao apontar que a indicação dos quatro quesitos poderá se dar de forma casuística, a instrução normativa proposta esvazia um ponto central do critério de julgamento por técnica e preço, inovando mais uma vez o ordenamento jurídico vigente. A utilização conjunta de todos os quatro quesitos previstos em lei é a essência da norma, pois somente se forem examinados em sua integridade é que o exame da técnica de fato terá andamento de maneira adequada e integral.

1.3. Do art. 24 c/c com o art. 28 da minuta proposta

O art. 24 da minuta apresentada prevê:

Art. 24. Em caso de empate entre duas ou mais notas finais atribuídas à ponderação entre as propostas de técnica e de preço, serão utilizados os critérios de desempate previstos no art. 60 da Lei nº 14.133, de 2021.

Parágrafo único. O critério previsto no inciso I do art. 60 da Lei nº 14.133, de 2021, será aplicado apenas com relação à proposta de preço.

O critério do inciso I do art. 60 é o de desempate por disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta de preço em ato contínuo à classificação:

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

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

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

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

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

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

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

II - Empresas brasileiras;

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

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

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

Ocorre que é preciso deixar claro que a previsão do inciso I do art. 60 da Lei Federal nº 14.133/2021 não se aplica, na hipótese de licitações de obras e serviços de engenharia, às propostas que apresentarem valores iguais ou inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, como previsto no art. 28 da minuta:

Art. 28. No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexecutáveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração.

Nesse contexto, propõe-se a seguinte redação para o parágrafo único do art. 24 da minuta:

Parágrafo único. O critério previsto no inciso I do art. 60 da Lei nº 14.133, de 2021, será aplicado apenas com relação à proposta de preço, observado o limite estabelecido no art. 28.

II – CONCLUSÃO

Pelo exposto, solicitamos que essa Coordenação-Geral de Normas integre as sugestões aqui propostas ao texto da minuta de instrução normativa, nos seguintes termos:

(I) inclusão de parágrafo no art. 3º de modo a respeitar a regra prevista no § 2º do art. 37 da Lei 14.133/21, deixando claro o caráter obrigatório do uso da modalidade técnica e preço ou melhor técnica nas contratações dos itens previstos nas alíneas “a”, “d”, “h” do inciso XVIII do art. 6º da Lei Federal nº 14.133/2021, cujo valor seja superior a R\$ 300.000,00, afastando a contratação por menor preço;

(II) prever a preferência para a adoção do critério de técnica e preço nos demais casos de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual para além dos casos assinalados no §2º do art. 37 da Lei Federal nº 14.133/2021, em que já há obrigatoriedade de se licitar utilizando os referidos critérios;

(III) alteração da redação do art. 13, II, “d”, determinando-se, objetivamente que o julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço deve considerar, obrigatoriamente, para fins de pontuação das notas técnicas, todos os quesitos apresentados no inciso II do art. 37 da Lei 14.133/21, de maneira conjunta;

(IV) alteração da redação do parágrafo único do art. 24 da minuta proposta, prevendo expressamente que a aplicação do previsto no inciso I do art. 60 da Lei Federal nº 14.133/2021 deve observar os limites do art. 28 da minuta proposta.

Essas são as contribuições de nosso setor, desejosos que nos encontramos de que, passo a passo, estejamos todos construindo um espaço vivencial mais condigno com os princípios fundamentais.

Respeitosamente.

José Alberto Pereira Ribeiro

Presidente da BRASINFRA

À Excelentíssima Senhora

Esther Dweck

Ministra da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos

C/C. Ilustríssimo Senhor

Roberto Pojo

Secretaria de Gestão e Inovação

Referência: Inexequibilidade de proposta para obras e serviços de engenharia

Exmos. Sra. Ministra e Sr. Secretário,

A Lei Federal nº 14.133/2021 elencou entre os propósitos do processo licitatório (art. 11) “evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos”. O legislador pretendeu, com tal redação, prestigiar o interesse público que reside na alocação de recursos públicos de forma racional, evitando-se não apenas dispêndios excessivos, como também o desatendimento da demanda fruto do abandono do contrato dada a impossibilidade de execução pelos valores irrisórios e irreais praticados.

Percebe-se que o legislador considerou igualmente nocivos o superfaturamento e a inexequibilidade, porque ambos fragilizam o escopo do que se pretende com a contratação pública: a escolha de um fornecedor cuja proposta se revele adequada frente à obrigação assumida perante a Administração Pública. A contratação que envolve valores irreais não se amolda ao interesse público porque desaguará no não atendimento da demanda pública, ao qual se somam a descontinuidade e o desafio de encontrar uma solução para o objeto remanescente.

Os ditames do art. 11 devem comandar não só a condução do procedimento de contratação pública, sob pena de ilegalidade, bem como a produção de atos normativos complementares à Lei.

Também importa considerar que a Lei 14.133/2021 nasce do Projeto de Lei 1.292/1995, que em sua tramitação tangenciou o problema das obras paralisadas, in verbis:

Outro ponto bastante relevante trata da previsão de regras mais claras para aferição da exequibilidade da proposta nos casos de obras e serviços de engenharia. Com a nova sistemática, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração e será exigida garantia adicional das propostas inferiores a 85% (oitenta e cinco por cento) disso.

Claramente se identifica que a intenção, já desde àquela época, era superar o grave problema das obras paralisadas, fruto em boa parte do desinteresse dos contratados em face de questões financeiras.

O TCU, em suas manifestações distintas, já descortinou o tema das obras paralisadas¹. O Acórdão nº 1.188/2007-TCU-Plenário apresenta diagnóstico de obras paralisadas e inacabadas de responsabilidade de órgãos e entidades do Poder que revela que, de

cada três **obras paralisadas** ou inacabadas da amostra, aproximadamente duas decorrem de problemas orçamentários/financeiros de responsabilidade do poder público (bloqueio LOA, fluxo orçamentário/financeiro e inadimplência do tomador/conveniente – 66,23%) e apenas uma delas está relacionada às demais causas.

Posteriormente, o TCU elaborou, no Acórdão nº 1.079/2019-Plenário, novo diagnóstico acerca das obras paralisadas e inacabadas no país, adotando metodologia diferente do acórdão anteriormente citado. O Acórdão TCU nº 1.079/2019-Plenário, ainda que tenha utilizado amostra de obras do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC –, identificou que 10% das obras paralisadas decorriam de problemas orçamentários e financeiros, provavelmente relacionados à contrapartida de entes subnacionais ou aos contingenciamentos realizados nos recursos orçamentários financeiros de obras do PAC a partir de 2015. No último trabalho do TCU, os motivos mais significativos das paralisações de obras foram: 47% das obras paralisadas decorriam de problemas técnicos – tendem a se relacionar mais diretamente com falhas de projeto ou dificuldades de caráter executivo – e **23% das obras paralisadas decorrem de abandono da execução contratual pela empresa, totalizando 70% do total de obras paralisadas.**

A ligação entre obras paralisadas e propostas inexequíveis, que, entretanto, são irregularmente selecionadas pela Administração Pública, é evidente. Se os valores se distanciam do mercado, a empresa não sustentará o combinado, sob pena de quebrar.

Os incisos III e IV do art. 59 da Lei 14.133/21 tratam das hipóteses de desclassificação das propostas atreladas ao preço e **têm o valor estimado da contratação como parâmetro de análise.**

No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% do valor orçado pela Administração.

Isso porque, no que tange à contratação de obras e serviços de engenharia, o § 2º do art. 23 da Lei Federal nº 14.133/2021 elenca em seus incisos os parâmetros que deverão ser considerados, em ordem sequencial, para definição do valor estimado, acrescido do percentual de BDI e encargos sociais cabíveis.

Temos como primeiro critério a composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do SICRO, para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do SINAPI, para as demais obras e serviços de engenharia (inciso I); em segundo, a utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e a hora de acesso (inciso II); em terceiro a contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente (inciso III); em quarto, a pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas (inciso IV)

Ora, se a pesquisa de preços é produzida seguindo a métrica dos parâmetros eleitos pela Lei Federal nº 14.133/2021 (§ 2º do art. 23 da NLLC) **já não seria de se admitir propostas que distanciassem das métricas legalmente estabelecidas, quanto mais quando essa separação se mostra drástica.**

1 Analisando os acórdãos aqui citados. FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael Amorim de. Obras públicas inacabadas e seguro-garantia: qual a sua importância e o que esperar da nova Lei de Licitações. In Revista de Direito Administrativo e Constitucional. v. 20, n. 82 (2020) outubro/dezembro.

Veja-se que o legislador diz, em sintonia com os propósitos do art. 11, e preocupado com a superação do trauma das obras inacabadas, que está vedada a apresentação de proposta em patamar inferior ao fixado na lei, qual seja, os 75%, já que inexequível.

A isso se soma o fato de que que a Lei Federal nº 14.133/2021 também prevê que, no caso de obras e serviços de engenharia, ainda, será exigida garantia adicional do licitante vencedor cuja proposta for inferior a 85% do valor orçado pela Administração, equivalente à diferença entre esse último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis de acordo com a lei.

A **BRASINFRA**, criada para representar nacionalmente o setor de infraestrutura e propor iniciativas para alavancar o segmento em novas bases e sustentabilidade, preocupada com as interpretações que possam derivar do texto legal, vem por meio desta pontuar ameaças à boa engenharia, descortinando problemas que podem advir de interpretação equivocada do § 4º do art. 59 da Lei Federal nº 14.133/2021.

A **BRASINFRA** defende que devem ser afastados os entendimentos doutrinários contrários à presunção de inexequibilidade absoluta na hipótese do § 4º do art. 59. Nesse trilhar, andou muito bem a Instrução Normativa SEGES/ME Nº 73, de 30 de setembro de 2022 – que dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por menor preço ou maior desconto, na forma eletrônica, para a contratação de bens, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional – ao dispor, sem margem para discussão, que:

Art. 33. **No caso de obras e serviços de engenharia**, serão consideradas inexequíveis as propostas **cujos valores forem inferiores a 75%** (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração.

Art. 34. No caso de bens e serviços em geral, é indício de inexequibilidade das propostas valores inferiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela Administração.

Parágrafo único. **A inexequibilidade, na hipótese de que trata o caput, só será considerada após diligência** do agente de contratação ou da comissão de contratação, quando o substituir, que comprove:

I - que o custo do licitante ultrapassa o valor da proposta; e

II - Inexistirem custos de oportunidade capazes de justificar o vulto da oferta.

Ou seja, o entendimento da IN SEGES/ME Nº 73/2022, assim como o da BRASINFRA, é de que **a diligência só cabe no caso de bens e serviços em geral e não se aplica às obras e serviços de engenharia**. Nesses termos, apresentada proposta com valor inferior a 75% do preço de referência, dúvidas não há quanto à sua inexequibilidade.

Daí ser uma presunção absoluta de inexequibilidade de proposta, onde não cabe diligência ou qualquer flexibilidade quanto ao limite de 75%, sob pena de violação da Lei Federal nº 14.133/2021.

E é nesse contexto que, por outro lado, questiona-se o texto apresentado na Instrução Normativa SEGES/MGI Nº 2, de 7 de fevereiro de 2023 – que dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por técnica e preço, na forma eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional:

Art. 28. No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração.

Parágrafo único. Na hipótese do caput, o agente de contratação ou a comissão de contratação, quando o substituir, **poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes** que ela seja demonstrada, em atenção ao disposto no § 2º do art. 59 da Lei nº 14.133, de 2021.

Art. 29. No caso de bens e serviços em geral, é indício de inexecuibilidade das propostas valores inferiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela Administração.

Parágrafo único. A inexecuibilidade, na hipótese de que trata o caput, só será considerada após diligência do agente de contratação ou da comissão de contratação, quando o substituir, que comprove:

I - que o custo do licitante ultrapassa o valor da proposta; e

II - Inexistirem custos de oportunidade capazes de justificar o vulto da oferta.

Com todo respeito, o normativo, que é ato infralegal, criou hipótese que não existe na Lei Federal nº 14.133/2021, qual seja, a de promoção de diligências para aferir a exequibilidade das propostas, quando estas apresentam valores inferiores a 75%.

Ora, a hipótese do § 4º do art. 59 só pode ser vista como presunção de inexecuibilidade é absoluta.

A **BRASINFRA** defende que devem ser afastados os entendimentos doutrinários contrários à presunção de inexecuibilidade absoluta na hipótese do § 4º do art. 59 da Lei Federal nº 14.133/2021, apresentados no Parecer Conjunto SEI Nº 2/2023/ME, por receio de graves prejuízos ao interesse público, que estão além da perspectiva da economicidade.

O momento histórico atual há de ser compreendido como uma oportunidade para avanços na contratação e execução de obras públicas. Todavia, se os regulamentos federais não pavimentarem a exegese correta, o porvir será de incremento de obras incompletas, paralisadas ou com valores dissonantes do mercado.

Estamos diante de um ponto de inflexão. O risco de leituras que favoreçam oportunizar aos licitantes diligências para adequar a sua proposta, na hipótese do § 4º do art. 59, precisa ser evitado, sob pena de contrariar o primado sobre o qual se construiu a Lei Federal nº 14.133/2021: o da contratação racional e consciente que permita o atendimento da demanda da Administração Pública a tempo e a modo e sem riscos para futuras paralisações ou abandono de obras, o que traria dano ao interesse público.

Em face do contexto apresentado, alerta-se sobre a importância de uma regulamentação do § 4º do art. 59 da Lei Federal nº 14.133/2021 sensível ao problema apresentado. Entende-se indispensável que os regulamentos federais contribuam com redações compatíveis com o aqui defendido, mantendo a uniformidade nos textos dos diversos regulamentos editados, a fim de se evitar interpretações contraditórias quanto à matéria.

Certos da vossa atenção, estamos à disposição para qualquer esclarecimento e para auxiliá-los na implementação das sugestões apresentadas, no que estiver ao nosso alcance e no firme propósito de colaboração e parceria com o constante diálogo sobre os principais assuntos ligados ao Ministério tão bem comandado por Vossa Excelência.

Respeitosamente

José Alberto Pereira Ribeiro

Presidente

À Excelentíssima Senhora
Senadora Tereza Cristina Correa da Costa Dias
Senado Federal – Relatora da CMMPV – 1167/2023

Referência: Ajuste na redação do § 4º do art. 59 da Lei Federal nº 14.133/2021. Adequação que visa atender a melhor técnica-legislativa, nos termos da Lei Complementar Federal nº 95/1998.

Exma. Senhora Senadora,

A Lei Federal nº 14.133/2021 (NLLC), que estabelece as normas gerais para Licitações e Contratos no Brasil, representa um marco na busca por mais eficiência, dinamidade e modernidade nas contratações públicas.

Inicialmente, todos os dispositivos da NLLC entrariam em vigor, afastando as legislações anteriores, em 01 de abril de 2023. No entanto, uma alteração foi feita no art. 193 por meio da Medida Provisória nº 1.167/2023, modificando a data para o dia 29 de dezembro de 2023.

Nesse contexto, aproveitando o momento de revisão do normativo pelo Congresso Nacional, a BRASINFRA vem solicitar a seguinte alteração no § 4º do art. 59 da Lei Federal nº 14.133/2021:

Onde se lê:

Art. 59 (...)

§ 4º No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração.

Leia-se:

§ 4º No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas absolutamente inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração.

A proposta justifica-se pelo fato de que, como bem leciona do art. 11 da Lei Complementar Federal nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona”, as disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica.

E para obtenção da precisão e clareza necessária deve-se articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma¹.

A alteração pode parecer singela, mas é fundamental para o alcance dos propósitos do processo licitatório previstos no art. 11 da Lei Federal nº 14.133/2021: “evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento

¹ Art. 11, II da Lei Complementar nº 95/1998.

na execução dos contratos”. O legislador pretendeu, com tal redação, prestigiar o interesse público que reside na alocação de recursos públicos de forma racional, evitando-se não apenas dispêndios excessivos, como também o desatendimento da demanda fruto do abandono do contrato dada a impossibilidade de execução pelos valores irrisórios e irrealizados praticados.

Percebe-se que o legislador considerou igualmente nocivos o superfaturamento e a inexecuibilidade, porque ambos fragilizam o escopo do que se pretende com a contratação pública: a escolha de um fornecedor cuja proposta se revele adequada frente à obrigação assumida perante a Administração Pública. **A contratação que envolve valores irrealizados não se amolda ao interesse público porque desaguará no não atendimento da demanda pública, ao qual se somam a descontinuidade e o desafio de encontrar uma solução para o objeto remanescente.**

Os ditames do art. 11 devem comandar não só a condução do procedimento de contratação pública, sob pena de ilegalidade, bem como a produção de atos normativos-complementares à Lei.

Também importa considerar que a Lei 14.133/2021 nasce do Projeto de Lei 1.292/1995, que em sua tramitação tangenciou o problema das obras paralisadas, in verbis:

Outro ponto bastante relevante trata da previsão de regras mais claras para aferição da exequibilidade da proposta nos casos de obras e serviços de engenharia. Com a nova sistemática, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração e será exigida garantia adicional das propostas inferiores a 85% (oitenta e cinco por cento) disso.

Claramente se identifica que a intenção, já desde àquela época, era superar o grave problema das obras paralisadas, fruto em boa parte do desinteresse dos contratados em face de questões financeiras.

O TCU, em suas manifestações distintas, já descortinou o tema das obras **paralisadas**². O Acórdão nº 1.188/2007-TCU-Plenário apresenta diagnóstico de obras paralisadas e inacabadas de responsabilidade de órgãos e entidades do Poder que revela que, de cada três obras paralisadas ou inacabadas da amostra, aproximadamente duas decorrem de problemas orçamentários/financeiros de responsabilidade do poder público (bloqueio LOA, fluxo orçamentário/financeiro e inadimplência do tomador/conveniente – 66,23%) e apenas uma delas está relacionada às demais causas.

Posteriormente, o TCU elaborou, no Acórdão nº 1.079/2019-Plenário, novo diagnóstico acerca das obras paralisadas e inacabadas no país, adotando metodologia diferente do acórdão anteriormente citado. O Acórdão TCU nº 1.079/2019-Plenário, ainda que tenha utilizado amostra de obras do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC –, identificou que 10% das obras paralisadas decorriam de problemas orçamentários e financeiros, provavelmente relacionados à contrapartida de entes subnacionais ou aos contingenciamentos realizados nos recursos orçamentários financeiros de obras do PAC a partir de 2015. No último trabalho do TCU, os motivos mais significativos das paralisações de obras foram: 47% das obras paralisadas decorriam de problemas técnicos – tendem a se

² *Analisando os acórdãos aqui citados. FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael Amorim de. Obras públicas inacabadas e seguro-garantia: qual a sua importância e o que esperar da nova Lei de Licitações. In Revista de Direito Administrativo e Constitucional. v. 20, n. 82 (2020) outubro/dezembro.*

relacionar mais diretamente com falhas de projeto ou dificuldades de caráter executivo – e **23% das obras paralisadas decorrem de abandono da execução contratual pela empresa, totalizando 70% do total de obras paralisadas.**

A ligação entre obras paralisadas e propostas inexequíveis, que, entretanto, são irregularmente selecionadas pela Administração Pública, é evidente. Se os valores se distanciam do mercado, a empresa não sustentará o combinado, sob pena de quebrar.

Os incisos III e IV do art. 59 da Lei 14.133/21 tratam das hipóteses de desclassificação das propostas atreladas ao preço e têm o valor estimado da contratação como parâmetro de análise.

No caso de obras e serviços de engenharia, devem ser consideradas como absolutamente inexequíveis, sem margem para qualquer interpretação, as propostas cujos valores forem inferiores a 75% do valor orçado pela Administração.

O reconhecimento da inexequibilidade absoluta de proposta com o valor inferior a 75% do valor orçado, contribui para que a lógica do legislador, desde o início, seja acolhida.

A alteração, meramente redacional, contribui para que exista uma coerência do § 4º do art. 59 da Lei Federal nº 14.133/2021 com os demais dispositivos legais.

Isso porque, no que tange à contratação de obras e serviços de engenharia, o § 2º do art. 23 da Lei Federal nº 14.133/2021 elenca em seus incisos os parâmetros que deverão ser considerados, em ordem sequencial, para definição do valor estimado, acrescido do percentual de BDI e encargos sociais cabíveis.

Temos como primeiro critério a composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do SICRO, para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do SINAPI, para as demais obras e serviços de engenharia (inciso I); em segundo, a utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e a hora de acesso (inciso

II); em terceiro a contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente (inciso III); em quarto, a pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas (inciso IV).

Ora, se a pesquisa de preços é produzida seguindo a métrica dos parâmetros eleitos pela Lei Federal nº 14.133/2021 (§ 2º do art. 23 da NLLC) **não se pode admitir propostas que distanciem das métricas legalmente estabelecidas, quanto mais quando essa separação se mostra drástica.**

A isso se soma o fato de que a Lei Federal nº 14.133/2021 também prevê que, no caso de obras e serviços de engenharia, ainda, será exigida garantia adicional do licitante vencedor cuja proposta for inferior a 85% do valor orçado pela Administração, equivalente à diferença entre esse último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis de acordo com a lei.

A **BRASINFRA**, criada para representar nacionalmente o setor de infraestrutura e propor iniciativas para alavancar o segmento em novas bases e sustentabilidade, preocupada com as interpretações que possam derivar do texto legal, vem por meio desta pontuar ameaças à boa engenharia, descortinando problemas que podem advir de interpretação equivocada do § 4º do art. 59 da Lei Federal nº 14.133/2021. E nessa perspectiva, a alteração que aqui se propõe será um grande ganho na clareza e precisão do normativo, evitando

a proliferação, pelos entes federados, de regulamentos desconectados dos propósitos da Lei Federal nº 14.133/2021.

O acréscimo do termo “absolutamente” deixa claro que, em qualquer hipótese, nunca será admitida proposta com valor inferior a 75% do valor orçado pela Administração

Pública, de qualquer ente federado, já que a regulamentação pelas unidades federativas não pode contrariar o disposto na Lei geral, sob pena de inconstitucionalidade e ilegalidade.

Nessa perspectiva, a proposta também visa trazer a segurança necessária aos futuros processos licitatórios.

A BRASINFRA defende que o acréscimo sugerido no texto afastará qualquer possibilidade de entendimento doutrinário contrário à presunção de inexequibilidade absoluta na hipótese do § 4º do art. 59, onde não cabe diligência ou qualquer flexibilidade quanto ao limite de 75%, sob pena de violação da Lei Federal nº 14.133/2021.

O momento histórico atual há de ser compreendido como uma oportunidade para avanços na contratação e execução de obras públicas. Todavia, se os regulamentos federais não pavimentarem a exegese correta, o porvir será de incremento de obras incompletas, paralisadas ou com valores dissonantes do mercado.

Em face do contexto apresentado, alerta-se sobre a importância da alteração aqui proposta para pacificar a inexequibilidade do § 4º do art. 59 como absoluta, evitando-se regulamentos dos entes federados que desvirtuem os avanços da Lei Federal nº 14.133/2021, mantendo a uniformidade nos textos dos diversos regulamentos quer serão editados, a fim de se evitar interpretações contraditórias quanto à matéria.

Certos da vossa atenção, antecipamos sinceros agradecimentos e nos colocamos à disposição para qualquer esclarecimento e para auxiliá-la no que estiver ao nosso alcance.

Respeitosamente

José Alberto Pereira Ribeiro

Presidente da BRASINFRA

Ao Excelentíssimo Senhor

Ministro Bruno Dantas

DD. Presidente do Tribunal de Contas da União - TCU

ASSUNTO: Ilegalidade do uso de Sistema de Registro de Preços para contratação de serviços de engenharia consultiva.

Exmo. Sr. Presidente,

A Brasinfra, criada para representar nacionalmente o setor de infraestrutura e propor medidas para impulsionar o segmento em novas bases e sustentabilidade, expressa, por meio desta manifestação, preocupação com as possíveis interpretações da Lei Federal nº 14.133/2021. Neste sentido, destaca as potenciais ameaças à boa engenharia que podem surgir devido a interpretações inadequadas do artigo 85, o qual autoriza a contratação de execução de obras e serviços de engenharia pelo Sistema de Registro de Preços – SRP.

A Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC) trouxe um capítulo específico para os procedimentos auxiliares dos processos licitatórios, os quais se distinguem das modalidades de licitação, que constam do art. 28. O legislador buscou unificar a regulação da matéria ao trazer para o texto legal os procedimentos que, anteriormente, eram disciplinados em diversos regulamentos, visando uma padronização dos processos.

Entre os procedimentos acessórios, destaca-se a abordagem do Sistema de Registro de Preços – SRP, que é mais minuciosa na Lei Federal nº 14.133/2021 quando comparada à legislação anterior, a Lei Federal nº 8.666/1993. A utilização do SRP para contratação de obras e serviços de engenharia está prevista no artigo 85 da referida lei, desde que atendidos, de forma cumulativa, dois requisitos: (i) existência de um projeto padronizado, sem complexidades técnicas e operacionais; (ii) necessidade permanente ou frequente da obra ou serviço a ser contratado.

A padronização de projetos, para fins de SRP, envolve uma prestação padrão, que **não apresenta identidade própria diferenciada**. Dessa forma, somente podem ser objeto de registro de preços “as obras e serviços de engenharia que comportem definição de modo genérico, **envolvendo prestações que não necessitem de adaptação em vista das circunstâncias de cada caso**”¹.

Ademais, o requisito da necessidade permanente ou frequente, por si só, não é suficiente para justificar a contratação pelo SRP. Este requisito apresenta cunho adicional ao anterior e há casos em que obras e serviços de engenharia, mesmo sendo frequentes ou permanentes, não são adequados para esse tipo de contratação devido à impossibilidade de adaptação a um projeto padronizado².

A interpretação da possibilidade de uso ou não do SRP para contratação de obra ou serviço de engenharia requer uma interpretação sistemática da Lei Federal nº 14.133/2021. Nesse contexto, **a regra é que é vedada a realização de obras e serviços de engenharia sem o respectivo projeto executivo (§ 1º do art. 46)**. A exceção é a hipótese de es-

1 MARÇAL, Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*, cit. pp. 1176. 2021.

2 MARÇAL, Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*, cit. pp. 1176. 2021.

tudo técnico preliminar para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, **se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados**, hipótese em que a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos (§ 3º do art. 18 da).

Observa-se que a adoção do SRP para contratações de obras e serviços de engenharia é plausível de ocorrer no caso de serviços comuns de engenharia. Inclusive, o TCU, em Acórdão relatado pelo Ministro José Múcio³, expôs o entendimento de que é possível a utilização do SRP para contratação de serviços de engenharia de menor relevância, que possam ser objetivamente definidos, de acordo com as especificações usuais do mercado, e possuam natureza padronizável e pouco complexa. Assim seria admissível a contratação, mediante registro de preços, até para serviços de reforma de pouca relevância material e que consistam em atividades simples, típicas e intervenções isoladas, que possam ser objetivamente definidas conforme especificações usuais no mercado, e possuam natureza padronizável e pouco complexa⁴.

Todavia, é evidente que o uso do SRP é controverso e problemático quando se trata de obras, serviços especiais e serviços de engenharia consultiva, devendo seu uso ser considerado uma exceção nesses casos.

Diante deste cenário, a Brasinfra expressa sua preocupação com a utilização inadequada do SRP⁵ para a contratação de serviços de engenharia que se enquadram no conceito de Serviços Técnicos Especializados de natureza predominantemente intelectual, conhecidos também como serviços de engenharia consultiva. Estes serviços se diferenciam pela expertise técnica e intelectual de quem vai desempenhá-los. Isso quer dizer que o serviço depende do conhecimento específico do objeto e da experiência dos profissionais envolvidos.

Ou seja, fica claro que os Serviços Técnicos Especializados de natureza predominantemente intelectual (art. 6º, XVIII), que englobam os serviços de engenharia consultiva⁶ não podem ser classificados como serviços comuns de engenharia. Muito pelo contrário, por sua complexidade, se aproximam mais do conceito de serviço especial de engenharia, previsto na alínea “b” do inciso XXI do art. 6º da Lei Federal nº 14.1333/2021.

Vale aqui retomar os conceitos. Por serviço comum de engenharia entende-se aquele que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens. Já o serviço especial de engenharia caracteriza-se pela alta heterogeneidade ou complexidade e não pode se enquadrar na definição

³ TCU. Acórdão 3419/2013. Plenário.

⁴ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. p. 490. 2021. 12ª. Editora Juspodium.

⁵ Como é o caso do Pregão Eletrônico nº 003/2024, do Consórcio Intermunicipal da Baixa Mogiana – CIMOG; da Concorrência nº 171/2024, do Portal de Compras do Governo Federal nº 90171/2024, do Município de Joinville; e do Edital de Licitação Nº 90001/2024/ PROCESSO: 00.002334/2024-01/ Edital de Concorrência Presencial nº 90001/2024 – SRP, promovido pelo Conselho Federal de Engenharia e Agronomia – CONFEA.

⁶ Dentre os serviços listados no inciso XVIII do art. 6º da Lei Federal nº 14.133/2020 podem ser enquadrados como serviços de engenharia consultiva (I) os estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos; (II) pareceres, perícias e avaliações em geral; c) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços; d) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição deste inciso.

de serviço comum. Por óbvio que um serviço técnico especializado de engenharia envolve alta atividade intelectual e resulta em produto único, não passível de repetição. É manifesta a complexidade de uma demanda que envolve serviços dessa natureza.

Por tudo isso, o entendimento exarado pelo TCU⁷ de que “a utilização do sistema de registro de preços para contratação de serviços técnicos especializados de consultoria, engenharia e arquitetura não encontra amparo na legislação vigente”, mesmo que exarado ainda na égide da Lei Federal nº 8.666/1993, permanece válido, visto que quanto a esse ponto não houve alteração relevante na Nova Lei de Licitações e Contratos que embase interpretação contrária.

Nesse trilhar, a utilização de SRP para futura contratação de projetos básicos e executivos – ou de qualquer outro serviço listado no inciso XVIII do art. 6º da Lei Federal nº 14.133/2021 que podem ser classificados como serviços de engenharia consultiva⁸ – em face da natureza eminentemente intelectual desses serviços, de acordo com a Jurisprudência do TCU, só pode ser vista como inadequada.

A Brasinfra defende que a confecção de projetos básicos e executivos e os custos que os envolvem, exigem, além de elementos intelectuais específicos, conhecimento sobre o eventual imóvel a ser objeto da análise para fins de confecção do respectivo documento de planejamento (projeto).

A melhor opção para atender aos preceitos da boa engenharia é o órgão interessado na contratação de um serviço de engenharia consultiva adotar uma licitação com contratação sob demanda, dividindo em lotes a confecção dos eventuais serviços para cada imóvel que se busca a confecção, hipótese em que o edital precisará identificar exatamente quais as atividades a serem executadas e os respectivos imóveis.

A Brasinfra, no seu firme propósito de ampliar a infraestrutura do Brasil, fortalecer a consciência do setor, aprimorar as ferramentas disponíveis e estabelecer um diálogo entre as instituições interessadas, não tem medido esforços nessa agenda positiva e propositiva em prol do setor.

Certos da vossa atenção e firmes no propósito dialógico, estamos à disposição para qualquer esclarecimento e para auxiliá-los na implementação das sugestões apresentadas, no que estiver ao nosso alcance.

Com nossos melhores cumprimentos,

Respeitosamente,

José Alberto Pereira Ribeiro

Presidente da Brasinfra

⁷ Acórdão nº 2006/2012-Plenário. Relator Min. Weder de Oliveira.

⁸ (I) os estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos; (II) pareceres, perícias e avaliações em geral; c) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços; d) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição deste inciso.

À Excelentíssima Senhora
Deputada Lídice da Mata e Souza
Presidente da CMMPV – 1167/2023

Referência: Aprovação da Proposta de Emenda 23 à MP 1167

Exma. Senhora Deputada Presidente,

A Lei Federal nº 14.133/2021 (NLLC), que estabelece as normas gerais para Licitações e Contratos no Brasil, representa um marco na busca por mais eficiência, dinamicidade e modernidade nas contratações públicas.

Inicialmente, todos os dispositivos da NLLC entrariam em vigor, afastando as legislações anteriores, em 01 de abril de 2023. No entanto, uma alteração foi feita no art.193 por meio da Medida Provisória nº 1.167/2023, modificando a data para o dia 29 de dezembro de 2023. Essa mudança teve como objetivo permitir que os municípios de menor porte se adequem à nova legislação.

Além disso, atualmente está em tramitação no Congresso Nacional a Proposta de Emenda (número 023) à MP 1.167/2023, que pretende acrescentar parágrafo ao art. 56 da Lei Federal nº 14.133/2021 para determinar que a “A utilização isolada do modo de disputa fechado será vedada quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, exceto quando se tratar de licitações de obras ou serviços de engenharia, que serão processadas sempre pelo modo fechado.”

A incorporação dos modos de disputa revela a aceitação pela Lei Federal nº 14.133/2021 de pressupostos firmados pelo desenvolvimento da teoria dos leilões, cujos estudos ressaltam que a ambiência na qual os competidores são envolvidos em um dado processo de disputa pecuniária é capaz de influenciar o comportamento desses atores no sentido de estimulá-los a trazer ao processo ofertas competitivas¹. Na modalidade fechada, os valores ofertados pelos licitantes não são instantaneamente dados a conhecer a todos os concorrentes.

A emenda é justificada pelo fato inquestionável de que existe incompatibilidade entre a dinâmica da fase de lances e a complexidade de orçamentação de obras e serviços de engenharia, o que pode agravar o problema já existente no Brasil da inexecução de obras de engenharia por inexequibilidade das propostas vencedoras.

A criação de estímulo artificial para a oferta de descontos sucessivos nas licitações para obras e serviços de engenharia pode provocar cotações inexequíveis, renegociações precoces e estímulo a prática de jogos de planilha na contratação de obras e serviços de engenharia.

A alteração visa também resguardar a coerência sistêmica do texto da Lei Federal nº 14.133/2021, que trouxe inovações para aperfeiçoar o regime de contratação de obras e serviços de engenharia, especialmente no que diz respeito às regulamentações que buscam combater o problema das obras inacabadas.

¹ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133/2021, vol. 1. Cit. pp. 566.*

O Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1.079/2019-Plenário², realizou um diagnóstico relevante sobre as obras paralisadas e inacabadas no país, utilizando como metodologia uma amostra de obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Foi constatado que 10% das obras paralisadas eram resultado de problemas orçamentários e financeiros, possivelmente relacionados à falta de contrapartida dos entes subnacionais ou a contingenciamentos de recursos orçamentários a partir de 2015. Outros 47% das obras paralisadas decorreram de problemas técnicos, geralmente ligados a falhas no projeto ou dificuldades na execução. Além disso, 23% das obras paralisadas ocorreram devido ao abandono do contrato por parte da empresa responsável, totalizando 70% do total de obras paralisadas.

Dessa forma, no cenário brasileiro, existe uma forte relação entre obras paralisadas e propostas decorrentes de propostas selecionadas levando em conta o menor preço, mas viciadas de irregularidade, mostrando-se, na prática, inexequíveis.

Quando os valores se distanciam do mercado, a empresa não será capaz de manter o contrato, correndo o risco de falir. É exatamente isso que a Lei 14.133/2023 busca combater, estabelecendo parâmetros nos artigos 59, incisos III e IV e 23, parágrafo 2º, para garantir que apenas propostas exequíveis sejam consideradas.

Sendo assim, os incisos citados abordam as situações em que as propostas podem ser desclassificadas com base no preço, utilizando o valor estimado da contratação como parâmetro de análise. No caso de obras e serviços de engenharia, as propostas serão consideradas inexequíveis se seus valores forem inferiores a 75% do valor orçado pela Administração. Isso ocorre porque o § 2º do artigo 23 lista, em seus incisos, os critérios sequenciais a serem considerados para a definição do valor estimado, incluindo o percentual de BDI (Benefícios e Despesas Indiretas) e encargos sociais aplicáveis.

Além disso, a Lei Federal nº 14.133/2021, em seu artigo 59, parágrafo 5º, estabelece que, no caso de obras e serviços de engenharia, será exigida uma garantia adicional do licitante vencedor quando sua proposta for inferior a 85% do valor orçado pela Administração. Essa garantia adicional corresponderá à diferença entre o valor orçado e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis conforme a lei.

Outro exemplo evidente da preocupação da lei com a eficiência de seus contratos e a prevenção de projetos inacabados está no artigo 18, inciso X, que aborda a necessidade do planejamento e da análise de riscos “que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual”.

Demonstra-se, portanto, que o problema das obras inacabadas é de interesse da Lei Federal nº 14.133/2021 e está em consonância com o compromisso de número 6, assumido pela BRASINFRA, que estabelece a conscientização das “entidades associadas para a necessidade contínua da qualidade e produtividade nas obras e serviços contratados, repassando para as empresas”³.

Nesse trilhar, a possibilidade do modo de disputa aberto para contratação de obras e serviços de engenharia aumenta a possibilidade de manipulação de propostas das licitantes de visam se sagrar vencedoras a qualquer custo.

²Acórdão de relatoria do Ministro Vital do Rêgo, Sessão de 15/05/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redirecional/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO2351843%22>.

³Compromissos BRASINFRA, disponíveis em: <https://brasinfra.org.br/quem-somos/>. Acesso: 29 jun. 2023.

Portanto, a BRASINFRA afirma que todos os dispositivos legais mencionados acima reforçam a posição de que o mais aderente com as diretrizes e mudanças promovidas pela Lei Federal nº 14.133/2021 é proibir o uso do modo de disputa aberto nas licitações de obras ou serviços de engenharia, que devem ser processadas sempre pelo modo fechado.

Dessa forma, a manifestação acima tem como objetivo principal demonstrar a necessidade de que a Emenda 023 da MP 1.167/2023 seja aprovada pelo Congresso Nacional.

Posicionamo-nos, portanto, favoráveis à Emenda nº 023 e esperamos ela venha a ser acatada no relatório de Vossa Excelência.

Certos da vossa atenção, antecipamos sinceros agradecimentos e nos colocamos à disposição para qualquer esclarecimento e para auxiliá-la no que estiver ao nosso alcance.

Respeitosamente

José Alberto Pereira Ribeiro

Presidente

À Excelentíssima Senhora

Senadora Tereza Cristina Correa da Costa Dias

Senado Federal – Relatora da CMMPV – 1167/2023

Referência: Rejeição à Proposta de Emenda 3 à MP 1167

Exma. Senhora Senadora,

A Lei 14.133/2021, que estabelece as normas gerais para Licitações e Contratos no Brasil, representa um marco na busca por mais eficiência, dinamicidade e modernidade nas contratações públicas.

Inicialmente, todos os dispositivos da NLLC entrariam em vigor, afastando as legislações anteriores, em 01 de abril de 2023. No entanto, uma alteração foi feita no artigo 193 por meio da Medida Provisória ¹.167/2023, modificando a data para o dia 29 de dezembro de 2023. Essa mudança teve como objetivo permitir que os municípios de menor porte se adequem à nova legislação.

Além disso, atualmente estão em tramitação no Congresso Nacional a Proposta de Emenda (número 03) à MP 1.167/2023 e o Projeto de Lei 934/2023, que visam estender o prazo por mais um ano, adiando o início da obrigatoriedade da Lei 14.133 para o final do ano de 2024. A proposta de emenda também busca alterar o artigo 191 da Lei, que trata da publicação do edital ou ato autorizativo da contratação indireta, prorrogando sua observância por mais um ano. A emenda é justificada pelo mesmo motivo da MP, a suposta necessidade dos municípios menores do país de se preparem para a nova legislação.

Entendendo que a prorrogação da obrigatoriedade da lei não traz benefícios, a BRASINFRA elaborou a seguinte manifestação para demonstrar, com base em argumentos jurídicos proporcionados pela legislação, que o desenvolvimento nacional necessita da efetiva aplicação da Lei 14.133/2021. Serão abordados os diversos benefícios da Nova Lei de Licitações e Contratos, com foco na construção de uma Administração Pública mais moderna, eficiente, livre de corrupção e preocupada com a sustentabilidade ambiental e social.

Um ponto crucial de interesse substancial para a **BRASINFRA** é observar as melhorias no ordenamento que surgem com a Nova Lei de Licitações e Contratos, especialmente no que diz respeito às regulamentações que buscam combater o problema das obras inacabadas.

O Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1.079/2019-Plenário¹, realizou um diagnóstico relevante sobre as obras paralisadas e inacabadas no país, utilizando como metodologia uma amostra de obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Foi constatado que 10% das obras paralisadas eram resultado de problemas orçamentários e financeiros, possivelmente relacionados à falta de contrapartida dos entes subnacionais ou a contingenciamentos de recursos orçamentários a partir de 2015. Outros 47% das obras paralisadas decorreram de problemas técnicos, geralmente ligados a falhas no projeto ou dificuldades na execução. Além disso, 23% das obras paralisadas ocorreram devido

¹Acórdão de relatoria do Ministro Vital do Rêgo, Sessão de 15/05/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redirecional/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO2351843%22>.

² Compromissos BRASINFRA, disponíveis em: <https://brasinfra.org.br/quem-somos/>. Acesso: 29 jun. 2023.

ao abandono do contrato por parte da empresa responsável, totalizando 70% do total de obras paralisadas.

Dessa forma, no cenário brasileiro, existe uma forte relação entre obras paralisadas e propostas que são selecionadas irregularmente pela Administração Pública, mesmo sendo inexequíveis. Quando os valores se distanciam do mercado, a empresa não será capaz de manter o contrato, correndo o risco de falir. É exatamente isso que a Lei 14.133/2023 busca combater, estabelecendo parâmetros nos artigos 59, incisos III e IV e 23, parágrafo 2º, para garantir que apenas propostas exequíveis sejam consideradas.

Sendo assim, os incisos citados abordam as situações em que as propostas podem ser desclassificadas com base no preço, utilizando o valor estimado da contratação como parâmetro de análise. No caso de obras e serviços de engenharia, as propostas serão consideradas inexequíveis se seus valores forem inferiores a 75% do valor orçado pela Administração. Isso ocorre porque o § 2º do artigo 23 lista, em seus incisos, os critérios sequenciais a serem considerados para a definição do valor estimado, incluindo o percentual de BDI (Benefícios e Despesas Indiretas) e encargos sociais aplicáveis.

Além disso, a Lei Federal nº 14.133/2021, em seu artigo 59, parágrafo 5º, estabelece que, no caso de obras e serviços de engenharia, será exigida uma garantia adicional do licitante vencedor quando sua proposta for inferior a 85% do valor orçado pela Administração. Essa garantia adicional corresponderá à diferença entre o valor orçado e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis conforme a lei.

Outro exemplo evidente da preocupação da lei com a eficiência de seus contratos e a prevenção de projetos inacabados está no artigo 18, inciso X, que aborda a necessidade do planejamento e da análise de riscos “que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual”.

Demonstra-se, portanto, que o problema das obras inacabadas é de interesse da Lei 14.133/2021 e está em consonância com o compromisso de número 6, assumido pela **BRASINFRA**, que estabelece a conscientização das “entidades associadas para a necessidade contínua da qualidade e produtividade nas obras e serviços contratados, repassando para as empresas”². É mais do que legítimo o posicionamento acerca da rejeição da proposta de novo adiamento da obrigatoriedade da Nova Lei de Licitações e Contratos, pois postergar o seu uso é postergar o avanço nacional, inclusive em uma pauta já debatida e tão importante como as obras inacabadas.

Entretanto, os avanços claros da legislação não se restringem apenas às obras inacabadas. O referido planejamento, a sustentabilidade ambiental, o programa anticorrupção e a capacitação dos agentes públicos são elementos fundamentais e não podem ser excluídos das considerações sobre a importância do necessário estabelecimento da Lei 14.133/2021 no cenário nacional.

Dessa forma, o planejamento, anteriormente citado, é um dos princípios fundamentais para a aplicação da NLLC, conforme o disposto no artigo 5º. Além disso, o parágrafo único do artigo 11 estabelece que a alta administração tem a responsabilidade de exercer a “governança das contratações” e deve “implementar processos e estruturas” que garantam, entre outras coisas, “o alinhamento das contratações com o planejamento estratégico”. O artigo 12, inciso VII e § 1º, também estabelece que as contratações anuais podem ser definidas no planejamento prévio de cada ente federativo, com o “objetivo de racionalizar as contratações, garantir o alinhamento com o plano estratégico e subsidiar a elaboração das

respectivas leis orçamentárias”. Portanto, o instituto do Planejamento, previsto na NLLC, abrange as estruturas, os processos da Administração e os agentes públicos, e prioriza a eficácia e a eficiência em um contexto de demandas complexas e recursos escassos, para que as licitações e contratações públicas garantam a qualidade das políticas públicas³.

No que diz respeito à profissionalização de recursos humanos, a Lei enfatiza a importância da capacitação e especialização dos agentes públicos. Conforme estabelecido no artigo 7º, a alta administração do órgão ou entidade pública é responsável por promover a gestão por competências e designar agentes públicos para desempenhar as funções essenciais relacionadas a licitações e contratos. É preferível que esses agentes sejam servidores efetivos ou empregados públicos, com atribuições relacionadas ao tema ou formação adequada certificada por uma escola de governo.

O princípio da segregação de funções também deve ser observado, evitando a designação do mesmo agente público para “funções suscetíveis a riscos”, com o objetivo de reduzir erros e fraudes nas contratações. Por sua vez, o artigo 173 determina que os Tribunais de Contas promovam eventos de capacitação para os servidores e empregados públicos responsáveis pela execução das Licitações e Contratos da Administração. Essa capacitação deve ser realizada por meio de “cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos”.

Acerca da sustentabilidade social e ambiental, o Brasil é signatário de diversos acordos e tratados internacionais que priorizam essas pautas. Exemplos deles são a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da ONU, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) e as Convenções da OIT sobre Trabalho Forçado. A Lei 14.133/2021 não ignora tais normas internacionais, pois já em seu artigo 5º estabelece a primazia da sustentabilidade como princípio orientador das Licitações e Contratos da Administração.

A sustentabilidade ambiental está presente no artigo 6º, inciso XXIV, alínea “e”, na determinação de que o anteprojeto deve conter elementos como parâmetros de adequação ao interesse público, economia na utilização, facilidade na execução, impacto ambiental e acessibilidade.

O inciso XXV do mesmo artigo estabelece a necessidade de estudos socioambientais e outros levantamentos no projeto básico para a execução da solução escolhida. Além disso, o artigo 18, §1º, XII aborda a eficiência energética e estratégias de reciclagem. Seguindo a mesma lógica, o artigo 26, II, define a preferência da Administração por objetos reciclados, recicláveis e biodegradáveis. Na execução contratual, é vedada a alteração considerável do projeto vinculado ao licenciamento ambiental obtido (art. 137, VI). As hipóteses de nulidade contratual e suspensão da execução também contemplam motivos socioambientais (art. 147, II e III).

Outro ponto importante da NLLC diz respeito aos mecanismos anticorrupção e de controle. Seu capítulo III é dedicado ao Controle das Contratações, prevendo no artigo 169 que as contratações públicas devem se submeter a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e controle preventivo. É fundamental considerar que a corrupção intensifica problemas sociais, pois reduz os investimentos privados. Os efeitos da corrupção

3 Nesse sentido: FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael. Um novo olhar para a futura Lei de Licitações e Contratos Administrativos: A floresta além das árvores. Portal

afetam a inovação tecnológica e o pleno emprego, ao desencorajar a alocação de recursos em pesquisa e o ambiente competitivo das empresas íntegras⁴.

Portanto, a BRASINFRA afirma que todos os dispositivos legais mencionados acima reforçam a posição de que adiar a obrigatoriedade da lei resultará em atraso no desenvolvimento nacional, prejudicando toda a coletividade e o interesse público. Assim, a Associação, como representante nacional do setor de infraestrutura e defensora de iniciativas para impulsionar o segmento em bases tecnológicas e de sustentabilidade, está preocupada com os impactos de mais um adiamento da aplicação da NLLC.

Dessa forma, a manifestação acima tem como objetivo principal demonstrar a necessidade de que a Emenda 03 da MP 1.167/2023 e o Projeto de Lei 934/2023, que buscam adiar a obrigatoriedade da Lei 14.133 até 2024, não sejam apreciados pelo Congresso Nacional. Os princípios orientadores da Administração Pública, como legalidade, moralidade e busca pelo melhor interesse público, levam a crer que se trata de um ato protelatório e inadequado, trazendo mais malefícios do que benefícios para a sociedade brasileira.

Posicionamo-nos, portanto, contrários à Emenda nº 3 e esperamos ela venha a ser refutada no relatório de Vossa Excelência.

Certos da vossa atenção, antecipamos sinceros agradecimentos e nos colocamos à disposição para qualquer esclarecimento e para auxiliá-la no que estiver ao nosso alcance.

Respeitosamente

José Alberto Pereira Ribeiro

Presidente

À Excelentíssima Senhora
Deputada Lídice da Mata e Souza
Presidente da CMMPV – 1167/2023

Referência: Rejeição às Propostas de Emenda 4 e 10 à MP 1167

Exma. Senhora Deputada Presidente,

A regra insculpida no texto constitucional é a da licitação (inciso XXI do art. 37). Assim, os entes integrantes da Administração Pública que desejem o fornecimento de um produto, a prestação de um serviço ou a execução de dada obra pública, após diagnosticar a melhor solução para o seu caso, por meio da fase de planejamento voltada às suas necessidades e especificidades, devem realizar o procedimento licitatório.

Dois aspectos se destacam: o reconhecimento de que as demandas dos entes e órgãos públicos nem sempre se igualam, bem como o fato de que determinado produto, serviço ou metodologia construtiva pode se ajustar a dada realidade, mas revelar-se imprestável à outra. Por isso, a regra é a de que se licite e se contrate visando ecoar as demandas administrativas próprias de cada ente.

A **BRASINFRA** se posiciona fortemente contrária à adesão à ata de registro de preços por vislumbrá-la como maléfica à engenharia de qualidade e responsável. Trata-se de procedimento que presta um desserviço à engenharia porque provoca a paralisia administrativa, no que toca à preparação de certames de fato aptos a salvaguardar a demanda, e a busca por atas de registro de preços cujo conteúdo nem sempre espelha o “item” de fato pretendido pela entidade licitante.

A (I) natureza do solo (geotecnia e geologia); (II) topografia do terreno; (III) relevo; (IV) largura de plataforma; (V) tráfego da rodovia; (VI) logística (distância aos grandes centros supridores); (VII) interferências com infraestrutura existente; (VIII) pluviometria local; (IX) rampa de projeto; (X) microclima regional; (XI) disponibilidade de mão de obra local; (XII) legislação local são aspectos que devam ser considerados quando da realização de obras e que restam marginalizados com a inflação da adesão às atas de registro de preços.

Os custos considerados na proposta vencedora não são extensíveis de forma automática a todos os demais aderentes (caronas). Além disso, deve-se levar em consideração outros pontos negativos como estimativa de preço médio, obsolescência dos dados (variação de valores e qualidade dos produtos) etc.

A Emenda nº 4 visa a ampliar a utilização da adesão às atas de registro de preço, permitindo que ocorra a carona a atas municipais. Em sentido semelhante a Emenda nº 10 pretende que a ata de registro de preços de consórcio público intermunicipal seja equivalente à ata de órgão ou entidade gerenciadora estadual. Se assim restar aprovado, seria possível aderir às atas de consórcios intermunicipais, porque equiparadas a atas estaduais.

Qualquer elastecimento à adesão é por si só negativo uma vez que a lógica, como antes já salientado, é a de as contratações públicas se moldarem à fase preparatória e assim ao ETP, ao TR ou PB confeccionados para determinada situação.

O legislador criador da Lei 14.133/21, embora tenha admitido com limites a adesão, rejeitou a possibilidade de ela ocorresse em face de atas municipais, assim compreendidas a ata de um município isolado ou de um consórcio composto por municípios.

O §3º do art. 86 da Lei 14.133/21 prevê:

§ 2º Se não participarem do procedimento previsto no caput deste artigo, os órgãos e entidades poderão aderir à ata de registro de preços na condição de não participantes [...];

§ 3º A faculdade conferida pelo § 2º deste artigo estará limitada a órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal que, na condição de não participantes, desejarem aderir à ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciadora federal, estadual ou distrital.

Trata-se de uma trava que salvaguarda minimamente o interesse público, diante da notória dificuldade da maioria dos municípios brasileiros em conduzir de forma satisfatória os certames.

Isto é, o dispositivo é claro ao vedar a participação do “carona” (incluindo Administração Pública municipal) a atas de registro de preços gerenciadas por órgão ou entidade municipal.

Todavia, a Emenda 4 parece ignorar os riscos e pretende eliminar a trava que a Lei 14.133/21 estabeleceu, admitindo que os municípios possam aderir ao registro de preços de outros municípios.

Em outras palavras, um órgão municipal poderia localizar a existência de preços registrados de outro município, demandar a adesão e vir a contratar o mesmo fornecedor. A “barriga de aluguel”, reconhecida pelo Tribunal de Contas da União¹, que consiste no aumento artificial das quantidades licitadas de maneira que os preços registrados possibilitem maior número de adesões e permita que a empresa vencedora comercialize seus produtos com diversos órgãos da Administração Pública, sem licitar, será potencializada.

Também deve se recordar que a adesão a atas de SRP – Sistema de Registro de Preços empodera o fornecedor e também o órgão gerenciador e potencializa o risco de corrupção. Vale citar as notícias de possível desvio de dinheiro da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (Codevasf) no Maranhão, no valor de R\$ 100 milhões de reais, envolvendo 42 prefeituras².

Isto é, as propostas 4 e 10 agravam o referido problema, uma vez que ampliam a possibilidade de barganha com outros entes municipais, sem licitar.

Existem mais de 5 mil municípios no território nacional, sendo patente a escassez de pessoal em quantidade e qualidade nos municípios menores. Há de se recordar que a qualificação e capacitação dos agentes envolvidos no ciclo de contratação pública são requeridas pela nova lei exatamente porque se reconhece que a deficiência de pessoal hábil a manusear as compras públicas compromete o interesse público. Ora, admitir adesão a atas municipais ou de consórcios intermunicipais, conhecendo a realidade brasileira, é desconsiderar os problemas que daí surgirão. Todo o esforço de aprimorar e modernizar as licitações que impulsionou as alterações legislativas se esvai.

1 Nos termos do Acórdão nº 80/2022, Plenário, Rel. André de Carvalho.

2 Conforme notícia do G1. Link: <<https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2022/07/21/entenda-como-funcionava-o-esquema-de-desvio-de-dinheiro-da-codesvasf-no-maranhao-segundo-a-pf.ghtml>> Acesso em: 29/06/2023

Compreende-se, portanto, que a figura do carona não pode ser ampliada, nos moldes da Emenda em voga, haja vista as dificuldades vividas na realidade dos municípios brasileiros.

Ainda, insta dizer que a possibilidade de adesão para órgão não participante (“carona”) deve ser uma medida anômala e excepcional, conforme a jurisprudência do Tribunal de Contas da União³. O contrário caracteriza dispensa ilegal de licitação, fugindo da regra constitucional que apregoa a realização do procedimento licitatório.

Posicionamo-nos contrários às Emendas nº 4 e 10 e esperamos elas venham a ser refutadas no relatório de Vossa Excelência.

Certos da vossa atenção, antecipamos sinceros agradecimentos e nos colocamos à disposição para qualquer esclarecimento e para auxiliá-la no que estiver ao nosso alcance.

Respeitosamente

José Alberto Pereira Ribeiro

Presidente

³ Nos termos do Acórdão nº 1668/2021, Plenário, Rel. Benjamin Zymler.

Ao Excelentíssimo Senhor
Doutor Paulo Roberto Nunes Guedes
Ministro da Economia

Referência: Regulamentação da Lei federal nº 14.133/21 – Lei de Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Senhor Ministro,

No último dia 01 de abril, foi publicada a Lei federal nº 14.133, nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, aguardada pela comunidade jurídica e técnica, depois de mais de 27 anos de vigência da lei anterior.

Seu texto prevê, em diversas passagens, a necessidade de regulamentação, razão pela qual já se iniciaram os trabalhos deste Ministério nesse sentido, com a previsão de pelo menos 40 (quarenta) regulamentações, inclusive com a realização de consultas públicas sobre tópicos específicos.

Nesse sentido o constante no Publica+ (<https://www.gov.br/participamaisbrasil/consultas-publicas?o=Minist%C3%A9rio%20da%20Economia>) já com as seguintes consultas abertas:

a) Instrução Normativa sobre Pesquisa de Preços, aberta em 14/04/2021 e encerrada em 20/04/2021 (<https://www.gov.br/participamaisbrasil/in-pesquisa-de-preco>);

b) Instrução Normativa sobre Ordem Cronológica de Pagamentos, aberta em 20/04/2021 e encerrada em 27/04/2021 (<https://www.gov.br/participamaisbrasil/in-ordem-cronologica-de-pagamentos>);

c) Instrução Normativa sobre Estudos Técnicos Preliminares, aberta em 27/04/2021 e programada para encerramento em 04/05/2021 (<https://www.gov.br/participamaisbrasil/in-estudo-tecnico-preliminar>).

Pelo que se vê, a programação do Ministério é proceder a uma consulta pública a cada 7 (sete) dias corridos.

É necessário ponderar que os tempos decorridos são diminutos e inviáveis para que as comunidades jurídica e técnica tenham a oportunidade de proceder à análise das minutas confeccionadas, ao amadurecimento dos pontos indispensáveis a partir da novel e extensa legislação, assim como para a discussão técnica que propicie o aprimoramento das ferramentas sugeridas, além do tempo para lançamento dessas na plataforma.

Deve ser levado em conta, inclusive, que o início dessas discussões se deu poucos dias após a publicação da nova lei, em que as comunidades ainda discutem e compreendem os sentidos postos na lei, o que as regulamentações precisam conter para que satisfaçam às pretensões dessa, bem como se superem os gargalos levantados pelos doutrinadores acerca da aplicabilidade, alcance e interpretação dos dispositivos.

Vale destacar que os debates têm sido empreendidos em todo o país, em inúmeros eventos, com a participação de diversos expoentes, sem que se avizinha o apaziguamento das principais discussões.

Por essas razões, vimos manifestar a fundada preocupação desta Associação com o lançamento prematuro das discussões das Instruções, a antevista situação de que cada consulta possua o irrisório prazo de 7 dias corridos, a sequencialidade ininterrupta entre uma consulta e outra, além da não divulgação à comunidade da programação de próximas discussões (com a divulgação dos textos) para que se possa preparar as discussões internas sem surpresas temporais.

Os sacrifícios advindos desse açodamento vão desde o enfraquecimento da participação popular, o esvaziamento do sentido das consultas públicas criando um arremedo de compartilhamento e ambiente democrático, o empobrecimento das discussões técnicas que não decorrem da oitiva das comunidades expertas.

Assim, Senhor Ministro, esta **BRASINFRA** – Associação Brasileira dos Sindicatos e Associações de Classe de Infraestrutura que congrega as principais entidades representativas da categoria econômica das empresas da Construção Pesada – Infraestrutura em seus Estados, o que nos credencia a sermos uma Associação representativa de 90% do PIB da Infraestrutura Nacional, tem interesse na participação efetiva e contributiva para os normativos discutidos e a discutir, mas se vê impossibilitada de o fazer com espaços diminutos, consultas sequenciais, não programação dos próximos textos e prévio conhecimento das minutas.

Dessa forma, o presente ofício é para requerer que:

- a) seja fornecida à comunidade a programação de todas as consultas públicas que serão realizadas, com disponibilização das minutas de referência;
- b) seja designado prazo razoável para as contribuições sociais a cada uma das consultas realizadas;
- c) sejam reabertas as consultas já realizadas, também com prazo razoável, para que possam as contribuições ainda advir;
- d) sejam intensificadas as divulgações à comunidade para que aportem suas contribuições e os normativos resultem do efetivo exercício democrático.

Na expectativa da atenção de Vossa Excelência ao acima exposto e solicitado, antecipamos sinceros agradecimentos e reiteramos nossos protestos de elevada consideração e apreço.

Respeitosamente,

Emir Cadar Filho

Presidente da BRASINFRA

Ao Excelentíssimo Senhor

Doutor Paulo Roberto Nunes Guedes

Ministro da Economia

C/C. Ilustríssimo Senhor

Cristiano Rocha Heckert

Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização,
Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia

Referência: regulamentação de dispositivos da Lei nº 14.133/21

Senhor Ministro,

A nova Lei de Licitações e Contratos reclama a edição de considerável número de regulamentos para os quais esta Pasta iniciou uma série de consultas públicas acerca dos textos já elaborados e a revisão de preexistentes.

Essa série de consultas públicas teve início poucos dias depois da publicação do novo texto legal e, antes mesmo que as comunidades técnica e jurídica pudessem maturar as novas disposições e debater os regulamentos propostos, os exíguos prazos de algumas consultas se deram.

Por conta disso, em Ofício anterior (nº 27/2021 de 29/4/2021) foi manifestado o duplo interesse: de um lado, que as consultas fossem realizadas em prazos factíveis e que não representassem um simulacro de consulta; de outro lado, fosse reaberta a oportunidade de as comunidades técnica e jurídica se posicionarem acerca das consultas já encerradas ou em vias de.

Considerando a resposta advinda na Nota Informativa SEI nº 13014/2021/ME, foi posicionado que os prazos das consultas em aberto (e futuras) teriam sido revistos (com alguma dilação) e que as consultas já fechadas, inobstante padecessem do mesmo vício, assim permaneceriam.

No entanto, considerando o disposto no Art. 5º, inc. XXXIV, alínea “a” da Constituição da República, nesta oportunidade se apresentam pontos relevantes sobre o normativo de ordem cronológica de pagamentos, a que se espera não só sejam conhecidos como considerados, resguardando-se os princípios e normas a que, de fato, se interligam e foram preteridos.

Nesse sentido, são aqui feitas 4 considerações.

A primeira delas, central à regulamentação em tela, diz respeito ao marco inicial de lançamento da despesa na ordem cronológica de pagamentos.

A regulamentação ainda vigente trata da “apresentação da fatura”, providência ocorrida após a medição realizada sobre o objeto contratual.

A proposta, a este tempo, é que o marco inicial se dê com a “liquidação da despesa”, o que não significa uma mudança nem sutil e nem insensível.

Ao contrário, a mudança – para além de estar completamente dissociada da dicção da lei, da jurisprudência, dos editais e dos contratos, impactando nos direitos livremente assumidos por contratantes e contratados – repercute sobre os princípios da eficiência e da

segurança jurídica, a que o regulamento não poderia desatender.

De início compreenda-se que não houve, entre a redação da Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 14.133/21, nenhuma determinação dissonante do que se deva entender por exigibilidade de pagamento.

Isso significa que as orientações emitidas nos termos da lei anterior permanecem válidas, tal e qual, para a lei posterior. E se, do ponto de vista legal, não fora a intenção do legislador dispor de maneira distinta, não é lícito à norma regulamentar exorbitar dos limites que lhe são próprios para trazer posicionamento tão dissonante.

Ao contrário, a situação é tipicamente de extravaso do poder regulamentar, para alterar sobremaneira o marco inicial da ordem cronológica e impor retardos pelos quais apenas o contratado terá de arcar.

E, não bastasse isso, alterando o que previsto em editais e contratos que serão atingidos pelo início de vigência da norma pretendida.

Para além de essa modificação ser ilegal de per se, já que a modificação unilateral dos ajustes somente pode ser feita nos termos da lei e pelos veículos havidos entre as partes, a LINDB veda o comportamento surpresa, de alterar posicionamentos dantes fixados e assentes para se estabelecer novas roupagens sem qualquer regra de transição, aniquilando o direito à segurança jurídica.

Assim que, para as naturezas jurídicas de cada tipo de contrato, o marco inicial da exigibilidade do pagamento é claro e posto em documentos que a regulamentação não pode alterar.

Nesse sentido, por exemplo, a clássica decisão do Tribunal de Contas da União, tomada há quase 2 décadas, de que se “efetuem os pagamentos devidos por serviços executados em contratos de obras públicas obedecendo, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, **ou seja, de cada medição dos serviços**, nos termos do art. 5º da Lei nº 8.666/93, com as alterações dadas pela Lei nº 8.888/94”¹.

Com efeito, “o momento da fixação da exigibilidade variará segundo a natureza do contrato, **mas jamais ficará sob o controle da Administração** – que não poderá, assim, manipulando o conceito de exigibilidade, modificar a ordem legal das exigibilidades”².

Isso porque a preterição desse momento para transferir a exigibilidade para após a liquidação da despesa, que está sujeita – infelizmente, diga-se – a providências que dependem da Administração Pública para as quais não há prazos que sejam cumpridos, exigidos ou peremptórios, transfere a exigibilidade do pagamento para um futuro incerto, incontável e impreciso.

O resultado disso é a situação absurda de as empresas permanecerem à mercê dos órgãos públicos, que não liquidam as despesas (inclusive sem que se indiquem razões hábeis a sustentar a inércia), sem que possam se valer de outros mecanismos legais (inclusive para suspensão e rescisão contratual) face à inadimplência estatal.

Com efeito, tornando-se incerto o marco inicial de exigibilidade do pagamento, o ingresso da exigibilidade na ordem cronológica se tornará a nova forma de burla à exigência dessa. As empresas se verão na ingrata e injusta posição de não terem como discutir seu

1 UNIÃO, Tribunal de Contas. Acórdão nº 888/2004. Plenário, Relator Ministro Adylson Motta, j. 7/7/2004.

2 PEREIRA, César A. Guimarães. A ordem cronológica nos pagamentos da administração pública apud <https://www.migalhas.com.br/depeso/8174/a-ordem-cronologica-nos-pagamentos-da-administracao-publica>. Acesso em 12/5/2021.

direito subjetivo à ordem e ao pagamento, tolhendo-se o verdadeiro sentido proposto pela Lei e que ao regulamento não cabia modificar.

Esse retardo, inclusive, poderá decorrer (e é natural assim supor) de interesses espúrios, antidemocráticos e corruptivos, em relação aos quais a regulamentação jamais poderia ser estímulo.

Como dito em doutrina, é preciso um “freio às falcatruas” e a implantação de “útil mecanismo moralizador”³.

O TCU já teve a oportunidade de se debruçar sobre o tema e recomendar que atente para o “registro da data de vencimento da obrigação, conforme previsto nos contratos/notas de empenho ou a contar da data de ateste”, permanecendo no espectro de obrigações do administrador possuir “mecanismo interno de acompanhamento do vencimento da obrigada, para permitir maior controle do processo e evitar atrasos na efetivação dos pagamentos”⁴.

Além disso, que os órgãos diligenciem na “definição e implementação de rotinas e prazos máximos para ateste nos recebimentos de material/serviço e para a verificação da conformidade documental, atentando para a diversidade serviços/fornecimentos e para a estrutura do órgão, de forma a dar cumprimento”⁵ ao disposto em lei aqui já exortada.

Afinal de contas, todos os cuidados de “regular gestão contratual e que permitam identificar se todas as obrigações do contratado foram cumpridas” devem se dar antes do ateste, nada mais retardando a ocorrência do pagamento⁶.

A determinação à SEGES, de que a regulamentação levasse em conta essa metodologia, já havia sido expedida pelo TCU, que afastou pudesse a inclusão se dar em razão da liquidação da despesa.

Nesse sentido,

Com vistas à observância da ordem cronológica de pagamento de obrigações decorrentes de fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços atentando especialmente para os seguintes pontos:

9.2.1. a ocasião em que o credor deverá ser inserido na sequência de pagamentos, considerando):

9.2.1.1. a demonstração, para o ingresso na fila, do adimplemento da parcela contratual mediante a apresentação da de fatura ou documento equivalente pelo contratado;

9.2.1.2. o cumprimento das demais condições legais e contratuais exigíveis, esclarecido que, no caso de ausência de comprovação da regularidade trabalhista, inclusive salários e demais verbas trabalhistas, previdência social e FGTS, cabe o ingresso na fila e a correspondente retenção do valor devido no momento do pagamento⁷.

Deve ser recordado que o TCM-RJ já condenou tal medida, entendendo que a ordem cronológica de pagamento não pode considerar a liquidação e sim a exigibilidade, sob pena de grande margem de manobra para o gestor público decidir o que enviar à liquidação ou não.

Mais que isso.

3 FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 169.

4 UNIÃO, Tribunal de Contas. *Acórdão n. 2.360/2018. Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo, j. 10/10/2018.*

5 UNIÃO, Tribunal de Contas. *Acórdão n. 2.360/2018. Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo, j. 10/10/2018.*

6 UNIÃO, Tribunal de Contas. *Acórdão n. 2.360/2018. Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo, j. 10/10/2018.*

7 UNIÃO, Tribunal de Contas. *Acórdão nº 551/2016. Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo, j. 9/3/2016.*

A ATRICON há anos revela sua preocupação com o tema, tendo aprovado a Resolução nº 3206/14 com diretrizes sobre o tema.

Deve ser destacado que a ATRICON salientou na Diretriz 10 que o marco é o adimplemento contratual mediante a apresentação da fatura ou documento equivalente.

A mesma ATRICON menciona a necessidade de fixação de prazo máximo para a realização de prazo limite para a liquidação e para o efetivo pagamento, a contar do ingresso na linha de preferência, ou para a rejeição dos serviços prestados ou bens fornecidos, por desatendimento das exigências legais ou contratuais.

Conforme Diretriz 11, “definir como obrigatória a implementação, por parte da Administração Pública, de sistema informatizado que possibilite a divulgação em tempo real, na rede mundial de computadores, das diversas ordens cronológicas e das respectivas listas de credores, com ampla acessibilidade a qualquer cidadão, em atenção ao prescrito na Lei nº 12.527/11 (Lei da Transparência)”.

Assim que se sugere, a um só tempo, seja mantida a dicção de que a inclusão se dá a partir da emissão da fatura, além de se disciplinar os prazos para a Administração Pública avaliar aceites e liquidações de despesa.

Assim que é fundamental o ajuste do texto referido.

Destacamos, ainda, que a ATRICON há muito afirma que é preciso que o regulamento preveja o prazo limite para a liquidação e para o efetivo pagamento, a contar do ingresso na linha de preferência, ou para a rejeição dos serviços prestados ou bens fornecidos, por desatendimento das exigências legais ou contratual.

É chegada a hora, portanto, para tal previsão, nada justificando que o regulamento se esquive da indicação de prazos à própria Administração Pública, inclusive em decorrência de um normativo legal onde foram prestigiados planejamento e governança como seus eixos estruturantes.

Neste momento sugere seja de 30 dias contados da apresentação da fatura, considerando ser esse, em regra, o prazo para pagamento dessa.

Na mesma esteira, outros dispositivos que levam em conta essa mesma questão, como é o caso do Art. 5º.

A segunda consideração a ser posta diz respeito ao que poderia, em razão de ajustes na documentação do contratado, ser feito em relação ao “lugar na fila” para pagamento.

Há um erro substancial na redação na dicção do §4º seguinte, “a permanência da condição de irregularidade, sem a devida justificativa ou com justificativa não aceita pela Administração, pode culminar em rescisão contratual”.

Essa previsão ultrapassa os limites do poder regulamentar e indica a possibilidade de ocorrência de medida extrema (e ameaça embutida) incompatível com princípios aplicáveis à espécie, além, evidentemente, das regras de sobre direito apostas na LINDB a partir da Lei nº 13.655/18.

Com efeito, a rescisão é medida extrema e não pensada, nem pelo legislador da Lei 14.133/21 que, na toada do princípio da segurança jurídica, referido no art. 5, exige a ponderação das consequências e nega a nulidade como saída para irregularidades que possam ser sanadas.

Com efeito, a norma se torna impertinente para um normativo de regulamentação da ordem cronológica, para dispor sobre possíveis rescisões contratuais ao arrepio da lei, do próprio edital e do contato de boa-fé firmado entre as partes.

O máximo que irregularidades procedimentais intransponíveis podem gerar, na esteira de posicionamentos do TCU já exortados, é que os pagamentos permaneçam retidos até regularização (se assim autorizado esteja pela norma editalícia).

Por conta disso, sua retirada do texto é medida que se impõe.

A propósito, a ATRICON já havia abordado o assunto, afirmando que as razões para eventuais suspensões dos créditos na ordem cronológica, diante de ausência de comprovação do cumprimento das obrigações legais e contratuais também devem constar do regulamento.

Veja-se que não apenas o caso seria de suspensão, como se deveria arrolar que razões seriam essas.

A terceira consideração a ser feita é quanto à impropriedade do §5º do mesmo Art. 5º, que prevê a faculdade de “retenção dos créditos decorrentes dos contratos até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas”.

Contudo, cabia a referência expressa de que isso só é possível com respeito a contraditório e ampla defesa, com todos os recursos e meios a esses inerentes, a partir de processo administrativo, para atender à dicção do Art. 5º, inc. LV da Constituição Federal.

Além disso, o uso da hipótese somente é possível nos termos do Art. 139, inc. IV da Lei nº 14.133/21, ou seja, como decorrência de extinção contratual ocorrida após o respeito aos direitos referidos.

A última consideração diz respeito aos ajustes terminológicos necessários em partes do texto proposto originalmente e na consulta, a fim de que se adequem aos sentidos conceituais que os termos contêm.

Nesse sentido, os seguintes ajustes:

a) No parágrafo único do Art. 1º os procedimentos a serem observados não são relativos à ordem cronológica dos pagamentos senão que à “operacionalização e controle” da referida ordem, procedendo-se ao ajuste na redação; e

b) No Art. 4º, a ordem cronológica é dos pagamentos e não das exigibilidades, a sugerir a correção conceitual e terminológica.

Certos de que as questões serão recepcionadas, em atenção à melhor técnica de direito, prevenção, transparência e justiça, antecipamos sinceros agradecimentos e reiteramos nossos protestos de elevada consideração e apreço.

Respeitosamente,

Emir Cadar Filho

Presidente da BRASINFRA

Ao Excelentíssimo Senhor
Doutor Paulo Roberto Nunes Guedes

Ministro da Economia

C/C. Ilustríssimo Senhor

Cristiano Rocha Heckert

Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização,
Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia

Referência: regulamentação de dispositivos da Lei nº 14.133/21

Senhor Ministro,

A nova Lei de Licitações e Contratos reclama a edição de uma série de regulamentos.

Os atos normativos são parte fundamental da reformulação do cenário jurídico da contratação pública e da dinamização dos princípios e diretrizes que se pretende alcançar por meio dela, razão pela qual assumem importância indiscutível.

O presente ofício visa a endereçar, inicialmente, os §§2º e 3º do Art. 23 da Lei nº 14.133/21, que cuidam da previsão do valor da contratação.

De início, o caput do Art. 23 acertadamente destaca a relevância das peculiaridades do local de execução do objeto para fins de estimar-se o valor do contrato.

Isso porque diversas são as realidades de preços de insumos e custos de mão de obra, tornando-se importante considerar as particularidades onde o objeto será executado.

Para além disso, o desenvolvimento nacional sustentável, elevado a princípio no Art. 5º da lei, reclama que se olhe com atenção para a realidade local e o que se colhe dessa.

O §2º do Art. 23, dedicado a obras e serviços de engenharia, arrola os critérios que levarão à mensuração do valor, fixando a ordem com quem devem ser observados.

Entretanto, a norma prevê a edição de regulamento que irá acrescentar detalhes aos critérios ali indicados.

Nesse sentido, é importante que o regulamento seja estruturado sem perder de vista a adequação aos valores de mercado e à valorização das peculiaridades locais, enaltecidas no caput.

E, no afã de estabelecer detalhamentos, não descure de alguns elementos essenciais.

O primeiro deles é a utilização de notas fiscais eletrônicas ou contratos similares de maneira aleatória e desconectada, que não leve em conta fatores decisivos sobre seus valores.

Nesse sentido, como exemplo, temos a localização do objeto fornecido (e as repercussões financeiras das logísticas de entrega), o volume de fornecimento (que tem repercussões sobre o fornecimento em pequena, média ou larga escala), as diferenças de datas de fornecimento (que alteram disponibilidade, logística de entrega e formas de deslocamento), dentre outros fatores.

Vale lembrar que os critérios previstos em lei se distanciam do que até hoje é praticado na órbita federal.

A título de exemplo, o Decreto nº 7.893/13 não previra uso de notas fiscais ou contratos similares. Isso exigirá que novos normativos, voltados à regulamentação do que passou a ser lei, estejam pensados do zero.

O segundo deles é a pesquisa em mídia especializada e sítios eletrônicos, cuja regulamentação terá de ser detalhada e cuidadosa para evitar abusos e distorções.

A título de exemplo dos pontos sensíveis estão a confiabilidade da mídia consultada, o volume de entregas que lhe permite o preço ofertado, o destaque do frete (não disponibilizado diretamente sobre o preço exposto à venda, senão que quando do fechamento dessa), quais sítios eletrônicos honram as ofertas apostas e efetivamente entregam os produtos com respeito ao prazo fixado.

Ainda, qual o prazo ofertado de entrega, o período de consulta dos preços (evitando fenômenos de queima de estoque ou blackfriday e outras promoções não condizentes com o preço praticado normalmente pelo mercado).

O terceiro a se ponderar diz respeito a data e hora de acesso, que também interferem nas dinâmicas de preços de sites, aplicativos e mídias especializadas.

Assim que o uso desenfreado e incalculado dessas plataformas pode, em lugar de oferecer maiores visibilidades de preço, deturpar as práticas de mercado sem que a Administração Pública avalie, corretamente, todas as nuances e fatores que interferem na oferta.

Não se pode perder de vista que, uma vez lançada a regulamentação, ela imperará para a esfera federal e inspirará aos demais entes, bem como se aplicará para um universo incontável de hipóteses de bens e serviços.

Some-se a isso que essas mídias e sites não mantêm as ofertas no ar por longo período e a utilização, fora desse contexto, das referências de preço para formação do de mercado, potencializará a anacronia e o desvirtuamento do real sentido de utilização da hipótese.

Com efeito, o risco inicial diz respeito à ausência de um intervalo temporal na lei. A não se adicionar regras complementares, o valor informado em um sítio eletrônico acessado em dado momento serviria como referência eterna.

Exatamente porque não se pode admitir que a simples menção a data e hora da pesquisa, sem se delimitar o lapso temporal e as condições de aceitabilidade do preço, deturparão o resultado.

Nesse sentido, por exemplo, a Instrução Normativa nº 73/2020 em seu Art. 5º, inc. III, onde dito que a pesquisa de preços deve levar em conta, nos dados de pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, que essa se dê de forma atualizada no momento da pesquisa, compreendidos no intervalo de até 6 (seis meses) de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório, contendo a data e hora de acesso.

Mas, como dito, é pouco prever dessa forma, sendo necessário que se excluam os preços decorrentes de queimas de estoque, promoções-relâmpago e/ou com prazo de validade, valores que não se apresentem acompanhados do preço de frete ou valor de entrega, que sejam para retirada no local ou sujeitos a acréscimos no momento do faturamento.

Além disso, precisam ser sopesadas as situações que não comportam seguro, garantia, certificado de autenticidade, selos oficiais de qualidade/qualificação, originalidade dos produtos, dentre outros elementos.

Não bastasse isso, a definição do que vem a ser considerado como mídia especializada e sítio eletrônico ou de domínio amplo é fundamental.

Por se tratar de conceitos amplos e indeterminados, como ocorre com a expressão “domínio amplo”, é necessário ponderar de que forma a expressão ganha concretude e objetividade, até mesmo em atenção à LINDB e à sua determinação de que, na utilização

desses conceitos, o ato administrativo leve em conta as consequências práticas do decidir e as soluções possíveis e alternativas que o caso comportam.

Da mesma forma que a utilização do termo, em uma lei de natureza geral, não tinha a intenção de na regulamentação descumprir a LINDB. De fato, a regulamentação que se realizar não pode trazer restrições que inviabilizem o correto uso da expressão.

Afinal de contas, o termo “domínio amplo”, em que pese a extensão que a internet tem sobre a vida das pessoas, não pode significar uma reserva de mercado a grandes magazines e fornecedores que, valendo-se de plataformas tecnológicas, cartelizem os preços e monopolizem o mercado de consulta.

Da mesma forma que os órgãos de controle rotineiramente reprimem a ausência de variação da cesta de preços aceitáveis, reprimendo o administrador que não amplia o rol de consultas e se dirige sempre aos mesmos fornecedores, em claro sacrifício ao princípio da impessoalidade, o risco se torna ainda mais manifesto no uso das consultas pelos meios em destaque.

Para além disso, é necessário compreender que, se a utilização de um produto ou serviço ou a sua entrega se destina a uma dada região, as consultas realizadas atinentes a outro local de execução também desvirtuariam a consulta procedida.

Nesse sentido o alerta da própria Lei nº 14.133/21, que em seu Art. 171, inc. III destacou na fiscalização de controle dever ser observada a conformidade do preço global com os parâmetros de mercado para o objeto contratado, “considerada inclusive a dimensão geográfica”.

Também nos preocupa a utilização de contratações similares realizadas pela Administração Pública, sem se considerar as peculiaridades locais.

Novamente a adoção de referencial de um contrato executado em determinado local para outro rompe a métrica de observância das circunstâncias em que, de fato, vai se dar a execução do contrato.

Vale lembrar que, desde a edição da Lei federal nº 12.349/10 que alterou a redação do Art. 3º da Lei nº 8.666/93 e incluiu dentre os princípios o do desenvolvimento nacional sustentável, mantido na nova lei, diversos normativos foram editados, em todo o país, para prestigiar, como decorrência do princípio, a utilização de mão de obra local.

Esse prestígio está destacado, inclusive, na nova lei no §§2º e 9º do Art. 25.

A isso se soma a necessidade de uma correta explicitação do aspecto temporal.

A pesquisa de preços realizada em dado momento não implica dizer que a licitação virá em sequência e menos ainda que o contrato será celebrado em curto espaço de tempo.

Assim, a depender das circunstâncias fáticas, o valor utilizado como referência, a partir do que dispõe o citado inciso II, estará defasado quando da efetiva licitação e contratação.

Além disso, a compreensão do que se pode enquadrar como similar também merece destaque, já que o apontamento das mídias e sites como fontes de pesquisa caracterizam a clara indicação de marcas, o que não pode excluir a possibilidade de utilização das similares.

Por fim, o critério a que alude o inciso IV também se mostra preocupante.

As notas fiscais espelham o valor executado, ou seja, o valor a que se chegou após a licitação e após a disputa de preços pelos licitantes.

Se o vencedor da licitação a que se referem as notas fiscais assim se consagrou por ter oferecido o maior desconto sobre o valor da planilha pública, a utilização das notas do seu contrato como baliza produziria um efeito sempre decrescente, implicando em contínua

redução de preços em dissonância com os custos e o praticado no mercado, canibalizando o setor e potencializando o encontro de propostas cada vez mais inexequíveis e comprometedoras da boa execução.

Mais que isso, apenas uma parcela dos possíveis competidores teria real chance de se consagrar vencedor na licitação cujo valor surge da utilização de notas fiscais.

Se a nota espelha o valor da planilha já descontado, empresas de menor porte não estariam aptas a competir, tornando o mercado competitivo apenas uma sangria dos maiores (e mais aptos ao sacrifício de margens de lucro e negócios) sobre os menores (que representam uma massa considerável de fornecedores, prestigiados pelo texto constitucional, e responsáveis pela parcela significativa da empregabilidade e da economia).

Vale destacar, ainda, que contratos que não foram executados, inclusive em razão de defasagem de preços e dificuldades do fornecedor, não podem ser mantidos como referenciais de preços para cotações futuras.

Por fim, questiona-se como se poderá utilizar nota fiscal de contratado sujeito a regime de tributação não extensível aos demais operadores do mercado.

Há uma pluralidade de questões a influenciar a tributação e por consequência o valor da nota fiscal.

Por isso, uma vez mais, se exige cautela quando da regulamentação, em prol da máxima preconizada no caput do referido Art. 23.

Há de se encontrar o valor de mercado para a contratação em gestação, não sendo razoável utilizar notas fiscais que não funcionem como reflexo para o caso concreto.

Ainda é necessário ponderar acerca do §3º desse mesmo Art. 23 da nova Lei, onde previsto que nas contratações realizadas por Municípios, Estados e Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o valor previamente estimado da contratação poderá ser definido por meio da utilização de outros sistemas de custos adotados pelo respectivo ente federativo.

Em primeiro lugar, solicitamos que o regulamento autorize considerar como tabelas de referência aprovadas pelo Poder Executivo Federal, de que cuida o inciso II do §2º do Art. 23, aquelas construídas por Estados e Municípios com respaldo no parágrafo em comento.

Assim prestigia-se o fator local e a sintonia com os valores praticados no mercado, parâmetros centrais à luz do caput do Art. 23.

Caberá ao ente federado demandar a aprovação que, todavia, se não ocorrer não impedirá o seu uso com fulcro no §3º.

Vale dizer, a aprovação da tabela municipal, distrital ou estadual pelo Executivo federal a credencia como parâmetro de estimativa de preço à luz do inciso II do §2º do Art. 23, mas, na eventualidade de não vir a ser aprovada, resta intacto o direito de empregá-la para fins do disposto no §3º.

Importa aqui considerar que o legislador autoriza a utilização de sistemas próprios implementados por Estados, Distrito Federal e Municípios.

Se assim o é, na hipótese de incidência do citado §3º, contratações que não envolvam recursos da União, a definição metodológica cabe ao ente federado, mas o estímulo aos catálogos locais cabe na missão federal.

Vê-se ainda como necessário evidenciar que os órgãos de controle não poderão usar referenciais outros que não o do sistema utilizado para avaliar a ocorrência de sobrepreço.

Com isso, alcançar-se-á segurança jurídica, dando-se aos administradores o direcionamento sobre o acerto dos critérios utilizados e chancelados, já que a repercussão dessa estabilidade não se dá apenas sobre a licitação em si, mas sobre todo o planejamento anual, a projeção orçamentária e a construção dos estudos técnicos preliminares.

O presente ofício visa a endereçar, ainda, o Art. 61 da Lei nº 14.133/21, considerando que as condições de negociação com o primeiro colocado exigem cuidados e trazem severa preocupação.

O regulamento é demandado pelo legislador que a ele se refere no §2º da norma. E, de fato, há espaço para a explicitação da regra, a fim de evitar distorções inaceitáveis.

O caput autoriza a Administração, findo o julgamento, a negociar com o primeiro colocado condições mais vantajosas.

O §1º autoriza que se prossigam as negociações com os demais licitantes, observada a ordem, se o primeiro colocado for desclassificado em razão de sua proposta permanecer acima do preço máximo definido.

A negociação autorizada pelo caput há de ser lida como aquela que visa a reduzir os valores na hipótese de o licitante mais bem classificado (e por conseguinte os demais) ter apresentado proposta acima do preço máximo definido.

Ou seja, a negociação teria lugar como forma de evitar o possível fracasso do certame diante de propostas (no plural) acima do preço definido.

A isso se soma a necessária revelação pela Administração Pública de qual o preço estimado, sem o que não se poderia desclassificar o primeiro colocado e partir-se para negociações com os demais.

Afinal de contas, a possibilidade de se descartar o primeiro colocado em busca de descontos ínfimos, que não expressam prestígio efetivo e substancial à economicidade, ou a busca desenfreada por descontos que não encontrem barreira na exequibilidade, ou a preterição da melhor proposta após competitividade acirrada com os demais licitantes não expressam o diálogo responsável com o mercado.

Com efeito, em lugar de estimular o mercado à participação em processos licitatórios e à aderência às pretensões governamentais, apenas afugentará os melhores e mais cômicos interessados na prestação, levando os processos licitatórios a um espaço de disputas anti-competitivas, lesivas e desprovidas de seriedade.

Assim que, antes de descartar a proposta do primeiro colocado, fundamental que se dê a conhecer o preço estimado e seja o mesmo advertido de quando sua presença na disputa está sob o risco de descarte.

São essas algumas de nossas considerações acerca dos dispositivos referidos, com clara repercussão sobre a formação dos preços e sua aceitação final, todas expressão de que os temas necessitam de ponderação e reflexo nos normativos em perspectiva.

Esperamos contar com sua atenção sobre os itens, expressivos que serão esses para bem se execute o objetivo da lei.

Antecipando nossos melhores agradecimentos, renovamos protestos de elevada consideração e apreço.

Respeitosamente,

Emir Cadar Filho

Presidente da BRASINFRA

Ao Excelentíssimo Senhor

Doutor Paulo Roberto Nunes Guedes

Ministro da Economia

C/C. Ilustríssimo Senhor

Cristiano Rocha Heckert

Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização,
Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia

Referência: regulamentação de dispositivos da Lei nº 14.133/21

Senhor Ministro,

A nova Lei de Licitações e Contratos reclama a edição de considerável número de regulamentos para os quais esta Pasta iniciou uma série de consultas públicas acerca dos textos já elaborados e a revisão de preexistentes.

Dentre os regulamentos em discussão, com prazo até 1/6/2021 para contribuições, está o relativo ao Plano de Contratações Anual.

Inicialmente, parabenizamos pela concessão de prazo mais extenso para a apreciação e oferecimento de contribuições voltadas ao aprimoramento e à adequada delimitação do Plano, instrumento central no ciclo das contratações públicas.

Realizamos leitura minuciosa e coletiva que nos permitiu identificar, segundo nosso entendimento, a necessidade de ajustes e de inclusão de temas que ficaram à margem da regulamentação, embora mereçam estar presentes na norma.

O primeiro ponto a merecer comentário é a ausência de referência no regulamento à participação da sociedade civil na construção do referido Plano.

O art. 169 da Lei nº 14.133 dispôs textualmente que as contratações públicas devem submeter-se a práticas contínuas de controle preventivo, inclusive de controle social, razão pela qual é necessário que a regulamentação preveja a participação da sociedade na construção do Plano. A Lei 14.133/21 tem como ideias centrais a governança, o controle e a transparência. Não se pode pretender, portanto, que o momento crucial em que as mais estruturais decisões são tomadas ocorra à sombra.

Imperiosa a permeabilidade estatal para se possa conhecer, questionar e sugerir alterações na proposta do Plano.

Ainda que a Lei 14.133/21 fosse silente, os artigos 29 e 30 da LINDB bastariam para que tal procedimento seja contemplado.

É crucial que os mecanismos de contribuição social e de transparência das pretensões governamentais estejam previstos no referido regulamento para que sejam observados na prática.

Deve ser destacado, por oportuno, que os mecanismos de controle e transparência vêm sendo sobejamente exaltados não apenas na legislação como na jurisprudência dos Tribunais, como expressão do Estado Democrático de Direito. Nada justifica, pois, em sede de regulamento, ignorar tais premissas.

O Plano é a coluna vertebral das contratações públicas que a ele devem ser aderentes. Portanto, decisões tomadas na fase de desenho do Plano reverberam para além dele. Não

bastará eventual audiência ou consulta pública relativa ao edital e seus anexos, quando a mais importante decisão se materializou muito antes. A participação de todos, inclusive do mercado, há de ser assegurada também e principalmente nesta fase.

Assim que é a presente para requerer a adaptação do regulamento para prever os instantes de participação da sociedade, as formas de convocação para a sua realização e os mecanismos para efetivação desse direito.

O segundo ponto a merecer comentário é que, em que pese o regulamento tenha previsto que autoridades competentes possam recusar inserções no PCA, deixou de prever que essas dependem de justificativas. O dever de motivação deve restar cristalino e expresso.

Fato é que a motivação quando da recusa de inclusões, tanto pela área de contratação quanto pela autoridade competente para sua aprovação, é relevante na avaliação do pleno cumprimento das dicções legais e principiológicas, além de ser mecanismo crucial à avaliação da adoção (ou não) de boas práticas de integridade e transparência, de alinhamento aos objetivos constitucionais e de coerência às necessidades públicas a serem atendidas.

Por isso, indispensável que o regulamento faça referência expressa a que todas as decisões tomadas em face do PCA, inclusive as recusas de inserções, sejam devidamente motivadas, tornando a motivação publicizada e sujeita aos controles legalmente previstos.

O terceiro ponto a merecer comentário é que o processo de criação dos planos anuais não considerou situações de emergência e da calamidade pública, expressos no Art. 75, inc. VIII da Lei nº 14.133/21.

Com efeito, não é possível sequer prever essas situações e nem as sujeitar à prévia aprovação de todo o trâmite de inserção no PCA, sob pena de inviabilizar os bens e direitos tuteláveis por tais dispensas.

De igual forma, não podem ser taxadas de ilegais ou irregulares as contratações ditas por tais situações excepcionais, devendo ser validados os contratos.

O quarto ponto a merecer comentário é a necessidade de que se preveja que os agentes devem considerar os serviços, obras e fornecimentos de natureza contínua e/ou rotineiramente contratados pela Administração, obrigando que se avalie – a partir do que se realizou nos últimos anos – quais são as hipóteses contratuais que em princípio devem ser incluídas no próximo PCA. A medida de caráter instrutivo auxiliaria os entes, em especial os subnacionais, a confeccionar o plano.

Fundamental que o planejamento do PCA, que estranhamente não foi refletido no regulamento em testilha, se faça presente, fixando-se diretrizes sobre como confeccionar o plano e os itens e critérios a serem considerados para a sua melhor constituição.

Não se descure que, malgrado o regulamento seja meramente federal, é de significativa orientação para os entes subnacionais, sendo prudente que as diretrizes de como confeccionar o plano integrem o regulamento em si.

O quinto ponto a merecer comentário é que houve previsão de bloqueio de dados para a entidade que não disponibilizar suas contribuições para a confecção do PCA.

Contudo, essa proibição não pode, de forma alguma, atingir contratos em curso, processos licitatórios em andamento e sobretudo a efetivação de pagamentos pendentes aos contratados.

Afinal de contas, contratados e licitantes não podem ser penitenciados, com bloqueios de sistema, em razão de inércias ou omissões da Administração.

Com efeito, é indispensável que o mecanismo de coerção imposto pelo regulamento não afete direitos e interesses de terceiros, absolutamente de boa-fé e estranhos aos atrasos referidos.

Para além disso, o bloqueio de UASGs não pode significar a possibilidade de suspensão de execuções contratuais e de interrupção de serviços de natureza essencial e contínua, razão porque é crucial se repensar o mecanismo coativo imaginado e salvaguardar direitos e interesses preteridos/ameaçados.

O sexto ponto a merecer comentário é a necessidade de que sejam referidos expressamente no regulamento os casos de aditivos e prorrogações contratuais, advertindo as autoridades competentes ao PCA que os levem em consideração na criação do plano.

O sétimo ponto a merecer comentário é a indispensabilidade de se prever que, em que pese seja possível a aglutinação de demandas pela área de contratações ou pela autoridade competente para aprovação do PCA, isso não seja sinônimo de transformação em lotes únicos de aquisição e nem imposição de não parcelamento técnico.

Afinal de contas, essas questões são atinentes aos estudos técnicos preliminares e não seria o caso de suprimir do instante próprio de análise – e da área técnica respectiva – a avaliação da pertinência de lotes únicos ou plúrimos, considerando que o instante avaliativo ainda não se ultimou, nada justificando o engessamento administrativo quando da criação do PCA.

O oitavo ponto a merecer comentário é a validade dos processos licitatórios e das contratações porventura realizadas à revelia do Plano.

Isso se dá porque a Lei nº 14.133/21 previu expressamente que a ocorrência de nulidades procedimentais não autoriza a inadimplência da Administração Pública, sob pena de enriquecimento ilícito. Nesse sentido a regra do Art. 149.

Para além disso, a lei – em boa hora – definiu que não se aplica o conceito de nulidade como ato automático, sendo indispensável que se recorra à análise das consequências do rescindir e da conveniência da convalidação. Nesse sentido todos os itens de impacto descritos no Art. 147 dessa.

Não bastasse isso, a avaliação das consequências práticas e das possíveis alternativas é determinada pela LINDB. Assim, importante que a regulamentação evite qualquer interpretação a favor da nulidade imediata e irrefletida de processos licitatórios ou contratos administrativos em decorrência da falta de previsão no PCA, inobstante a omissão sugira a apuração de responsabilidades administrativas.

Certos de que as questões serão recepcionadas, em atenção à melhor técnica de direito, prevenção, transparência e justiça, antecipando nossos melhores agradecimentos, renovamos protestos de elevada consideração e apreço.

Respeitosamente,

Emir Cadar Filho

Presidente da BRASINFRA

Ao Excelentíssimo Senhor
Doutor Paulo Roberto Nunes Guedes

Ministro da Economia

C/C. Ilustríssimo Senhor

Cristiano Rocha Heckert

Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização,
Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia

Referência: regulamentação de dispositivos da Lei nº 14.133/21

Senhor Ministro,

Encontra-se andamento a Consulta Pública sobre a portaria que estabelece regras e diretrizes para a agente de contratação, equipe de apoio, comissão de contratação, gestores e fiscais de contratos, publicada em 15/6/2021 e com data de encerramento em 29/6/2021.

Para esse texto necessário ponderar alguns pontos relevantes, especialmente diante de previsões de duvidosa legalidade e de eternização de lacunas.

De início, a questão a ser tratada é a impropriedade da previsão do Art. 24. Em que pese a regra retrate o contido no Art. 117, §4º da Lei nº 14.133/21, é necessário ponderar que essa regra se mostra incompatível com outras legislações de regência, não se indicando que se a replique.

Com efeito, a responsabilidade objetiva em matéria de Administração Pública fora delimitada em alguns normativos.

A esse respeito, por exemplo, o contido na Constituição Federal em seu Art. 37, §6º, onde estabelecera apenas haver responsabilidade objetiva quando se trata das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Ainda, o contido na Lei nº 12.846/13, que reservou à esfera da responsabilidade objetiva apenas e tão somente os atos praticados por pessoa jurídica quando eivados de características corruptivas e que sejam lesivos à administração pública, atente contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Não bastasse, esse mesmo texto ressaltou que as pessoas físicas que ocupassem direção ou administração das pessoas jurídicas somente seriam responsabilizadas na medida de sua culpabilidade, evidenciando-se o espaço diminuto da responsabilização objetiva.

Como regra restritiva ainda se apresenta o contido no Código de Defesa do Consumidor, ressaltando que nem sempre a pessoa jurídica responderá dessa forma e, de forma ainda mais veemente, que os profissionais liberais apenas serão responsabilizados mediante a verificação de culpa, como posto no Art. 14, §4º.

Não bastasse isso, a previsão cria tratamento desproporcional em relação ao que previsto para os próprios agentes públicos, que apenas respondem em caso de dolo ou erro grosseiro, como disposto no Art. 28 da LINDB.

São inúmeros os precedentes da jurisprudência no sentido de que aos terceirizados que prestam esse auxílio não é de se atribuir responsabilidade direta e simplista, havendo

um universo de hipóteses que excluem suas responsabilidades, como ocorre nas análises amostrais (a título de exemplo o Acórdão nº 1.374/2021-P emitido pelo Tribunal de Contas da União em 9/6/2021).

Além do mais, toda e qualquer decisão administrativa e de controle está sujeita aos regramentos especiais da LINDB, a partir de sua redação pela Lei federal nº 13.655/18.

Por conta disso, não se justifica a reprodução de texto que contém regra ilegal e que desconsidera o universo normativo que exclui a responsabilidade objetiva para hipóteses que tais.

Deveria, quando muito, o normativo auxiliar na duvidosa redação legal, a fim de esclarecer que o fiscal poderia ser inocentado quando apoiado nas explicações pelo terceiro contratado apostas, para conciliar a redação ao que disposto no Decreto federal nº 9.830/19, Art. 2º, §3º.

Para além disso, necessário destacar que a sugerida portaria apenas se limitou a prever, no Art. 23, que o recebimento provisório ficará a cargo do fiscal técnico e o recebimento definitivo do gestor do contrato ou comissão designada pela autoridade competente, submetendo o detalhamento de como esses se dão a outros níveis de atos normativos.

Dessa forma, o texto apenas reproduz sinteticamente o que já está descrito nos incisos do caput do Art. 140 da Lei nº 14.133/21, não podendo ser entendido como regulamentação propriamente dita, assim deixando de atender ao que disposto no §3º do mesmo artigo, postergando sem justificativas a regulamentação que viabiliza a aplicação do texto legal.

Seria possível, a título de exemplo, que a portaria já descrevesse os prazos (e a consequência dos prazos *in albis*) de recebimento provisório e definitivo, se outro não estiver descrito no próprio contrato.

Essa fora uma escolha para esses e outros dispositivos que, para além de afetar o princípio da segurança jurídica com a criação de um número incontrolável de regulamentações que em muito dificulta o agir tanto dos agentes públicos quanto dos particulares trazidos ao universo licitatório/contratual, também afeta a ideia de eficiência preconizada no texto constitucional.

Com efeito, a regra apenas posterga e verticaliza a regulamentação que viabiliza a vivência da lei como está descrito no Parecer nº 2/2021 da Consultoria-Geral da União/CNMLCA, alongando o processo de regulamentação da lei e pulverizando o universo de regras aplicáveis, em contraposto ao princípio da segurança jurídica.

Para além disso, a exigir correção, a regra se mostra incompatível com a Lei nº 14.133/21 pelo fato de não ressaltar que poderão as descrições decorrerem do próprio contrato (e, portanto, também do edital que traz sua respectiva minuta), tanto no que respeita aos prazos quanto aos métodos, na dicção do referido §3º do Art. 140.

Outros pontos ainda se mostram de necessária ponderação, inclusive para o esclarecimento de questões que a norma, a despeito de tentar esclarecer, confunde e ultrapassa o espaço da natureza regulamentadora.

A saber:

No que tange ao Art. 5º, sua parte final fez referência à atuação em todas as etapas do processo licitatório “de que trata o inciso II do art. 13, o que inclui conhecimentos sobre aspectos técnicos e de uso do objeto, licitações e contratos, dentre outros”.

Contudo, esse requisito não se mostra compatível com o contido na Lei nº 14.133/21, extrapolando os seus dizeres.

A equipe de apoio não está no desempenho de funções essenciais, como previsto no Art. 7º, razão porque não se lhe aplicam os dispositivos desta. E, mesmo para esses, o disposto no Art. 7º, inc. II não obriga ao conhecimento sobre aspectos técnicos e de uso do objeto, licitações e contratos, dentre outros, senão que orienta a que os agentes tenham “atribuições relacionadas a licitações e contratos” (o que não exige formação técnica específica) “OU possuam formação compatível OU qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público”, soluções alternativas que não se aplicam à equipe de apoio que está apenas descrita no Art. 8º da mesma lei.

Some-se a isso que, também considerando a possibilidade de utilização da norma como espelho para o disposto nas esferas distrital, estadual e municipal, a previsão não se mostra razoável para a implantação em suas distintas instituições a ponto de inviabilizar a operacionalidade e a implantação imediata ou programada no prazo legal.

Embora seja almeável, a regra não pode ser inviabilizadora da implantação, nem mesmo na esfera federal, não havendo razões que indiquem seja plausível que se extrapole o contido na lei para, em sede de regulamentação, recrudescer os requisitos e prejudicar a implantação da lei.

Se a regra pretendida pudesse fazer sentido para a figura do agente de contratação, não o é para a equipe que apenas lhe apoia.

A menos que, em contrapartida, a União disponibilize a conhecimento público que possui condições de dar operação à norma hoje com as equipes que tem.

Daí que, se a intenção é de ter uma norma direcionadora de comportamentos e boas práticas, preveja o item, no máximo, na categoria “preferencialmente”.

Ainda, necessário destacar que referido Art. 5º, ao contrário do que dispõe a própria lei, está restringindo a atuação da equipe de apoio à fase externa no instante em que descreve “de todas as etapas do processo licitatório, **de que trata o inciso II do art. 13**”.

Afinal de contas, o inc. II do Art. 13 **apenas trata da fase externa** da licitação quando descreve “conduzir a sessão pública da licitação, promovendo as seguintes ações”, com atos narrados após a publicação do edital.

Essa restrição de apoio não se justifica e nem decorre da própria lei, a exigir que a menção ao inc. II do Art. 13 seja extraída do texto do Art. 5º, inclusive para que a equipe de apoio possa auxiliar os trabalhos nas contratações diretas.

No que tange ao Art. 6º, importante destacar o uso errôneo da locução “ou os respectivos substitutos”, onde deveria ser o aditivo “e”, a exigir correção.

No que tange ao Art. 10, esse é apenas a repetição do Art. 4º, ambos do regulamento, além de ser a repetição do Art. 8º da lei, faltando sentido na repetição, também a exigir corrigenda.

No que tange ao Art. 11, em que pese repita a dicção constante do §1º do Art. 7º da lei, convém ressaltar, na esteira das argumentações retro trazidas, que a norma não possui a operacionalidade desejada e não pode significar o engessamento da indicação de agentes a ponto de inviabilizar a implantação da lei.

Com efeito, repetir uma regra irrealizável não faz sentido, a menos que a União apresente os dados e leve a conhecimento público que, de fato, possui condições de honrar a disposição e que isso não inviabilizará a implantação das regras.

De outra forma considerado, o texto está apenas antepondo razões para nulidade dos processos licitatórios porventura havidos sem o seu cumprimento, causando

insegurança jurídica e possibilidade de desfazimento de um número incontável de licitações e contratos.

Essa nulidade está prevista tanto no bojo da Lei nº 14.133/21 quanto no da LINDB, especialmente a partir da redação dada pela Lei nº 13.655/18, servindo o normativo, a despeito de bem-intencionado, a uma avalanche de nulidades que desdobrarão no desfazimento de contratos e no desabastecimento de importantes bens e serviços à Administração Pública e à sociedade, além do atingimento de terceiros de boa-fé.

Considerando os termos da LINDB hoje, de ser obrigação do administrador sopesar as consequências de seu decidir (Art. 20), é fundamental rever a pretensão da norma tal qual posta.

No que tange ao Art. 20, inc. II da norma, atrelado que está ao Art. 123 da Lei, é importante destacar que ele não foi exaustivo como seria necessário, a exigir corrigenda.

A título de exemplo, existem regras que afetam situações específicas (Art. 92 sobre regras dos contratos, especialmente incs. X e XI).

Nesse sentido, se o regulamento vai repetir o texto legal, importante não induzir o leitor a erro e fazer referência completa ao que lei contém e, assim, afirmar que o gestor tem de responder aos pedidos de reajuste e repactuação os prazos assinalados nos contratos, observado o §6º.

Os Arts. 21 e 22 da norma estão catalogando os fiscais do contrato em categorias distintas, mas deixa de indicar em que momento eles serão designados.

Por essas razões, portanto, necessário proceder à revisão do texto submetido à consulta, o que ora se requer.

Certos de que as questões serão recepcionadas, em atenção à melhor técnica de direito, prevenção, transparência e justiça, antecipando nossos melhores agradecimentos, renovamos protestos de elevada consideração e apreço.

Respeitosamente,

José Alberto Pereira Ribeiro

Presidente da BRASINFRA

Ao Excelentíssimo Senhor
Doutor Paulo Roberto Nunes Guedes

Ministro da Economia

C/C. Ilustríssimo Senhor

Cristiano Rocha Heckert

Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização,
Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia

Referência: Regulamentação da Lei federal nº 14.133/21 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Instrução Normativa sobre critério de julgamento por menor preço ou maior desconto

Exmos. Srs. Ministro e Secretário,

Foi expedida Consulta Pública, no âmbito do projeto de regulamentação de temas decorrentes da Lei federal nº 14.133/21, com prazo de contribuições populares até 4/10/2021 (<https://www.gov.br/participamaisbrasil/in-criterios-de-julgamento-menor-preco-maior-desconto>).

Essa consulta diz respeito à pretensão de instrução normativa sobre critério de julgamento por menor preço ou maior desconto. Segundo nosso entendimento, alguns de seus pontos merecem ajustes, conforme os tópicos que passam a ser expostos:

1) Com relação ao Art. 4º, inc. II:

No que tange ao inc. II, embora se compreenda que a ideia é a não imposição do critério menor preço à concorrência, dado que o Estudo Técnico Preliminar, referenciado no Art. 3º, poderá sugerir outro critério, fica a impressão de que esse estudo não seria necessário como regra, mas apenas quando se pudesse cogitar de concorrência.

Sabe-se que a Lei prescreve de forma oposta. Ele, como relevante instrumento de planejamento, contribuirá para se definir qual a melhor solução para o interesse público e ao assim fazê-lo ajudará na decisão sobre critérios/modalidades.

Entende-se que a minuta proposta pretenderia dizer que o ETP decidirá se usará concorrência menor preço ou técnica e preço (por exemplo), mas ao isolar a referência apenas à concorrência, pode-se fragilizar a interpretação correta que é a de que o ETP faria sentido apenas quando empregada essa modalidade.

Em verdade, o atendimento ao Art. 3º, que do ponto de vista da interpretação sistemática se aplica ao contexto de toda a IN, não deveria estar ressalvado apenas a esse inciso.

De outra forma considerado, inclusive estará desatendido o contido na Lei Complementar nº 95/98, Art. 11, inc. III, alínea “c”.

2) Com relação ao Art. 4º, inc. III e parágrafo único:

O segundo ponto a ser considerado diz respeito à previsão sobre a modalidade do diálogo competitivo que, por sua própria natureza, é incompatível com a previsão obrigatória de a fase competitiva apenas poder se dar por menor preço ou maior desconto.

De início, o Art. 6º, inc. XLII da lei de regência destacou que essa modalidade está desenhada para casos em que a Administração Pública precisa dialogar com o mercado sobre quais seriam as alternativas possíveis para o atendimento de suas necessidades.

Não é possível que se predetermine ou que se possa deixar sugestionado que, ao final dos diálogos e encontrada uma ou mais soluções cabíveis, a disputa se concentre no critério preço.

Embora de fato a lei não prescreva o critério, a particularidade da modalidade e o cenário em que ele será utilizada, sugerem uma disputa que envolva técnica e preço.

Nesse sentido a doutrina:

A rigor, o inciso V, §1º, do art. 36 da Lei nº 14.133, de 2021, assevera que, em situações como as do diálogo competitivo, é adequado o uso do critério de julgamento de técnica e preço (art. 33, IV). Salienta-se que esse é o critério que, entre os adotados pela nova lei, mais se aproxima ao de melhor relação qualidade e preço europeu (art. 30º, nº 1, da Diretiva 2014/24/UE). (...)

O julgamento das propostas no diálogo competitivo é completamente incompatível com o critério de menor preço ou maior desconto, sendo adequado para a definição da proposta mais vantajosa nessa modalidade o uso de técnica e preço, nos termos do art. 36 da Lei nº 14.133, de 202¹.

Todo o desenrolar da modalidade, implementada porque a Administração não consegue de antemão ditar como deve ser atendida sua demanda/desejo, nos casos alinhavados nos incisos I e II do Art. 32, se harmoniza com o critério técnica e preço.

As situações ali narradas não são triviais.

Portanto, o executor da solução/soluções encontradas há de ser destacado também com a observância de elementos ligados à técnica, em prestígio ao interesse público.

As hipóteses que fazem nascer a necessidade desse diálogo já informam que a técnica foi uma preocupação da Administração desde o início.

Com efeito, previu o Art. 32 da lei de regência que o diálogo será buscado justamente em situações que envolvam inovação tecnológica ou técnica, adaptação de soluções disponíveis no mercado para atender às suas necessidades, especificações técnicas que serão descobertas, com precisão suficiente, somente a partir do conhecimento das disponibilidades do mercado, a busca da solução técnica mais adequada, os requisitos técnicos imprescindíveis e a estrutura que o contrato deverá ter para performar adequadamente.

Portanto, o diálogo competitivo foi criado exatamente em razão de a Administração Pública não saber bem o que atenderia às suas necessidades e pode ser que, ao final, se chegue a resultados onde a técnica seja a resposta.

Nesse sentido, importante lembrar que o §1º, nos incisos. VIII e X do artigo em comento na lei de regência, está justamente reforçando que o objetivo é encontrar a proposta mais vantajosa e não se está em um tempo em que vantagem seja apenas sinônimo de menor preço, sob pena de se desatender (e subverter) um complexo de dispositivos da nova lei.

Além disso, tal como exposto, a regra está admitindo que o menor preço poderá ser adotado quando na fase de diálogos ele venha a ser considerado como o mais adequado à solução apurada.

¹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 52/53.*

A fase de diálogos é destinada a encontrar a solução/as soluções. Não cabe ao mercado, para além de dialogar sobre soluções, dizer que o contratado deve ser o autor do menor preço.

3) Com relação ao Art. 9º, §3º:

O terceiro ponto a ser destacado é a referência a “ou tabela de preços praticada no mercado” no §3º do Art. 9º.

De início se diga que a dicção exorbita o contido no Art. 34, §2º da lei de regência, onde posto que o “julgamento por maior desconto terá como referência o preço global fixado no edital de licitação”, sem a possibilidade de encontrar outra fonte para sua referência.

Até porque, nos casos de julgamento por maior desconto, a lei de regência obrigou a que os preços sejam claramente postos no edital, como se vê no Art. 24, parágrafo único.

Em assim sendo, a única forma de julgar há de ser a partir dos preços que estão nesse edital referidos, sob pena de não ser possível aos licitantes sequer saber sobre que preços deverão formular sua proposta de desconto.

Não bastasse isso, a formação do preço estimado deverá seguir uma clara sistemática de consultas e criação da cesta, como se vê no Art. 23.

De outra forma considerado, a IN estará claramente contrariando a base da cesta prevista nesse dispositivo e, com isso, exorbitando do poder regulamentar, já que os dispositivos foram dispostos com detalhamentos cabíveis à esfera federal.

Para além, a previsão da utilização de uma “tabela de preços praticada no mercado”, sem trazer qualquer explicação do que se entenda por isso, apenas posterga a efetividade da lei da regência.

O papel da regulamentação é viabilizar a aplicação da lei e não abrir flancos para previsões sem objetividade e operatividade que levem o usuário da IN a um novo espaço de dúvidas sobre os limites de seu agir.

Assim, a regra, em lugar de esclarecer e viabilizar, deforma a lei de regência e procrastina a sua operatividade, devendo ser a expressão em comento suprimida da redação.

4) Com relação aos Arts. 12, §1º e 32:

O quarto ponto a ser destacado diz respeito à previsão do §1º do Art. 12 e guarda coerência com ofício anterior já enviado a esta entidade.

Trata-se do Ofício nº 37/2021, encaminhado em 28/05/2021 ao Ministro da Economia e ao Secretário da SEGES-GABIN-COADI e que fora objeto, inclusive, de ofício de recebimento (SEI nº 168549/2021/ME, de 06/07/2021).

O mesmo se diga em relação ao Art. 32 da IN.

A dicção posta é de que a abertura da fase de negociação se dará sem que se dê conhecimento de em que medida o 1º colocado está acima do preço estimado e em que medida perderá a oportunidade de permanecer na disputa.

Com efeito, as condições de negociação com o primeiro colocado exigem cuidados e trazem severa preocupação, inclusive para se evitarem distorções inaceitáveis.

O Art. 61, caput da lei de regência autoriza a Administração, findo o julgamento, a negociar com o primeiro colocado condições mais vantajosas.

O §1º autoriza que se prossigam as negociações com os demais licitantes, observada a ordem, se o primeiro colocado for desclassificado em razão de sua proposta permanecer acima do preço máximo definido.

A negociação autorizada pelo caput há de ser lida como aquela que visa a reduzir os valores na hipótese de o licitante mais bem classificado (e por conseguinte os demais) ter apresentado proposta acima do preço máximo definido.

Neste momento, se torna necessária a revelação pela Administração Pública, ainda que se tenha adotado o orçamento sigiloso, sem o que não se poderia desclassificar o primeiro colocado e partir-se para negociações com os demais.

O primeiro colocado precisa saber qual a “régua de corte” ou poderá ser desprestigiado porque por valor ínfimo não chegou ao valor estimado.

Assim que, antes de descartar a proposta do primeiro colocado, fundamental que se dê a conhecer o preço estimado e seja o mesmo advertido de quando sua presença na disputa está sob o risco de descarte.

Por isso, necessário adequar o previsto no Art. 12, §1º e ajustar a temporalidade do conhecimento do orçamento estimado.

5) Com relação ao Art. 16:

O quinto ponto a ser tratado diz respeito à inclusão da expressão “inquestionavelmente” ao Art. 16.

A locução foi prevista para disciplinar quando eventual modificação editalícia não importar a necessidade de republicação do edital, tendo em vista não afetar a formulação de propostas.

No entanto, em que pese o intuito de reforçar que a republicação é a regra, o uso de um conceito indeterminado, abstrato e vago em sede de regulamentação não agrega segurança jurídica, conforto ou certeza ao usuário.

Ao contrário, imaginar o que pode ser “inquestionável” apenas torna mais inseguro quando e porque seria possível não republicar, ampliando desnecessariamente o espaço de interpretações subjetivas e personalíssimas.

Se o intuito era, com o vocábulo, reforçar ao intérprete que a regra é republicar, melhor seria nesse sentido agregar a informação.

Para além disso, a previsão importará obrigação extra ao agente administrativo, haja vista tornar imprescindível a motivação à luz dos Arts. 20 e 21 da LINDB (e seu decreto regulamentador), agregando maior espectro de nulidade aos atos que a isso não se amoldarem.

Por isso, a previsão sobrecarrega a hipótese, sem que valor algum tenha sido efetivamente agregado.

6) Com relação ao Art. 19, inc. II:

O sexto ponto a ser considerado é que a IN repete uma incongruência prevista na lei de regência, relativa aos prazos de publicação de editais.

Não existem obras comuns e obras especiais de engenharia.

A lei de regência não prevê a figura de “obra comum ou especial de engenharia”, senão que apenas “serviço comum ou especial de engenharia”. Embora até esse último seja motivo de desacerto, é fato que não existe a distinção conceitual de comum e especial para as obras.

Conforme Art. 6º da lei de regência, que estabelece os conceitos que serão utilizados em toda a sua estrutura, serão considerados:

XII – obra é “toda atividade estabelecida, por força de lei, como privativa das profissões de arquiteto e engenheiro que implica intervenção no meio ambiente por meio de um conjunto harmônico de ações que, agregadas, formam um todo que inova o espaço físico da natureza ou acarreta alteração substancial das características originais de bem imóvel”;

XXI – serviço de engenharia é “toda atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração e que, não enquadradas no conceito de obra a que se refere o inciso XII do caput deste artigo, são estabelecidas, por força de lei, como privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados, que compreendem”:

a) serviço comum de engenharia é “todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens”;

b) serviço especial de engenharia é “aquele que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição constante da alínea “a” deste inciso”.

Assim é que a lei não distinguiu as obras por grau de heterogeneidade ou complexidade como fez com os serviços e, assim, a existência de prazos tão díspares para os editais (10 ou 25 dias úteis) apenas confunde o intérprete.

Se optar pelo mais dilatado, prejuízo não causará aos licitantes, mas a opção por prazo menor pode restringir a competitividade e a publicidade.

Portanto, não satisfaz a resposta de que a IN repetiu a dicção legal, haja vista que não se justifica repetir o que na lei está equivocado, desprestigiando a segurança e a efetividade.

7) Com relação ao Art. 21:

O sétimo ponto a ser considerado é que a redação do Art. 21 da IN está incompatível com a redação do Art. 57 da lei de regência.

Com efeito, a lei previu que “o edital de licitação poderá estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances”, ao passo que a IN previu que se “obedecerá” a essa regra.

Se a lei de regência determinou à Administração essa faculdade, não há razão para o regulamento restringir a possibilidade e determinar que todas as licitações assim se farão.

Dessa forma, a previsão exorbita o poder regulamentar.

Para além disso, o inciso II dessa norma da IN previu que os lances serão de envio automático pelo sistema, preterindo a possibilidade de que os licitantes escolham o tempo, o valor e a estratégia no aporte de lances no sistema, o que não justifica.

Além, claro, de a previsão prestigiar o uso de robôs como participantes de certames, o que – além de não ter regulamentação legitimatória – tem encontrado clara resistência na jurisprudência nacional.

8) Com relação ao Art. 30, §2º:

O oitavo ponto a ser tratado diz respeito à regra do §2º do Art. 30, onde previsto que “na hipótese de persistir o empate, após esgotados os critérios de desempate, haverá sorteio pelo sistema eletrônico dentre as propostas empatadas”.

Ocorre que a previsão é incompatível com a lei de regência.

Para além de não ter essa previsto o sorteio como critério de desempate, abolindo sistema da lei anterior, o especial gravame que se tem aqui é desconsiderar que, após os critérios de desempate, deveriam ser utilizados os critérios de preferência.

Essa a dicção do Art. 60, §1º, ou seja, “em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência”.

Portanto, não podia a regulamentação preterir a dicção legal, o que exige a corrigenda do texto.

9) Com relação ao Art. 47, §2º:

O nono ponto a ser considerado é que o §2º do Art. 47 da IN previu que, no caso de o vencedor não comprovar as condições de habilitação consignadas no edital de licitação, o próximo colocado será convocado “nas condições propostas pelo licitante vencedor”.

Esse é um ponto deveras sensível, considerando o histórico de ocorrências que já se deu com a convocação dos subsequentes em caso de eliminação do anterior por essa razão, ainda à luz da lei anterior.

Não se pode ignorar que, na experiência dos pregões, que tinham já a inversão de fases, alguns concorrentes sem condições habilitatórias ou sem pretensões de adjudicação do objeto, apenas participavam para forçar a fase de lances e artificialmente reduzir o preço para contratação.

Em verdade, tinham “inescondível” pretensão de não assinar contrato algum, apenas de forçar as disputas, seja para prestigiar algum outro concorrente (em clara situação de fraude ou conluio), seja para forçar que a inexequibilidade e a perda da competitividade fossem a entidade a rever critérios, a retardar contratações ou a firmar emergenciais ou prorrogações de contratos em curso.

De fato, por trás da artificiosa participação no certame, interesses espúrios moveriam esse concorrente.

Dessas atitudes, que os criadores da IN não podem ignorar, não se pode chancelar o intuito e obrigar a que os demais concorrentes sejam forçados a aderir às condições dessa proposta, sob pena de também terem as suas desconsideradas.

A regra apenas chancelará as ações inescrupulosas porventura utilizadas pelo primeiro colocado e deixará de perseguir a real proposta vantajosa que poderá ser abraçada pela Administração Pública, indicando-se que se subtraia essa expressão.

Além disso, a Lei prestigia o modo de disputa aberto ao vedar a utilização isolada do modo de disputa fechado quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto (Art. 56, §1º).

Ora, pensando que o critério menor preço/menor desconto tende a se manter predominante, até porque únicos possíveis no pregão, e imaginando que logo o modo de disputa em casos de menor preço/menor desconto será no mínimo parcialmente aberto, é de se imaginar que o segundo colocado assim o seja porque não consegue “bater” a proposta do primeiro colocado.

Pretender que, no caso de inabilitação desse, o segundo tenha que manter a proposta que não é sua, foge à lógica.

Especialmente porque não está prevista essa hipótese na lei de regência, tratando-se o caso de exorbitância ao poder regulamentar. Não se identifica dispositivo legal que forneça sustentação à regra proposta.

Com efeito, o §2º do Art. 90 apenas previu que “será facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou não retirar o instrumento equivalente no prazo e nas condições estabelecidas, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições propostas pelo licitante vencedor”.

E, ainda assim, o Art. 90 se desenrola em parágrafos que revelam que não se impõe a celebração do contrato com outros licitantes nas condições do aclamado vencedor.

Ao contrário, o §4º prevê que “na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos do § 2º deste artigo, a Administração, observados o valor estimado e sua eventual atualização nos termos do edital, poderá: I - convocar os licitantes remanescentes para negociação, na ordem de classificação, com vistas à obtenção de preço melhor, mesmo que acima do preço do adjudicatário; II - adjudicar e celebrar o contrato nas condições ofertadas pelos licitantes remanescentes, atendida a ordem classificatória, quando frustrada a negociação de melhor condição”.

Assim é que o legislador previu essa possibilidade para objetos adjudicados e homologados, onde qualquer licitante se encontre com propostas comerciais acompanhadas de habilitação possível e demonstrada.

Enfim, esses pontos merecem ajuste na referida IN, razão pela qual é a presente para requerer sejam reavaliados à luz dos argumentos trazidos.

A BRASINFRA segue intencionada em contribuir para o aprimoramento das regras relativas à contratação pública, especialmente preocupada com a garantia da segurança jurídica e com a existência de uma profícua relação entre os setores público e privado.

Certos de que as questões serão recepcionadas, antecipando nossos melhores agradecimentos, renovamos protestos de elevada consideração e apreço.

Respeitosamente,

José Alberto Pereira Ribeiro

Presidente da BRASINFRA

Ao Excelentíssimo Senhor

Doutor Paulo Roberto Nunes Guedes

Ministro da Economia

C/C. Ilustríssimo Senhor

Cristiano Rocha Heckert

Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização,
Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia

Referência: Regulamentação da Lei federal nº 14.133/21 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Instrução Normativa sobre critério de julgamento por maior retorno econômico, na forma eletrônica

Exmos. Srs. Ministro e Secretário,

Foi expedida Consulta Pública, no âmbito do projeto de regulamentação de temas decorrentes da Lei federal nº 14.133/21, com prazo de contribuições populares até 16/12/2021 (<https://www.gov.br/participamaisbrasil/in-criterio-de-julgamento-maior-retorno-economico>).

Essa consulta diz respeito à pretensão de instrução normativa sobre critério de julgamento por maior retorno econômico.

Segundo nosso entendimento, alguns de seus pontos merecem ajustes, conforme os tópicos que passam a ser expostos:

1) Com relação ao Art. 12:

O primeiro ponto a ser destacado é que a afirmação do Art. 12 de que, para o uso do critério de julgamento pelo maior retorno econômico, o Estudo Técnico Preliminar deverá contemplar, “pelo menos” os incisos ali dispostos.

A forma como está colocada parece prescindir dos requisitos mínimos de validade do ETP dispostos no §1º do Art. 18 da Lei nº 14.133/21, o que não seria possível.

Convém, portanto, que a norma evite interpretações equivocadas, até porque essas levariam à exorbitância do poder regulamentar.

Considerando que o objetivo da norma proposta foi ser mais detalhista e exaustiva, convém que ao Art. 12 pretendido seja acrescida a informação de que esses requisitos específicos devem ser cumpridos, sem prejuízo do disposto no §1º retroreferido.

2) Com relação aos Arts. 14 e 54:

O segundo ponto a ser destacado é que o Art. 14 prevê que a manifestação quanto à disponibilidade orçamentária é obrigatória após a fase de habilitação, reforçando-se essa temporalidade no Art. 54.

Ocorre que a adequação orçamentária é item exigido para o Termo de Referência, em momento anterior ao proposto na norma pretendida, conforme se vê no Art. 6º, inc. XXIII, alínea “j” da Lei nº 14.133/21, o que deve ser respeitado.

Vale lembrar que a adequação orçamentária, inclusive às leis orçamentárias de que a

licitação poderá decorrer, é requisito da fase preparatória do processo licitatório, conforme previsto no Art. 18 da Lei nº 14.133/21, integrando a obrigação de apenas planejar e executar o que efetivamente terá como dispor de cobertura orçamentária.

Portanto, o dispositivo necessita adequar-se à lei, sob pena de, ao transbordar esse limite, se constituir em previsão ilegal.

3) Com relação ao Art. 24:

O terceiro ponto a ser destacado é que o Art. 24 previu ser prazo mínimo para apresentação de propostas, contados a partir da divulgação do edital de licitação, 15 dias úteis.

Contudo, esse prazo necessita ser harmonizado com o disposto no Art. 55 da Lei nº 14.133/21.

Se é possível prevalecer o prazo de 15 dias úteis para os casos em que a lei fixou um menor, já que a extensão se coaduna com a garantia de competitividade, transparência e publicidade, idêntica posição não se tem quando esse prazo se mostrar menor do que os cabíveis nas demais hipóteses da lei.

Portanto, em se pretendendo manter a regra extensiva do regulamento, necessário que o texto seja ajustado para prever que essa se aplica respeitado o disposto no Art. 55 da lei.

4) Com relação ao Art. 41:

O quarto ponto a ser destacado diz respeito às previsões do Art. 41 da norma, especialmente a vinculação do exame de conformidade da proposta de trabalho a requisitos técnicos da solução proposta, a atendimento a preceitos de desenvolvimento sustentável e efetividade em minimização da despesa corrente objeto da licitação.

No que tange à inserção dos preceitos de desenvolvimento sustentável, existem duas barreiras criadas pela norma:

De um lado, a absoluta imprecisão do conceito em sede de regulamento, documento que deveria já possuir densidade e concretude que propiciassem a imediata compreensão e aplicação das regras pelas entidades envolvidas.

Com efeito, a utilização de conceitos vagos e indeterminados, que vão exigir do intérprete a referência a consequências práticas e fáticas do decidir à luz do que disposto na LINDB, apenas burocratiza o processo criado, fugindo aos moldes do que seja regulamentar.

A avaliação a respeito do que deveria ser sustentável ou não deve estar na fase preparatória do procedimento, naquilo em que o plano de contratações suscitar deva ocorrer, além da exigência dever decorrer do próprio objeto, do grau de maturação do órgão licitante e da possibilidade de o mercado atender a essa expectativa.

Sem isso, a previsão, em que pese pareça bem-vinda, pode se tornar fator impeditivo da aquisição ou direcionador do público-alvo.

De outro lado, a regra restritiva criada exorbita o poder regulamentar, já que para nenhum tipo de licitação ou contrato a própria lei de regência impôs, como *conditio sine qua non*, que houvesse o atendimento desse tipo de requisito.

Em que pese recomendável, a avaliação da pertinência ao caso concreto deve ser o norte desse tipo de previsão.

Levando em conta esses fatores, portanto, a norma se mostra desmedida ao impor, sob pena de não ser válido o procedimento, que assim se proceda.

5) Com relação ao Art. 42:

O quinto ponto a ser destacado está previsto no Art. 42, ou seja, o estabelecimento de indício de inexequibilidade das propostas no caso de propostas de preços inferiores a 10% (dez por cento) em face do valor estimado.

Na esteira do item anterior, repete-se a exorbitância do poder regulamentar, criando um marco genérico da inexequibilidade que permite dupla interpretação:

De um lado, que propostas até 10% de desconto seriam, salvo prova em contrário, exequíveis, sem qualquer análise de mercado ou base técnica que indique seja razoável a previsão para hipóteses típicas de contratos de eficiência.

Com isso, se inverte o ônus da prova quanto à inexequibilidade de propostas abaixo desse percentual. Afinal, esse o sentido de se instituir “indício”, ou seja, impor a um dos lados o ônus da prova.

De outro, contrariar as escolhas do próprio legislador, pois quando esse entendeu por prever percentuais, o fez expressamente e para categorias específicas.

Portanto, a regra ali prevista deve ser revista.

6) Com relação ao Art. 43:

O sexto ponto a ser destacado é que o Art. 43 confunde conceitos técnicos, a exigir seja a redação corrigida.

Com efeito, seu texto faz referência a “sobrepço” quando, em verdade, deveria se referir a “proposta acima do preço máximo definido pela Administração”.

Isso porque “sobrepço” deveria ser, apenas, o que está definido no Art. 6º, inc. LVI da Lei nº 14.133/21, ou seja, “preço orçado para licitação ou contratado em valor expressivamente superior aos preços referenciais de mercado, seja de apenas 1 (um) item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, seja do valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por tarefa, empreitada por preço global ou empreitada integral, semi-integrada ou integrada”.

Essa ocorrência é vedada e sujeita a punições quem por ela seja responsável, aderente ou leniente.

Para o caso proposto pelo Art. 61, §1º da Lei nº 14.133/21, no entanto, a hipótese nada tem de ilegal, senão que os licitantes tiveram de apresentar suas propostas sem conhecimento do valor estimado para a contratação, em razão da previsão legal de sigilo (Art. 24).

Portanto, a previsão regulamentar está equivocada e merece ajuste.

7) Com relação ao Art. 47:

O sétimo ponto a ser destacado diz respeito à previsão no Art. 47 de que basta a tradução livre, embora não tenha sido essa a dicção legal. A tradição indica, como critério, a tradução juramentada, melhor previsão para o caso.

8) Com relação ao Art. 56:

O oitavo ponto a ser destacado diz respeito à ausência de previsão, no Art. 56, da possibilidade de prorrogação do prazo para assinatura do contrato, nos termos do §1º do Art. 90 da Lei nº 14.133/21.

Considerando a pretensão de se ter uma norma regulamentadora exaustiva, que perpassa por todos os pontos essenciais a esse tipo de licitação, a exclusão dessa

hipótese traz a falsa ideia de que, para esse caso, não seria possível a prorrogação legalmente prevista.

Assim que, em se pretendendo manter uma norma completa e exaustiva, a referência seja nessa também aposta.

9) Com relação ao Art. 65:

O último ponto a ser destacado é a previsão do Art. 65 de que a norma entre em vigor a partir de 1º de janeiro de 2022.

Em que pese a BRASINFRA compartilhe do intento de que todos os pontos necessários sejam regulamentados o quanto antes, propiciando a que os institutos ganhem concretude e maior segurança jurídica às entidades interessadas na sua aplicação, o exíguo prazo entre o fim da consulta pública, a maturação dos pontos sugeridos, a revisão do texto e a sua divulgação, não permitirá que a comunidade interessada possa conhecer antes a norma e se amoldar à sua vivência de maneira adequada, sugerindo-se a existência de alguma *vacatio*.

Enfim, esses pontos merecem ajuste na referida IN, razão pela qual é a presente para requerer sejam reavaliados à luz dos argumentos trazidos.

A BRASINFRA segue intencionada em contribuir para o aprimoramento das regras relativas à contratação pública, especialmente preocupada com a garantia da segurança jurídica e com a existência de uma profícua relação entre os setores público e privado.

Respeitosamente,

José Alberto Pereira Ribeiro

Presidente da BRASINFRA

Siglas utilizadas nesta obra

ACT – Atestado de capacidade técnica;

AGU – Advocacia Geral da União

BDI – Benefícios e Despesas Indiretas

CNPJ – Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas;

CPF – Cadastro de Pessoas Físicas;

ETP – Estudo Técnico Preliminar LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657 de 4/9/1942, especialmente com as alterações produzidas pela Lei federal nº 13.655 de 25/4/2018) – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del4657compilado.htm

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço;

IN – Instrução normativa

IN 1/19 - Instrução Normativa nº 1 de 4/4/2019 que dispõe sobre o processo de contratação de soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação do Poder Executivo Federal – disponível em https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/70267659/do1-2019-04-05-instrucao-normativa-n-1-de-4-de-abril-de-2019-70267535

IN 40/2020 - Instrução Normativa nº 40 de 22/5/2020 que dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares para aquisição de bens e contratação de serviços e obras no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional e sobre o Sistema ETP digital – disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-40-de-22-de-maio-de-2020-258465807>

IN 72/21 - Instrução Normativa SEGES/ME nº 72 de 12/8/2021 que estabelece regras para a definição do valor estimado para a contratação de obras e serviços de engenharia nos processos de contratação direta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional – disponível em <https://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-seges-me-n-72-de-12-de-agosto-de-2021-338068916>

INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social;

IPCA-E – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial Instrução Normativa nº 67/2021 – disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-seges-me-n-67-de-8-de-julho-de-2021-330985107>

Lei das Estatais – Lei federal nº 13.303/16 – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm.

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657 de 4/9/1942, especialmente com as alterações produzidas pela Lei federal nº 13.655 de 25/4/2018) – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del4657compilado.htm;

Lei do Pregão – Lei federal nº 10.520/02 - disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm;

Lei do RDC (Regime Diferenciado de Contratação) – Lei federal nº 12.462/11 – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm;

NLLC – Nova Lei de Licitações e Contratos (lei federal nº 14.133/21) – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm

ON/AGU nº 46/2014 – Orientação normativa da AGU. Disponível em https://www.in.gov.br/materia//asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/30052146/do1-2014-02-27-orientacao-normativa-n-46-de-26-de-fevereiro-de-2014-30052142 com o seguinte conteúdo: “somente é obrigatória a manifestação jurídica nas contratações de pequeno valor com fundamento no art. 24, I ou II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, quando houver minuta de contrato não padronizada ou haja, o administrador, suscitado dúvida jurídica sobre tal contratação, aplica-se o mesmo entendimento às contratações fundadas no art. 25 da Lei nº 8.666, de 1993, desde que seus valores subsumam-se aos limites previstos nos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993”.

PCD – Pessoas com Deficiência, conforme definido na Lei federal nº 13.146/15, Art.2º, ou seja, “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm;

PNCP – Portal Nacional de Contratações Públicas, disponível no link <https://pncp.gov.br/>.

PPP – Parcerias Público-Privadas – Lei federal nº 11.079/04 – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm

PIB – Produto Interno Bruto;

RDC – Regime diferenciado de contratação (lei federal nº 12.462/11)

SEGES – Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia

SICAF – Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores.

SICRO – Sistema de Custos Referenciais de Obras

SINAPI - Sistema Nacional de Pesquisas de Custos e Índices da Construção Civil.

SRP – Sistema de registro de preços (presente na lei federal nº 8.666/93 e no Decreto federal nº 7.892/13).

SUS – Sistema Único de Saúde;

TCU – Tribunal de Contas da União;



PRESIDENTE

José Alberto Pereira Ribeiro

SICEPOT-PR – Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Paraná

1º VICE-PRESIDENTE

Luiz Albert Kamilos

SINICESP – Sindicato da Indústria da Construção Pesada de São Paulo

VICE-PRESIDENTES

Afonso Celso Legaspe Mamede

SOBRATEMA – Associação Brasileira de Tecnologia para a Construção e Mineração

Bruno Baeta Ligório

SICEPOT-MG – Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Estado de Minas Gerais

Cláudio Medeiros Netto Ribeiro

SINICON – Sindicato Nacional da Indústria da Construção Pesada

Daniel Zveiter

ANEOR – Associação Nacional de Empresas de Obras Rodoviárias

Dinalvo Carlos Diniz

SINCONPE-CE – Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Ceará

Rafael Sacchi

SICEPOT-RS – Sindicato da Indústria da Construção de Estradas, Pavimentação e Obras de Terraplenagem em geral no Estado do Rio Grande do Sul

Rodrigo de Barros Lopes

AEERJ – Associação das Empresas de Engenharia do Rio de Janeiro

Russell Rudolf Ludwig

SINAENCO – Sindicato Nacional das Empresas de Arquitetura e Engenharia Consultiva

Thiago Pádua de Souza Botelho

SINDICOPES – Sindicato da Indústria da Construção Pesada no Estado do Espírito Santo

Vicente Abate

ABIFER – Associação Brasileira da Indústria Ferroviária

Wagner Sandoval Barbosa

ACEOP – Associação Catarinense de Obras Públicas

DIRETOR

Carlos Alberto Laurito

Diretor Administrativo e Financeiro

Grupo de Trabalho sobre a nova Lei de Licitações

2ª edição do livro

Bruno Baeta Ligório

Carlos Alberto Laurito

Carlos Eduardo Prado

Carlos Roberto Soares Mingione

Caroline Melloni M.N.Cliber

Cesar Augusto Del Sasso

Daniel Pinto Gontijo

Gabriel Pinheiro Chagas

Geraldo Rocha Lima

Ícaro Moreno Júnior

José Alberto Pereira Ribeiro

José Carlos Chamon

Jurandir dos Santos Alves da Silva

Marco Túllio Bottino

Maria Fernanda Pires

Mario Cezar Noia de Assis

Mayra Moriconi

Murilo Mori

Natalia Torquete

Rafael Sacchi

Rodrigo de Barros Lopes

Russell Rudolf Ludwig

Vinícius Augusto Pereira Benevides

Consultoria Jurídica: Pires, Fortini Advogados (31) 3299 5421

Editoração: SSCR Comunicação - (11) 99230 5083

Produção Gráfica: Cyan Artes Gráficas - (11) 97336 3008



Brasinfra

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA
DOS SINDICATOS E
ASSOCIAÇÕES DE CLASSE
DE INFRAESTRUTURA

**BRASINFRA - Associação Brasileira dos Sindicatos e
Associações de Classe de Infraestrutura**

**SBN, Quadra 01, Bloco B, Edifício CNC sala 804,
Brasília - DF - CEP 70040-010**

**Telefone: (11) 3179 5829 ou (61) 3326-8897
www.brasinfra.org.br**

