

LEI 14.133/2021

principais mudanças nas
licitações para os Municípios



COLEÇÃO
GESTÃO PÚBLICA
MUNICIPAL EDIÇÃO 2023

Município Forte. Brasil Forte
CNM
CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS



LEI 14.133/2021

Principais mudanças nas licitações para os Municípios



Brasília/DF, 2023.



Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte. Todavia, a reprodução não autorizada para fins comerciais desta publicação, no todo ou em parte, constitui violação dos direitos autorais, conforme Lei 9.610/1998.

Impresso no Brasil. Disponível em: <<https://www.cnm.org.br>>

Catalogado na fonte pela Confederação Nacional de Municípios

S262L Sauzem, Betieli
Lei 14.133/2021: principais mudanças nas licitações para os Municípios / Betieli Sauzem ... [et al.]. -- Brasília: CNM, 2023.
64 p. : il. -- (Coleção Gestão Pública Municipal: XXIV Marcha a Brasília em Defesa dos Municípios – Edição 2023)

Disponível em: <https://www.cnm.org.br>
ISBN 978-65-88521-82-3

1. Licitação. 2. Governança. 3. Planejamento. 4. Gestão de Risco. 5. Gestão Orçamentária. I. Título.

CDD 352.4

Ficha catalográfica elaborada por: Daiane S. Y. Valadares CRB-1/2802

Autores

Betieli Sauzem
Kim Damasceno
Martin Haerberlin
Paulo Caliendo
Ricardo Hermany
Rodrigo Dias

Supervisão técnica

Rodrigo Dias

Revisão de textos

KM Publicações

Revisão editorial

Daiane da Silva Yung Valadares

Diagramação

Eduardo Viana – Themaz Comunicação



Diretoria **CNM** 2021-2024

CONSELHO DIRETOR

Presidente | Paulo Roberto Ziulkoski
1º Vice-Presidente | Julvan Lacerda
2º Vice-Presidente | Luiz Lázaro Sorvos
3º Vice-Presidente | Rosiana Lima Beltrão Siqueira
4º Vice-Presidente | Haroldo Naves Soares
5º Vice-Presidente | Jair Aguiar Souto
1º Secretário | Vago
2º Secretário | Hudson Pereira de Brito
3º Secretário | Manoel Alves da Silva Júnior
1º Tesoureiro | Francisco Nélio Aguiar da Silva
2º Tesoureiro | Erlânio Furtado Luna Xavier
3º Tesoureiro | Francisco de Castro Menezes Júnior

CONSELHO FISCAL

Titular | Silvany Yanina Mamlak
Titular | Joner Chagas
Titular | Diogo Borges de Araújo Costa
1º Suplente | Carlos Sampaio Duarte
2º Suplente | Wilson Tavares de Sousa Júnior
3º Suplente | Eduardo Gonçalves Tabosa Júnior

CONSELHO DE REPRESENTANTE REGIONAIS

Titular da região Nordeste | Vago
Suplente da região Nordeste | Paulo César Rodrigues de Moraes
Titular da região Sul | Clenilton Carlos Pereira
Suplente da região Sul | Vago
Titular da região Sudeste | Carlos Alberto Cruz Filho
Suplente da região Sudeste | Vago
Titular da região Norte | Sebastião Bocalom Rodrigues
Suplente da região Norte | Célio de Jesus Lang
Titular da região Centro-Oeste | Valdir Couto de Souza
Suplente da região Centro-Oeste | Rafael Machado

Carta do presidente

Prezado(a) Municipalista,

Em 2023, temos uma alteração importante para o sistema de compras públicas brasileiras. Refiro-me à revogação das Leis 8.666/1993, 10.520/2002 e dos arts. 1º a 47-A da Lei 12.462/2011.

Teremos, assim, uma nova lei geral de licitações e contratos no Brasil. Trata-se da Lei 14.133/2021, em vigor desde 1º de abril de 2021, que, com as revogações acima, passa a ser a lei de referência para as compras governamentais em nosso país.

A Nova Lei de Licitações e Contratos é uma lei de governança. Propõe uma verdadeira mudança de paradigmas na gestão das compras e contratos. Em seu art. 11, §único, estabelece para a alta administração dos órgãos e entidades públicas a responsabilidade de implementação de processos e estruturas de governança das contratações.

O referido parágrafo estabelece ainda que a governança das contratações deve privilegiar a gestão de riscos e controles internos, com intuito de promover a avaliação, o direcionamento e o monitoramento dos diversos processos de contratação, a promoção de um ambiente íntegro e confiável, cujas contratações estejam alinhadas ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias, assim como sejam indutoras de eficiência, efetividade e eficácia.

Trata-se, portanto, de uma mudança de grande impacto e, nesse sentido, faço votos de muito proveito na apreciação desta obra, que trata de alguns dos temas fundamentais das licitações!

Paulo Ziulkoski

Presidente da CNM



Sumário

1 Disposições preliminares

9

- 1.1 Âmbito de aplicação da lei (arts. 1º ao 4º) 9
- 1.2 Dos princípios (art. 5º) 10
- 1.3 Das definições (art. 6º) 14
- 1.4 Dos agentes públicos (arts. 7º ao 10) 18

2 Etapa interna: Planejamento

20

- 2.1 A descrição da necessidade e a definição do objeto 21
- 2.2 Da definição das condições de execução e pagamento ao orçamento estimado 23
- 2.3 Da elaboração do edital e minuta de contrato 25

3 Etapa externa: do edital à homologação

28

- 3.1 Modalidades 29
- 3.2 Divulgação do edital 31
- 3.3 Apresentação de propostas (e lances) 32
- 3.4 Julgamento 33
- 3.5 Habilitação 35
- 3.6 Recursal 35
- 3.7 Encerramento da licitação 37

4 Contratação direta: dispensa e inexigibilidade

38

- 4.1 Inexigibilidade de licitação 42
- 4.2 Dispensa de licitação 44

5 Instrumentos auxiliares

50

- 5.1 Credenciamento **50**
- 5.2 Pré-qualificação **52**
- 5.3 Sistema de registro de preços **54**
- 5.4 Procedimento de manifestação de interesse **58**
- 5.5 Registro cadastral **60**

Referências

62

1 Disposições preliminares

No Título I da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, Nova Lei de Licitações (NLL), são apresentados conceitos e definições essenciais para o adequado entendimento e aplicação da nova legislação.

Assim, passamos a discorrer sobre o âmbito de aplicação da lei (arts. 1º ao 4º), os princípios (art. 5º), as definições (art. 6º) e ainda sobre os agentes públicos (arts. 7º ao 10).

Privilegiamos o enfoque ligado à realidade dos Municípios brasileiros, de forma que o conteúdo atenda aos anseios dos agentes que atuam nas licitações e contratos.

1.1 Âmbito de aplicação da lei (arts. 1º ao 4º)

A NLL se aplica à administração pública direta, autárquica e fundacional de todos os Entes federados (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios). Abrange ainda fundos especiais e entidades controladas e os poderes Legislativo e Judiciário quando no exercício da função de licitar e contratar.

A NLL entrou em vigor na data de sua publicação, qual seja, 1º de abril de 2021 (art. 194).

Estabeleceu o legislador que, após decorridos dois anos da publicação da Lei, serão revogadas a Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos), a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e os arts. 1º a 47-A da Lei 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações) (art.193).

Destaca-se que a parte penal da Lei 8.666/1993 foi revogada pela NLL na data de sua publicação.

Assim, a partir de 2 de abril de 2023 a Lei 14.133/2021 será a única lei geral de licitações e contratos vigente no Brasil.

O legislador deixou, portanto, um período de dois anos a fim de que os gestores fossem aplicando a NLL e se familiarizando com seus dispositivos. Tal permissivo está no art. 191 da NLL:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do *caput* do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Sobre os contratos, preconiza a NLL que eles seguem o regime da lei que disciplinou a licitação:

Art. 191. [...]

Parágrafo único. Na hipótese do *caput* deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do *caput* do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

Na prática, isso significa que os contratos podem ser firmados, em acordo com o regime anterior, dentro do prazo de dois anos da publicação da Lei 14.133/2021 ou mesmo depois, se as licitações respectivas forem iniciadas dentro desse biênio, sendo que, uma vez firmados, com base na Lei 8.666/1993, receberão a disciplina jurídica desta.

Aspecto importante diz respeito ao prazo de seis anos concedido para Municípios com até 20 mil habitantes (art. 176). Têm eles esse prazo, contado da publicação da NLL, para se adaptarem a alguns dispositivos, como a promoção da gestão de competências e a indicação de servidores ocupantes de cargo efetivo para o desempenho de funções essenciais à execução da lei, a obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica e as regras relativas à divulgação em *site* eletrônico oficial.

1.2 Dos princípios (art. 5º)

A NLL traz um vasto elenco de princípios em seu art. 5º, a saber:

» legalidade: o ordenamento positivo, que compreende normas constitucionais e infraconstitucionais, estabelece um espaço

para a atuação dos agentes públicos. Nesse sentido, descabe qualquer atuação sem autorização legal. Deve a administração pública, portanto, seguir as regras definidas em lei (devido processo legal);

- » impessoalidade: veda o favorecimento ou preterição por parte da autoridade em razão da pessoa que participa da licitação ou de um contrato. A finalidade a ser perseguida deve ser o interesse público;
- » moralidade: devem a licitação e os contratos atenderem a padrões éticos e morais;
- » publicidade: os atos realizados devem ser devidamente publicados para conhecimento de todos minimizando, assim, o risco de cometimento de práticas irregulares;
- » eficiência: o administrador público deve atuar tendo em vista a realização de resultados satisfatórios;
- » interesse público: a realização do bem comum deve prevalecer em face de eventuais interesses particulares em uma licitação ou em um contrato;
- » probidade administrativa: veda a obtenção de vantagens de ordem econômica ou patrimonial por parte de todos aqueles que atuam nas contratações públicas;
- » igualdade: o procedimento licitatório deve assegurar a igualdade de condições para aqueles que irão concorrer sem favorecimentos;
- » planejamento: tem o administrador público o dever de prever as ações a serem realizadas na licitação, de modo a adotar sempre o caminho mais adequado ao atingimento do interesse público. As licitações devem ser planejadas em todos os níveis;
- » transparência: a licitação deve ser realizada de maneira a adotar procedimentos que possibilitem a plena identificação

da atuação da administração pública ao longo do certame viabilizando, assim, o controle das diferentes subjetividades públicas de seus agentes;

- » eficácia: a administração pública deve perseguir a garantia de um resultado satisfatório na licitação a bem do interesse público;
- » segregação de funções: os procedimentos licitatórios não serão conduzidos por uma autoridade apenas de maneira centralizada. A complexidade é inerente à licitação, o que envolve a atuação de diferentes agentes públicos;
- » motivação: deve a autoridade sempre fundamentar formalmente as suas decisões. Os atos da licitação devem ser justificados, com indicação dos pressupostos de fato e de direito;
- » vinculação ao edital: o instrumento convocatório obriga os participantes do certame e a própria administração pública. O edital é a lei interna da licitação;
- » julgamento objetivo: deve o edital estabelecer de forma clara os critérios a serem utilizados para a escolha da proposta que será vencedora. A subjetividade na apreciação deve ser reduzida ao máximo;
- » segurança jurídica: não podem os licitantes serem surpreendidos por alterações repentinas na legislação ou no entendimento da autoridade que modifiquem situações já consolidadas;
- » razoabilidade: os atos e atividades administrativas necessitam ser produzidos de acordo com a razão sem infringir a lógica;
- » competitividade: deve o edital adotar regras que confirmem a mais ampla participação de possíveis interessados privilegiando o caráter competitivo do certame sem restrições indevidas;
- » proporcionalidade: deve a administração pública realizar inúmeros atos e atividades durante o procedimento licitatório e todos eles devem atender à proporcionalidade em três aspectos;

tos: adequação entre meios e fins; quanto à real necessidade de eventuais restrições impostas aos licitantes, e ainda no que concerne à compatibilidade da atuação da administração pública para com os valores e princípios da ordem jurídica;

- » celeridade: deve a atividade da administração pública ser realizada no menor tempo possível;
- » economicidade: o processo licitatório e os contratos não podem ser causa do desperdício de recursos públicos gerando perdas ao erário;
- » desenvolvimento nacional sustentável: devem as licitações serem sustentáveis, ou seja, observar critérios socioambientais de modo a contribuir para a preservação dos recursos naturais.

Esses princípios, além de outros elencados ao longo do texto legal, têm função hermenêutica que orienta a interpretação e a aplicação dos enunciados contidos na NLL.

A NLL acolheu muitas normas-princípio. Nesse sentido, faz-se importante a reflexão crítica de Marçal Justen Filho:

Adota-se entendimento de que a disciplina infraconstitucional de licitações e contratos administrativos faz-se preponderantemente por meio de regras. Nestes temas, é fundamental reduzir a indeterminação normativa. A multiplicação de princípios reduz a segurança jurídica. A potencial contradição de soluções propiciadas por múltiplos e diversos princípios amplia o risco de interpretações distintas e conflitantes entre os órgãos administrativos e as instituições de controle. Ainda que a Lei 13.655/2018 tenha introduzido restrições a esse posicionamento abstrato, o principiológismo continua a se constituir em uma solução simplista para problemas jurídicos relevantes. (JUSTEN FILHO, 2021, p. 94)

Trata-se de uma preocupação importante. Comemora-se, por isso, a menção expressa no art. 5º da NLL ao Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), que – a partir das alterações da Lei 13.655/2018 – veda decisões

judiciais ou de órgãos de controle baseadas em valores abstratos sem a devida análise das consequências práticas (arts. 20 e 21 da LINDB).

Na interpretação das normas da NLL, serão considerados ainda os obstáculos e as dificuldades reais do gestor (art. 22 da LINDB) e, por fim, aos agentes públicos só cabe responsabilização em casos de dolo ou erro grosseiro (art. 28 da LINDB).

1.3 Das definições (art. 6º)

A NLL traz, em seu art. 6º, nomenclatura extensa que serve de “alicerce” semântico para todos aqueles envolvidos nas licitações e contratos.

Assim, passa-se a transcrever, diretamente do texto legal, algumas dessas definições:

- » licitante: pessoa física ou jurídica, ou consórcio de pessoas jurídicas, que participa ou manifesta a intenção de participar de processo licitatório, sendo-lhe equiparável, para os fins dessa lei, o fornecedor ou o prestador de serviço que, em atendimento à solicitação da administração, oferece proposta;
- » estudo técnico preliminar: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação;
- » obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado supera 200 milhões de reais;
- » termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos: a) definição do objeto, incluídos a sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação; b) fundamenta-

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

- » 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, contendo, no mínimo, as seguintes informações: a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência; b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico; c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com

relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

- » contratação por tarefa: regime de contratação de mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;
- » contratação integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;
- » contratação semi-integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;
- » licitação internacional: licitação processada em território nacional na qual é admitida a participação de licitantes estrangeiros, com a possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira, ou licitação na qual o objeto contratual pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro;
- » diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a administração pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma

ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos;

- » comissão de contratação: conjunto de agentes públicos indicados pela administração, em caráter permanente ou especial, com a função de receber, examinar e julgar documentos relativos às licitações e aos procedimentos auxiliares;
- » contrato de eficiência: contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada;
- » sobrepreço: preço orçado para licitação ou contratado em valor expressivamente superior aos preços referenciais de mercado, seja de apenas 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;
- » superfaturamento: dano provocado ao patrimônio da administração, caracterizado, entre outras situações, por: a) medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas; b) deficiência na execução de obras e de serviços de engenharia que resulte em diminuição da sua qualidade, vida útil ou segurança; c) alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado; d) outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a administração ou reajuste irregular de preços;
- » agente de contratação: pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados pú-

blicos dos quadros permanentes da administração pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

Essas são algumas das definições basilares trazidas pelo artigo e que orientam quem atua no planejamento, elaboração de editais e minutas contratuais, bem como os próprios fornecedores que a partir de um vocabulário mínimo podem colaborar para o adequado transcurso do certame e da contratação.

Destacam-se, entre as definições acima: o estudo técnico preliminar, que é a primeira etapa do planejamento de uma contratação; a matriz de riscos, que é uma cláusula contratual relacionada diretamente com a equação econômico-financeira; o diálogo competitivo, que é uma nova modalidade licitatória que pode ser utilizada nos casos em que o objeto da licitação não é um bem ou serviço de uso comum ou quando o objeto deve ser desenvolvido sob medida para a administração pública; a comissão de contratação que poderá substituir o agente de contratação nas licitações que envolvam bens ou serviços especiais; e o agente de contratação que será o responsável pela realização do procedimento licitatório.

1.4 Dos agentes públicos (arts. 7º ao 10)

Os agentes públicos com atuação nas licitações e contratos serão preferencialmente servidores ou empregados concursados. Diferente é o caso do agente de contratação e dos membros da Comissão de Licitação, que, nos casos de diálogo competitivo, serão obrigatoriamente integrantes do quadro permanente (concurados).

O agente de contratação é o responsável pela condução da licitação até a etapa da homologação e ele responde individualmente (salvo se induzido ao erro). No pregão, o agente é designado pregoeiro.

A Comissão de Contratação é constituída para licitações envolvendo bens ou serviços especiais, podendo substituir o agente de contratação. É constituída, no mínimo, por três membros que devem ser preferencialmente servidores ou empregados concursados, excetuada a hipótese da modalidade diálogo competitivo como já salientado.

A responsabilidade no âmbito da Comissão é solidária (exceto posição divergente registrada e fundamentada).

Existe ainda a Banca, que não se confunde com a comissão ou agente de contratação. Ela é constituída por no mínimo três membros, que podem ser do quadro ou terceiros especialistas, e têm por missão atribuir nota para a proposta técnica.

Por fim, é importante mencionar o agente que irá atuar na modalidade leilão. Trata-se do leiloeiro oficial ou servidor designado. O leiloeiro pode ser credenciado ou contratado e o servidor designado pela administração pública.

2 Etapa interna: Planejamento

A etapa interna de um processo licitatório é das mais difíceis e complexas dentro da realidade municipal. Os Municípios pequenos são uma maioria no país, e neles são testemunhados problemas como falta de profissionais especializados e/ou qualificados, assim como falta de acesso ao conhecimento específico quanto aos procedimentos licitatórios pelos profissionais que não possuem o conhecimento técnico adequado ou são recém-chegados à administração pública.

A etapa interna de um procedimento licitatório abarca muitas atividades, reportando-se aos atos preparatórios. Por serem atividades de âmbito interno da administração pública exclusivamente, não é exteriorizada durante sua execução.

Dentre os princípios constantes no art. 5º da NLL, destaca-se na etapa que trataremos um novo princípio, qual seja, o do planejamento.

A fase preparatória deve ser alinhada com o plano de contratações anual, de acordo com o inc. VII do art. 12 da referida lei. Além disso, para que todos os procedimentos corram de forma ordenada e sem maiores riscos de sofrer apontamentos e problemas futuros, são adotadas algumas atividades dentro do procedimento interno referente ao planejamento, conforme o art. 18 da NLL, *in verbis*:

Da Instrução do Processo Licitatório

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

- I – a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;
- II – a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;

- III – a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;
- IV – o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação;
- V – a elaboração do edital de licitação;
- VI – a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;
- VII – o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala;
- VIII – a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
- IX – a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;
- X – a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;
- XI – a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 24 desta Lei.

Nesta publicação, trataremos das mais importantes e das que geram as maiores dúvidas.

2.1 A descrição da necessidade e a definição do objeto

Na preparação do processo licitatório, o gestor deverá descrever o objeto e fundamentar a necessidade em estudo técnico preliminar, sempre tendo como norte o interesse público envolvido.

O estudo técnico preliminar é assim definido na NLL:

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

[...]

XX – estudo técnico preliminar: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação.

O agente público, quando descrever a necessidade de uma contratação no estudo preliminar, deve buscar exatidão sobre a realidade, buscando soluções junto ao mercado para as necessidades e os problemas do Município.

Ademais, não somente passamos pela necessidade da aquisição do bem ou serviço, mas também pela definição do objeto. Essa definição, realizada em termo de referência (TR), deve constar dos anexos do edital. O TR é o documento que indica objetivamente a contratação do bem ou serviço. Nos casos de serviços de engenharia, deverão constar o anteprojeto, o projeto básico e o projeto-executivo.

A definição do objeto, especialmente nos serviços de engenharia, mostra-se complexa, devendo ser auxiliada por profissionais com a *expertise* necessária, conforme indica a Súmula 177 do Tribunal de Contas da União:

Súmula 177 do TCU:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão. (BRASIL, 1982)

Não se pode olvidar que a detalhada descrição do objeto evita contratações e aquisições de baixa qualidade e que eventualmente acarretarão novo procedimento licitatório para a substituição/reparação do anterior.

2.2 Da definição das condições de execução e pagamento ao orçamento estimado

Também na fase de preparação, a administração pública precisa definir as condições de execução do objeto, importantes para dimensionar o custo final da licitação, auxiliando também na elaboração e apresentação das propostas.

Para tais definições, é necessário o conhecimento do mercado com relação ao objeto licitado, evitando estabelecer exigências que serão impossíveis de cumprir. Em se tratando de Municípios, é importante estabelecer condições de execução que não sejam alheias às aplicadas no mercado, pois isso poderá resultar em licitações sem interessados.

As definições devem ser claras e objetivas, pensando sempre que o licitante consiga participar e consiga ofertar propostas considerando todas as premissas do certame.

A fase de preparação também deverá contar com a estimativa do valor da contratação, conforme regras gerais apresentadas no art. 23 da NLL para se buscar um valor estimado, procurando sempre que ele esteja adequado aos valores aplicados no mercado:

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.

§1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

I – composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);

II – contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

III – 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 hora de acesso;

IV – pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;

V – pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

§2º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia, conforme regulamento, o valor estimado, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) de referência e dos Encargos Sociais (ES) cabíveis, será definido por meio da utilização de parâmetros na seguinte ordem:

I – composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais obras e serviços de engenharia;

II – 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;

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

IV – pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

§3º Nas contratações realizadas por Municípios, Estados e Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o valor previamente estimado da contratação, a que se refere o caput deste artigo, poderá ser definido por meio da utilização de outros sistemas de custos adotados pelo respectivo ente federativo.

§4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá 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.

§5º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia sob os regimes de contratação integrada ou semi-integrada, o valor estimado da contratação será calculado nos termos do §2º deste artigo, acrescido ou não de parcela referente à remuneração do risco, e, sempre que necessário e o anteprojeto o permitir, a estimativa de preço será baseada em orçamento sintético, balizado em sistema de custo definido no inciso I do § 2º deste artigo, 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.

§6º Na hipótese do §5º deste artigo, será exigido dos licitantes ou contratados, no orçamento que compuser suas respectivas propostas, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento do orçamento sintético referido no mencionado parágrafo.

Como se observa, a NLL traz agora critérios objetivos para a definição do valor de mercado, buscando assim uma melhor parametrização deste, ainda que considere peculiaridades locais e outras questões relacionadas à economia de escala.

2.3 Da elaboração do edital e minuta de contrato

O edital é o documento oficial que possui as condições necessárias para que o procedimento licitatório seja realizado. Nele constarão prazos, objeto, exigências de habilitação, critério de julgamento, forma de pagamento, entre outras regras do procedimento.

Para sua elaboração, os agentes públicos dos setores específicos, considerando o princípio da segregação de funções, devem utilizar o termo de referência e o estudo técnico preliminar.

Com relação à elaboração de minuta de contrato, isso nem sempre se mostra necessário. A minuta pode ser substituída por outros instrumentos (carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou outros) nos casos de dispensa de licitação pelo valor ou em compras com entrega imediata de bens sem obrigações futuras, nos termos do art. 95 da NLL. Nos casos em que seja necessária, a minuta é um anexo obrigatório do edital, de acordo com o art. 95 da NLL.

Vale lembrar que os contratos devem conter os itens elencados no art. 92 da NLLi, conforme segue:

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

- I – o objeto e seus elementos característicos;
- II – a vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta;
- III – a legislação aplicável à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos;
- IV – o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- V – o preço e 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;
- VI – os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento;
- VII – os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, quando for o caso;
- VIII – o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- IX – a matriz de risco, quando for o caso;
- 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;
- XII – as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;
- XIII – o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;
- XIV – os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo;
- XV – as condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- XVI – a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;
- XVII – a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;

XVIII – o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento;

XIX – os casos de extinção.

É importante que o agente público faça, assim, uma espécie de *check list* desses itens contratuais na elaboração da respectiva minuta.

3 Etapa externa: do edital à homologação

A licitação é um certame, isso é, uma competição. Essa competição ocorre entre interessados em contratar com a administração pública um determinado objeto (fornecimento, obra, serviço), devendo o poder público contratar com a pessoa, dentre as habilitadas, que ofereceu a proposta mais vantajosa, sempre de acordo com as regras estabelecidas no ordenamento jurídico e no respectivo edital.

A divulgação do edital, conhecido popularmente como “a lei da licitação”, marca justamente o início da etapa externa da licitação, e é seguida das seguintes fases (art. 17): apresentação de propostas (e, quando houver, lances); julgamento; habilitação; recursal; homologação.

Antes de tratarmos sucintamente sobre cada uma dessas fases e sobre as regras mais fundamentais que disciplinam o certame (como a escolha das modalidades e dos critérios de julgamento, assim como os objetos contratuais mais comuns), é importante notar que o processo licitatório possui como finalidade a justa competição. Isso significa a obediência a uma justiça procedimental (“regras do jogo”), sendo que essas regras devem ser estabelecidas tendo como bússola os princípios licitatórios, em especial a igualdade.

Importante notar, assim, que a licitação, ao seu final, realizará uma “desigualação” entre as propostas, classificando-as em posições sucessivas de interesse para a administração pública (1ª colocada, 2ª colocada etc.). Essa desigualação, no entanto, deve ocorrer *em função* do processo licitatório. Como regra, não é possível uma desigualação *antes* do processo, o que significaria justamente ferir a igualdade pressuposta à justa competição.

Porém, excepcionalmente, algumas desigualações antes da licitação podem ser consideradas legítimas. Para que isso ocorra, elas devem obedecer a dois critérios: legalidade (devem estar previstas em

lei em sentido estrito); e razoabilidade (o fator que desigualada deve ser justificável jurídica e racionalmente).

Nesse contexto, são hipóteses de desigualação prévias que se consideram legítimas, por exemplo: o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte (art. 4º), os critérios de desempate (art. 60), e as hipóteses de dispensa de licitação (art. 75).

3.1 Modalidades

As modalidades são uma parte central das “regras do jogo” na licitação.

A escolha da modalidade ocorre na fase preparatória. Entretanto, o agente público não é livre na escolha da modalidade. A lei define balizas para essa escolha, que devem ser respeitadas, isto é, o agente está vinculado a essas balizas.

Quais são as modalidades?

Primeiro, é importante referir que houve uma mudança significativa em relação ao regime anterior (Lei 8.666/1993). Foram extintas as modalidades convite e tomada de preço, e acrescentada uma nova modalidade, o chamado diálogo competitivo. Por fim, a modalidade pregão, no lugar de estar disciplinada em lei específica (Lei 10.520/2002), passou a constar da lei geral (NLL). Assim, no seu art. 28, lê-se:

Art. 28. São modalidades de licitação:

- I – pregão;
- II – concorrência;
- III – concurso;
- IV – leilão;
- V – diálogo competitivo.

A lei define as modalidades licitatórias. Sua definição, na lei, não considera o valor da contratação. Em verdade, pode-se dizer que o concurso, o leilão e o diálogo competitivo apresentam hipóteses específicas

de contratação (“hipóteses fechadas”), tendo-se o pregão e a concorrência para as contratações de bens e serviços de um modo mais geral (“hipóteses abertas”).

As definições legais são as seguintes:

- i) Pregão: “modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto”;
- ii) Concorrência: “modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: a) menor preço; b) melhor técnica ou conteúdo artístico; c) técnica e preço; d) maior retorno econômico; e) maior desconto”;
- iii) Concurso: “modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor”;
- iv) Leilão: “modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance”;
- v) Diálogo competitivo: “modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos”.

Uma questão prática relevante, assim, é aquela de definir, em casos concretos, se deve ser utilizado o pregão ou a concorrência.

Para isso, o quadro a seguir pode ser elucidativo:

PREGÃO	CONCORRÊNCIA
<ul style="list-style-type: none"> • bens e serviços comuns (art. 6º, XIII) • “alguns” serviços comuns de engenharia (art. 6º, XXI, “a”, c/c art. 29, § único) 	<ul style="list-style-type: none"> • bens e serviços especiais (art. 6º, XIV) • obras (art. 6º, XII) • serviços comuns e especiais de engenharia (art. 6º, XXI) • serviços técnicos especializados intelectuais (art. 6º, XVIII, c/c art. 29, § único)

Uma vez que a noção de “comum”, na lei, significa a ideia de “padrões de desempenho e qualidade [que] podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado”, e, portanto, remetem a uma ideia de padronização, pode-se afirmar que a regra é que a possibilidade de padronização do objeto atrai a modalidade do pregão, deixando-se a concorrência para as demais.

3.2 Divulgação do edital

Como antes referido, o marco inicial da etapa externa é a divulgação do edital.

Antes dessa divulgação, o processo licitatório deve ser enviado para o assessoramento jurídico, que faz o controle prévio da legalidade, mediante a realização de um parecer jurídico. Vale lembrar que esse controle prévio também é realizado em outros procedimentos, tais como contratação direta, acordos, termos de cooperação, adesões a ata de registro de preços, aditivos, dentre outros. A lei determina que o parecer seja redigido em linguagem simples, com demonstração clara dos elementos que se referem aos pressupostos de fato e de direito da contratação.

A publicidade do edital deve ser realizada, obrigatoriamente, no Portal Nacional de Contratações Públicas, sendo possível ainda a publicação em Diário Oficial e em *site* eletrônico do Ente federativo respectivo.

Após a homologação da licitação, a lei obriga que também sejam publicados os documentos da fase preparatória. Com isso, pode-se dizer que o princípio da publicidade, na nova lei de licitações, envolve também a etapa interna (fase preparatória), diferente do que ocorria na lei anterior.

3.3 Apresentação de propostas (e lances)

O prazo de apresentação de propostas foi completamente modificado na nova lei de licitações. Embora essa cartilha tenha um caráter essencialmente informativo – e não crítico-reflexivo –, é válido referir que, nesse ponto em especial, a lei operou uma complexa teia de prazos, que são diferentes de acordo com o tipo de contrato e os respectivos critérios de julgamento.

Esses prazos constam do art. 55 da lei. Tentando simplificar (embora a complexidade não permita uma plena simplificação), têm-se os prazos referidos no quadro abaixo:

Dias (úteis)	Hipóteses
8	<ul style="list-style-type: none">• Aquisição de bens por menor preço ou maior desconto
10	<ul style="list-style-type: none">• Obras e serviços comuns por menor preço ou maior desconto
15	<ul style="list-style-type: none">• Aquisição de bens por outros critérios• Licitação por maior lance
25	<ul style="list-style-type: none">• Obras e serviços especiais por menor preço ou maior desconto
35	<ul style="list-style-type: none">• Obras e serviços (comuns ou especiais) por outros critérios• Contratação semi-integrada• Licitação por técnica e preço, melhor técnica ou conteúdo artístico
60	<ul style="list-style-type: none">• Contratação integrada

Os modos de disputa acompanham modalidade. Assim, tem-se: o modo de disputa aberto, obrigatório quando a licitação for pelo menor preço ou maior desconto, nos casos em que os licitantes apresentam suas propostas por lances públicos e sucessivos; e o modo de disputa fechado, obrigatório quando a licitação for realizada por técnica e preço, caso em que as propostas permanecem em sigilo até a data da sua divulgação.

Em relação aos lances, é importante observar que não há um limite na lei – de valores ou de tempo – para a apresentação de lances, podendo o edital estabelecer intervalos mínimos de diferença entre os lances. Também é possível realizar uma disputa para as demais colocações além da primeira.

3.4 Julgamento

O julgamento das propostas deve obedecer aos critérios de julgamento, que são o modo, definido na fase preparatória, de alcançar a contratação mais vantajosa à administração pública.

Os critérios de julgamento são elencados no art. 33 da lei, conforme segue:

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

- I – menor preço;
- II – maior desconto;
- III – melhor técnica ou conteúdo artístico;
- IV – técnica e preço;
- V – maior lance, no caso de leilão;
- VI – maior retorno econômico.

Algumas observações sobre esses critérios são pertinentes:

- a) maior desconto: possui como referência o preço global, englobando eventuais aditivos do contrato;

- b) melhor técnica ou conteúdo artístico: o edital define prêmio ou remuneração e julgamento é exclusivo pelo critério;
- c) técnica e preço: é realizada uma ponderação com fatores objetivos de notas e preço. O estudo técnico preliminar deve demonstrar relevância da qualidade técnica, tendo-se uma pontuação máxima de 70% para técnica;
- d) técnica: é definida a partir de atestados, notas de bancas ou notas de desempenho, as quais estarão disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas;
- e) maior retorno econômico: esse critério é possível apenas para os contratos de eficiência, referindo-se a um percentual de economia para a administração sobre a contratação realizada.

É possível realizar a desclassificação das propostas com base na verificação de conformidade dessas, inclusive realizando diligências para averiguar sua exequibilidade. Em casos de obras e serviços de engenharia, há um parâmetro objetivo para isso, mostrando-se inexequíveis as propostas inferiores a 75% do valor orçado.

A lei, em seu art. 60, também estabelece critérios de desempate entre as propostas, quais sejam:

- a) disputa final entre os empatados;
- b) desempenho contratual prévio;
- c) desenvolvimento de ações relativas à equidade de gênero;
- d) desenvolvimento de Programa de Integridade;
- e) sem desempate: locais, brasileiras, investimento em P&D no país, PNMC.

Por fim, vale referir que a lei também prevê a possibilidade de uma negociação final entre a administração pública e o vencedor, assim como com as demais propostas, quando essas estiverem com preço acima do valor inicialmente orçado.

3.5 Habilitação

A habilitação diz respeito à verificação, por parte da administração pública, sobre a capacidade de a empresa vencedora de realizar o objeto.

Veja-se que a fase de habilitação, diferentemente do que acontecia na lei antiga, ocorre após o julgamento das propostas, ganhando-se assim celeridade no processo licitatório, tendo em vista que o poder público verifica os documentos de habilitação apenas referentes à proposta mais vantajosa para a administração pública, dispensando a verificação sobre as demais, exceto na hipótese de inabilitação.

Os documentos de habilitação que devem ser verificados possuem as mesmas características e natureza da lei anterior, quais sejam:

- a) jurídica;
- b) técnica;
- c) fiscal, social e trabalhista;
- d) econômico-financeira.

Há, porém, algumas novidades. Entre elas, tem-se a possibilidade de declaração, pelos licitantes, de algumas situações de fato, sob pena de responsabilidade, dentre as quais: atendimento de condições; atendimento da integralidade dos custos trabalhistas; conhecimento do local e de suas peculiaridades.

Por fim, é possível que a administração determine diligências a fim de verificar a situação de habilitação. Essas diligências são restritas à complementação de informações e à atualização dos documentos.

3.6 Recursal

A NLL prevê a possibilidade de impugnações e esclarecimentos sobre o edital, o que pode ser feito por qualquer pessoa no prazo de três dias úteis antes da data de abertura do certame.

Em relação aos recursos e pedidos de reconsideração, esses estão disciplinados no art. 165, que assim prescreve:

Art. 165. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

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

- a) ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessado ou de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
- b) julgamento das propostas;
- c) ato de habilitação ou inabilitação de licitante;
- d) anulação ou revogação da licitação;
- e) extinção do contrato, quando determinada por ato unilateral e escrito da Administração;

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

A intenção de recorrer deve ser manifestada imediatamente, sendo que o prazo – de três dias úteis – para as razões recursais inicia a partir da intimação, da lavratura da ata de habilitação ou inabilitação, ou da ata de julgamento (em havendo a inversão de fases). Já as contrarrazões devem ser apresentadas nesse mesmo prazo, contado a partir da intimação do recurso.

A apreciação dos recursos, contudo, ocorre em uma fase única, à semelhança do que já ocorria na modalidade pregão.

Já as disposições, para aplicação de penalidades são diversas. No caso de advertência, multa e impedimento, é previsto o recurso no prazo de quinze dias úteis. Já no caso de declaração de inidoneidade, não há previsão de recurso, apenas de pedido de reconsideração, com igual prazo, ambos com efeito suspensivo até decisão final.

3.7 Encerramento da licitação

Após julgamento e habilitação – e exauridos os recursos –, o processo licitatório vai à autoridade superior.

Essa autoridade, de acordo com o art. 71, possui quatro possibilidades de encaminhamento:

- a) determinar retorno dos autos para sanear irregularidades, indicando, nesse caso, os vícios e os atos específicos que devem ser saneados;
- b) revogar a licitação, nos casos de conveniência e oportunidade, desde que seja por fato superveniente comprovado;
- c) determinar a anulação da licitação, nos casos em que não for possível sanear os vícios identificados;
- d) adjudicar o objeto e homologar a licitação.

A anulação e a revogação, vale enfatizar, necessitam de ampla defesa e contraditório – além de fundamentação clara e congruente sobre o ato decisório –, uma vez que sempre afetam direitos.

Com a eventual adjudicação do objeto e homologação, tem-se o fim do processo licitatório, encaminhando-se assim para a execução do contrato.

4 Contratação direta: dispensa e inexigibilidade

Inicialmente cabe destacar que não é possível criar hipóteses de contratação direta sem licitação, ou seja, os casos previstos na NLL são taxativos. Além disso, trata-se de competência privativa da União regulamentar o tema. Portanto, não podem as demais esferas de governo – Distrito Federal, Estados-membros ou Municípios – tentar prever ou criar hipóteses de contratação direta.

Inclusive o Supremo Tribunal Federal (STF), em 25/10/2019, considerou inconstitucional uma lei do Estado do Paraná – Lei 15.608/2007 –, que criou hipóteses de dispensa de licitação, por entender que a competência para legislar sobre normas gerais da União havia sido usurpada. Como a decisão veio após doze anos da entrada em vigor da legislação, o STF modulou os efeitos do art. 34, inc. VII, buscando preservar a eficácia das contratações eventualmente finalizadas com base na norma. Com isso, os efeitos da decisão passaram a valer a partir da data do julgamento.

Além disso, é importante estar atento para a alienação de bens móveis e imóveis da administração pública, visto que **não** integra o gênero “contratação direta sem licitação”, ou seja, a alienação de bens móveis e imóveis passa a ser tratada em um capítulo específico, “Capítulo IX: Das alienações”, compreendido nos arts. 76 e 77, apresentando como modalidade de licitação o leilão.

A NLL estabelece, no art. 72, que a contratação direta deve ser compreendida como inexigibilidade de licitação e licitação dispensável, além de indicar o dever de instruir o processo e, precisamente, os documentos para instruí-lo. Conforme verifica-se no art. 72, *caput* e incisos – a instrução do processo de inexigibilidade e dispensa:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I – documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo

técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

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

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

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

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

VI – razão da escolha do contratado;

VII – justificativa de preço;

VIII – autorização da autoridade competente.

A NLL ampliou as exigências para a instrução dos processos de contratação direta, prevendo no art. 72 um rol mais completo de documentos, em que a relação de documentos é categórica, sendo que cabe ao próprio inciso admitir a possibilidade de o documento não ser juntado no processo, como ocorre nos incs. I e III. Assim, na aplicação dos demais incisos, deve o intérprete esgotar o esforço para atender o que dispõe a norma.

O parecer – técnico ou jurídico – exigido para a instrução do processo apresenta a finalidade de indicar ao agente de contratação que foram atendidos os requisitos exigidos na lei para a regularidade da contratação direta sem licitação.

Para não esquecer elementos que são importantes para a instrução, é importante: **1)** elaborar um sumário, com índice de cada inciso, página ou arquivo correspondente, de forma que o controlador ou qualquer órgão possa localizar de maneira fácil onde se encontra a informação; **2)** fazer um parecer jurídico como peça final da instrução, sem prejuízo de juntar os pareceres técnicos antes, tendo em vista que é conveniente que a autoridade competente apresente como peça antecedente a manifestação de conformidade com a lei, nos termos do inc. VIII do art. 72.

O § único do art. 72 determina que o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em *site* eletrônico oficial.

Observa-se que a contratação eletrônica constitui ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato que deve ser divulgado e mantido à disposição do público em *site* eletrônico oficial. Esse dispositivo está relacionado diretamente às transformações dos meios digitais e à visibilidade maior proporcionada por um governo digital e eletrônico dos processos administrativos, além de dialogar efetivamente com o princípio da transparência, potencializando o controle da administração e impulsionando o controle social.

A divulgação dos atos deve ocorrer no Portal Nacional de Contratações Públicas (disponível no endereço eletrônico: <https://www.gov.br/pncp/pt-br>), previsto no art. 174, sem prejuízo da divulgação em *site* eletrônico do próprio Ente da federação.

O art. 73 aborda a contratação indevida, portanto, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, haverá a responsabilização solidária do contratado com o agente público responsável por dano causado ao erário público caso a contratação direta indevida seja praticada com dolo, fraude ou erro grosseiro.

A identificação da ocorrência de um dos três elementos – dolo, fraude ou erro grosseiro – dependerá de apuração, que poderá ser feita por meio de processo distinto como sindicância, processo administrativo disciplinar (PAD), processo administrativo de responsabilidade (PAR), tomada de contas especial pelo Tribunal de Contas ou outro, bem como será considerado o valor e a gravidade envolvida.

Dessa forma, é importante estar atento para as expressões e situações descritas a seguir.

1) Ato culposos: se, diante da análise dos fatos, a autoridade competente verificar a possibilidade de ocorrência de ato culposos, poderá iniciar a apuração, apresentando por escrito ao envolvido os indícios da ocorrência da irregularidade e os argumentos que levam à possibilidade de ser considerado como doloso, ou os indícios de fraude ou erro grosseiro. Assim, confirmada a atitude culposa, será ordenado o arquivamento do processo, sem novas providências.

2) Fraude: pode ocorrer com a inserção de documentos falsos (falsidade pura e simples) ou mediante a inserção de documento formalmente autêntico (falsidade ideológica).

3) Erro grosseiro: quando o(a) gestor(a) é alertado para a irregularidade do ato, seja por meio de parecer técnico ou jurídico, ou por intermédio de outro(a) servidor(a).

4) Indevida: a expressão “indevida” pode ser interpretada como sinônimo de “irregular”, e pode se referir à esfera de competência do servidor – agente de contratação – ou do contratado. No entanto, há a possibilidade de a irregularidade ser praticada pelo servidor e pelo contratado quando ocorre dano causado ao erário, caso que implicará a responsabilidade solidária entre o agente público e o contratado, sendo a reparação do dano apenas para fins civis.

5) Responsabilização penal para contratação direta sem licitação: foi inserido pela Lei 14.133/2021 um capítulo específico no Código Penal Brasileiro, o “CAPÍTULO II-B: DOS CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”. Assim, o art. 337-E aborda a contratação direta ilegal, trazendo como tipo penal “Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.”.

6) Sem prejuízo de outras sanções cabíveis: a parte final do art. 73 diz respeito às sanções previstas no Código Penal, no Código de Ética, na Lei de Improbidade e, eventualmente, como crime de responsabilidade. A apuração sumária pode finalizar recomendando a transferência de informações para outros órgãos apuradores, como Ministério Público, autoridade policial, Tribunais de Contas e Cade.

4.1 Inexigibilidade de licitação

A inexigibilidade de licitação é compreendida como a impossibilidade de competição, seja em razão do objeto a ser contratado ou pela falta de empresas concorrentes, tornando inviável a competição. Assim, a inexigibilidade está relacionada com a inviabilidade de competição entre os ofertantes, seja por motivos de fato ou de direito, sendo o rol exemplificativo abordado no art. 74 da NLL.

Destaca-se que o motivo de fato ocorre quando apenas um fornecedor ou prestador de serviços possui aptidão para atender ao interesse público, seja em razão da peculiaridade do objeto contratual pretendido pela administração ou por não existirem outros prestadores de serviço ou fornecedores.

Com relação aos motivos de direito, os autores ressaltam que a lei pode determinar que somente um prestador de serviço ou fornecedor pode ter o direito de prestar o serviço ou fornecer o produto, como ocorre com os serviços em regime de monopólio.

Desse modo, o art. 74, *caput*, inc. I e § 1º, da NLL, diferentemente da norma anterior, passou a determinar que a comprovação pode ser realizada mediante quatro instrumentos distintos: 1) atestado de exclusividade; 2) contrato de exclusividade; 3) declaração do fabricante; e 4) outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto da contratação é fornecido ou prestado por produtor, representante comercial ou empresa exclusivos, sendo proibida a preferência por marcas específicas.

Sobre a contratação direta de artista ou por empresário, disposta no art. 74, *caput*, inc. II e § 2º, nota-se que, além da inviabilidade de competição, traz mais requisitos para contratação direta: 1) que o objeto da contratação seja de um artista profissional; e 2) que o contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Destaca-se que a legislação anterior previa a contratação direta sem licitação com artista ou por meio de empresário exclusivo, contudo não definia o “empresário exclusivo”. Assim, o §2º da NLL adotou requisitos, de forma rigorosa, para considerar a exclusividade do empresário para realização da contratação direta.

É importante notar que o art. 74, *caput*, inc. III, alíneas “a” até “h”, §§ 3º e 4º, aborda os serviços técnicos especializados. Houve mudanças significativas, visto que o § 3º do art. 74 define a notória especialização como

o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Além disso, ocorreu a troca da expressão “indiscutivelmente” (prevista no §1º, art. 25, da Lei 8.666/1993) mais adequada à plena satisfação, por “reconhecidamente”. Trata-se de uma mudança relevante, visto que, em relações profissionais, além de essencial, deve ser “reconhecido” como adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Quanto ao §4º do art. 74, é importante frisar que é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade nos casos de contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com empresas ou profissionais de notória especialização.

Dessa maneira, a inviabilidade da competição ocorrerá na forma do inc. III do art. 74 se ficar demonstrado o atendimento dos requisitos, os quais devem ser verificados da seguinte forma:

- a) com relação ao objeto do contrato:** que se trate de serviço técnico integrante da lista do inc. III; que o serviço não seja de divulgação ou publicidade; que não seja permitida a subcontratação do objeto;
- b) com relação ao contratado:** que o profissional possua habilitação pertinente ao objeto do contrato; que o profissional ou empresa detenha especialização na realização do objeto pretendido; que a especialização seja notória, nos termos expressos na lei, no § 3º do art. 74.

Ainda, a NLL **passou a não exigir expressamente que o objeto seja singular** para justificar ou amparar a inexigibilidade de licitação. Contudo, para efeitos de segurança da contratação, entende-se que esse requisito se encontra presente no próprio conceito de notória especialização, sendo uma característica dessa exigência.

O art. 74, *caput*, inc. IV, trata da inexigibilidade por credenciamento. É importante estar atento para esse dispositivo, especialmente, tendo em vista que aborda inovação na Lei (o qual será tratado adiante).

Com relação à aquisição ou locação de imóvel, o art. 74, inc. V, inova no sentido de que a compra ou a locação de imóvel, na Lei 8.666/1993, estava prevista nas hipóteses de licitação dispensável. Com a redação da NLL, passou a integrar as hipóteses de inexigibilidade de licitação.

Além disso, a legislação exige que seja precedida de estudo a compra ou aluguel de imóvel, o qual fará parte da motivação da decisão, ou seja, o estudo pode ser realizado com auxílio de órgão externo ou terceirizado, ou na própria instituição, conforme disciplinado no art. 44.

Já o §5º é inovador e complementa o inc. V, prevendo os requisitos formais para as contratações, sendo eles: avaliação, justificativa de singularidade do imóvel e certificação de que não há imóveis públicos disponíveis.

4.2 Dispensa de licitação

Na dispensa de licitação, é possível que ocorra a competição, no entanto, por critérios contextuais. É o caso de ausência de apresentação de propostas válidas, ou por razões ligadas ao objeto, como nas hipóteses que envolvam a contratação de determinados limites de valores, quando a norma possibilita que se justifique a dispensa de licitação.

Nesse sentido, na dispensa há a possibilidade de competição entre os licitantes. Contudo, por conta de determinadas razões de interesse público dispostas em lei, é permitido que a administração pública contrate de forma direta sem a realização prévia de licitação, desde que a situação se enquadre nas hipóteses do art. 75 e observando o procedi-

mento legal. Importante é frisar, ainda, que a contratação direta não é obrigatória, visto que, se a administração entender por bem realizar o certame, não há problema jurídico.

Destaca-se que é possível classificar as circunstâncias previstas, referentes à licitação dispensável, em quatro hipóteses: 1ª) em razão do valor; 2ª) em situações excepcionais; 3ª) em razão do objeto; e 4ª) em razão da pessoa. No entanto, essa classificação apenas sistematiza as hipóteses, mas não surte efeitos de diferenciação das consequências.

Dessa forma, o art. 75, *caput*, incs. I e II, §§ 1º ao 4º e 7º, destaca a dispensa em razão do valor. Assim, ressalta-se que o **limite do valor** é definido nos incs. I e II do *caput*, sendo que o **tempo** da despesa passa a ser o exercício financeiro. Nesse sentido, **não deve ser somado o valor do contrato** de serviço contínuo e que ultrapasse o exercício financeiro, o qual está previsto no inc. I.

É importante estar atento para o §1º, o qual estabelece regras específicas sobre a definição do valor. Este parágrafo visa a evitar que seja dividido o objeto em parcelas, ou seja fracionado o objeto, usando o inciso para contratar cada parte, de modo a não realizar a licitação.

Portanto, é necessário cumprir o que está previsto na norma, realizando essa modalidade de contratação direta sem licitação sem divisão do objeto ou fracionamento.

Além disso, o §1º faz previsão de dois critérios para determinação do valor que será utilizado para definir se a contratação pode ou não ser enquadrada nos incs. I e II, ou seja, irá determinar se a contratação direta sem licitação é regular.

O §1º também vem solucionar uma polêmica sobre como deveria ser realizada a soma das despesas de mesma natureza. O legislador deixou claro o que é “despesa de mesma natureza”, conceituando como “a despesa despendida no mesmo ramo de atividade comercial”.

Já o §2º estabeleceu que os valores dos incs. I e II serão duplicados para compras, obras e serviços que sejam contratados pelo consórcio público, por autarquia ou por fundações qualificadas como agências executivas na forma da lei.

Os §§ 3º e 4º abordam questões **relacionadas** à publicidade e à impessoalidade; assim, os atos de dispensa de licitação devem ser publicados.

Dessa forma, o §3º indica a publicação **antes** para que a administração publique o ato e escolha a proposta que seja mais vantajosa. Já o §4º traz a previsão de publicação **depois**, tendo em vista o controle social.

Frisa-se que a publicidade prévia – antes – deve ser feita preferencialmente, sendo a expressão compreendida no sentido de “sempre que possível”, não sendo imperativa, mas recomendável. Assim, com prudência e cautela, deve ser considerada como regra a pretensão de divulgar, mas, ao se decidir não utilizar publicidade prévia, deve-se justificar e fundamentar as razões de não o fazer e de escolher a proposta mais vantajosa.

Já a publicidade posterior – depois –, prevista no §4º, é obrigatória, tendo em vista que deve ser feita no prazo de dez dias, no Portal Nacional de Compras Públicas. Destaca-se que o parágrafo em comento não estipula o prazo, mas em uma leitura sistemática com o art. 94, inc. II, é possível extrair o prazo.

O §7º inova ao possibilitar a contratação direta sem licitação para a manutenção de veículo, assumindo a condição de serviço específico e prevendo a regra peculiar em que ordena que o somatório do §1º não seja aplicado ao caso.

As situações excepcionais de contratação por dispensa são abordadas no art. 75, *caput*, incs. III, VI ao VIII e X, e §6º, da NLL. Desse modo, nota-se que as inovações do inc. III e de suas alíneas estão relacionadas à previsão da licitação deserta ou fracassada, sendo destacados os pontos em que traz a licitação realizada há menos de um ano ou que não foram apresentadas propostas válidas, com preços manifestamente superiores ou incompatíveis com os fixados.

O inc.VI trata da segurança nacional e traz inovação na hipótese de comprometimento da segurança nacional, a qual deve ser estabelecida pelo Ministro do Estado da Defesa, por intermédio de demandas dos comandos das Forças Armadas e dos demais ministérios. Evidencia-se

que, no inc. VII, foram acrescentadas as situações de estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal.

Verifica-se, ainda, que, no inc. VIII, que trata sobre emergência ou calamidade pública, a inovação está relacionada ao acréscimo da restrição “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”. Esse dispositivo demonstra a preocupação com o controle de contratações emergenciais em calamidade pública, considerando, assim, emergencial a contratação por dispensa, tendo em vista a manutenção da continuidade do serviço público.

Já o inc. X, que trata da intervenção no domínio econômico, não há nenhuma inovação, apenas repetição do texto da Lei 8.666/1993.

Além disso, o art. 75, *caput*, inc. IV e alíneas, aborda a natureza do objeto, sendo que a regra, na Constituição – art. 37, inc. XXI –, é que as obras, compras, serviços e alienações sejam precedidos de licitação, no entanto este inciso propõe que determinados objetos podem ter dispensada a licitação, ou seja, o inc. IV do art. 75 apresenta uma relação de objetos que são o motivo determinante para a ausência de licitação.

As alíneas “l” e “m” inovam ao acrescentar duas novas hipóteses ao rol de objetos, sendo: 1) serviços especializados ou aquisição ou locação de equipamentos destinados ao rastreamento e à obtenção de provas; e 2) medicamentos destinados exclusivamente ao tratamento de doenças raras.

Outra inovação importante é com relação à contratação de profissionais para comissão, prevista no art. 75, *caput*, inc. XIII, o qual traz como hipótese de contratação direta os profissionais para compor a comissão de avaliação de critérios e de técnicas, quando for o caso de contratação de profissional técnico de notória especialização.

Assim, podem ser elencados três requisitos para a regularidade dessa contratação, sendo eles: 1) contratação de profissionais técnicos; 2) o profissional deve ser de notória especialização, utilizando, para tanto, o conceito descrito no art. 74, §3º:

o profissional [...] cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Também é possível extrair o conceito de profissional no art. 6º, da NLL; 3) trazer a finalidade escrita: compor a comissão para avaliação de critérios de técnica.

O art. 75, *caput*, inc. XIV, está relacionado à associação de pessoas com deficiência, sendo que esse dispositivo, além dos requisitos anteriores, inova ao estabelecer que os serviços deverão ser prestados exclusivamente por pessoas com deficiência.

Nas contratações de insumos estratégicos para saúde, prevista no art. 75, *caput*, inc. XVI, nessa modalidade de contratação direta sem licitação, considera-se uma das maiores inovações o aumento dos valores para contratação direta por dispensa. Assim, os incs. I e II estabelecem duas situações que podem resultar na contratação direta em razão do valor com regras distintas: 1) para obras e serviços de engenharia, incluindo serviços de manutenção de veículos automotores, a Lei 14.133/2021 prevê um valor de até 100 mil reais; 2) para compras e outros serviços a Lei passou a prever até 50 mil reais. Esses valores são atualizados todos os anos.

De tal forma, recapitula-se as principais inovações da NLL nas contratações diretas sem licitações. Assim, verifica-se que não é possível criar hipóteses de contratação direta sem licitação, ou seja, os casos previstos na Lei 14.133, de 1º/04/2021, são taxativos (sendo eles inexigibilidade e dispensa de licitação).

A inexigibilidade está relacionada com a inviabilidade de competição entre os ofertantes, seja por motivos de fato ou de direito, sendo o rol exemplificativo abordado no art. 74 da Lei 14.133/2021.

Na dispensa; há a possibilidade de competição entre os licitantes, mas, por conta de determinadas razões de interesse público dispostas

em lei, é permitido que a administração pública contrate de forma direta sem a realização prévia de licitação, desde que a situação se enquadre nas hipóteses do art. 75 e observando o procedimento legal. É importante frisar, ainda, que a contratação direta não é obrigatória, visto que, se a administração entender por bem realizar o certame, não há problema jurídico.

Portanto, deve-se agir com prudência e cautela e realizar as devidas regulamentações para utilização da NLL, estando atento para o prazo final de implementação das medidas que viabilizam a utilização da norma, qual seja, 1º de abril de 2023.

5 Instrumentos auxiliares

Os procedimentos auxiliares das licitações e das contratações, previstos no art. 78 da NLL, são: credenciamento; pré-qualificação; procedimento de manifestação de interesse; sistema de registro de preço; e registro cadastral.

A NLL introduziu um capítulo específico para o tema dos instrumentos auxiliares, ao lado das modalidades e tipos de licitação e dos regimes de contratação, conforme o art. 28 da lei.

Trata-se de instrumentos de diferentes naturezas e objetos, em que se destacam o propósito de seleção de potenciais contratados, estruturação de soluções inovadoras para a administração pública e à veiculação de regimes procedimentais de contratação.

Os procedimentos auxiliares complementam a solução de licitação e/ou de contratação vislumbrada pela administração pública e já estavam indicados em nosso ordenamento jurídico na Lei 8.666/1993 e em precedentes de tribunais de contas. A nova lei trouxe, contudo, novas contribuições a cada um dos procedimentos.

Vejamos cada um deles em detalhe.

5.1 Credenciamento

A principal característica do procedimento auxiliar do credenciamento é que há uma situação de não competição. Desse modo, pode-se utilizar o cadastramento de vários licitantes interessados. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

- i) paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;
- ii) com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;

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

O credenciamento é um procedimento auxiliar utilizado nos casos de contratação nas quando de inexigibilidade de licitação. Nesse caso o procedimento se caracteriza pelos seguintes elementos: ausência de limitação ao número de credenciados, pelo tratamento isonômico e pela publicização pelo instrumento de chamamento público.

No credenciamento a administração pública convoca os interessados a prestar serviços ou fornecer bens, desde que preenchidos os requisitos necessários, para que se credenciem a cumprir e executar o objeto licitado.

Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento e deverão observar as seguintes regras:

- i) a administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em *site* eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;
- ii) adoção de critérios objetivos de distribuição da demanda, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados;
- iii) condições padronizadas de contratação que devem ser previstas no edital de chamamento de interessados;
- iv) previsão do valor da contratação, onde a administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação;
- v) não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da administração;
- vi) será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.

Tem-se que a pré-qualificação e o registro cadastral são similares. A diferença entre ambos está no fato que o registro cadastral serve como cadastro de possíveis fornecedores, enquanto na pré-qualificação serve tanto para fornecedores quanto para bens.

O registro cadastral deverá utilizar o sistema de registro cadastral unificado no Portal Nacional de Contratações Públicas, devendo ser público e amplamente divulgado aos interessados.

5.2 Pré-qualificação

O procedimento de pré-qualificação não se mostra uma novidade da NLL, visto que a antiga Lei de Licitações (Lei 8.666/1993), em seu art. 114, previu essa fase prévia para licitações que apresentem objetos com maior complexidade e que, portanto, necessitam de uma análise mais pormenorizada da qualificação técnica dos interessados.

Nesses casos, conforme previsão disposta nos §§ 1º e 2º do referido artigo, a “adoção do procedimento de pré-qualificação será feita mediante proposta da autoridade competente, aprovada pela imediatamente superior”, observando-se “as exigências desta Lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação”.

A Nova Lei, em seu art. 6º, inc. XLIV, define essa etapa como “procedimento seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, destinado à análise das condições de habilitação, total ou parcial, dos interessados ou do objeto”, sendo esse procedimento devidamente abordado no art. 80, o qual possibilita a abertura de pré-qualificação a licitantes ou bens ao prever que:

Art. 80. A pré-qualificação é o procedimento técnico-administrativo para selecionar previamente:

I – licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos;

II – bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração.

Restando necessária a pré-qualificação, deve ser observado que “quando aberta a licitantes, poderão ser dispensados os documentos que já constarem do registro cadastral” e “quando aberta a bens, poderá ser exigida a comprovação de qualidade” (art. 80, §1º), inclusive, ela pode ser realizada em grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores (art. 80, §6º).

Ademais, percebe-se que “o procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição de interessados”, de forma que seja possibilitado, a qualquer tempo, antes do procedimento licitatório, que novos interessados possam demonstrar o atendimento aos requisitos previstos no edital e possam ser pré-qualificados ou ter seus bens pré-qualificados (art. 80, §2º).

No que tange aos procedimentos de licitação, é necessário que constem no edital as informações mínimas necessárias para definição do objeto, bem como a modalidade, a forma da futura licitação e os critérios de julgamento (art. 80, §3º).

A apresentação deverá ser procedida perante órgão ou comissão designada para tanto, sendo que a administração pública tem o prazo de dez dias úteis para analisar os documentos e determinar eventual correção ou reapresentação de documentos, devendo atuar com vistas à ampliação da competição (art. 80, §4º).

Ainda, importa mencionar que a Nova Lei de Licitações determina que os bens e os serviços pré-qualificados deverão compor o rol de bens e serviços da administração pública (art. 80, §5º).

Vale também aferir que 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 (art. 80, §7º). Indiferentemente do modelo adotado, os “licitantes e os bens pré-qualificados serão obrigatoriamente divulgados e mantidos à disposição do público” (art. 80, §9º).

Com relação aos prazos, a pré-qualificação terá validade: (i) de um ano, no máximo, podendo ser atualizada a qualquer tempo; e (ii) não superior ao prazo de validade dos documentos apresentados pelos interessados (art. 80, §8º).

Por fim, observa-se que a Lei 14.133/2021, no §10 do art. 80, assenta que a “licitação que se seguir ao procedimento da pré-qualificação poderá ser restrita a licitantes ou bens pré-qualificados”.

Destarte, verifica-se que a Nova Lei de Licitações, no que tange à pré-qualificação, mostra-se deveras distante da matéria esposada na Lei 8.666/1993, aumentando seu escopo para contemplar também os bens e buscando medidas procedimentais para garantir o uso ideal dessa medida preliminar, com a presença de instrumentos de mitigação de riscos mais sólidos.

5.3 Sistema de registro de preços

O sistema de registro de preços está previsto no art. 15, inc. II, da Lei 8.666/1993 e no art. 11 da Lei 10.520/2002, e é regulamentado pelo Decreto 7.892/2013. Esse é considerado um conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e à aquisição de bens, para contratações futuras.

O Sistema de Registro de Preços permite a aquisição pela administração pública de mercadorias e serviços, com preços registrados para aquisição posterior. Há ganhos de eficiência e economicidade nesse sistema, reduzindo o número de procedimentos licitatórios exigidos.

Após concluída a licitação, a Ata de Registro de Preços registra o preço que os órgãos públicos farão a aquisição do produto ou serviço, sem ser necessário realizar novas licitações para o mesmo produto ou serviço.

O Registro de Preços está previsto no Art. 82, §§ 5º e 6º da NLL, que dispõe que:

Art. 82. O edital de licitação para registro de preços observará as regras gerais desta Lei e deverá dispor sobre: [...]

§5º O sistema de registro de preços poderá ser usado para a contratação de bens e serviços, inclusive de obras e serviços de engenharia, observadas as seguintes condições: I – realização prévia de ampla pesquisa de mercado; II – seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento; III – desenvolvimento obrigatório de rotina de controle; IV – atualização periódica dos preços registrados;

V – definição do período de validade do registro de preços; VI – inclusão, em ata de registro de preços, do licitante que aceitar cotar os bens ou serviços em preços iguais aos do licitante vencedor na sequência de classificação da licitação e inclusão do licitante que mantiver sua proposta original.

§6º O sistema de registro de preços poderá, na forma de regulamento, ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um *órgão* ou entidade.

O Registro de Preços poderá ser utilizado nos seguintes casos, previstos no art. 85, que dispõe:

Art. 85. A Administração poderá contratar a execução de obras e serviços de engenharia pelo sistema de registro de preços, desde que atendidos os seguintes requisitos:

I – existência de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional;

II – necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado.

Há uma ampliação de sentido do sistema de registro de preços mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos à prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras, em seu art. 6º, XLV.

O registro de preços prevê a edição de uma ata, ou seja, de um documento vinculativo e obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, no qual são registrados o objeto, os preços, os fornecedores, os órgãos participantes e as condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no edital da licitação, no aviso ou instrumento de contratação direta e nas propostas apresentadas.

O edital de licitação para registro de preços deve incluir como conteúdo mínimo os seguintes elementos:

- i) possibilidade preços diferentes a) quando o objeto for realizado ou entregue em locais diferentes; b) em razão da forma

- e do local de acondicionamento; c) quando admitida cotação variável em razão do tamanho do lote; d) por outros motivos justificados no processo;
- ii) possibilidade de o licitante oferecer ou não proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital, obrigando-se nos limites dela;
 - iii) critério de julgamento da licitação, que será o de menor preço ou o de maior desconto sobre tabela de preços praticada no mercado;
 - iv) condições para alteração de preços registrados;
 - v) o registro de mais de um fornecedor ou prestador de serviço, desde que aceitem cotar o objeto em preço igual ao do licitante vencedor, assegurada a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação;
 - vi) a vedação à participação do órgão ou entidade em mais de uma ata de registro de preços com o mesmo objeto no prazo de validade daquela de que já tiver participado, salvo na ocorrência de ata que tenha registrado quantitativo inferior ao máximo previsto no edital;
 - vii) as hipóteses de cancelamento da ata de registro de preços e suas consequências.

Participam do registro de preços o órgão ou entidade gerenciadora, participante e não participante. O primeiro é responsável pela condução do conjunto de procedimentos para o registro de preços e pelo gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente. O segundo participa dos procedimentos iniciais da contratação para registro de preços e integra a ata de registro de preços, e o terceiro não participa dos procedimentos iniciais da licitação para registro de preços e não integra a ata de registro de preços.

Conforme a legislação o catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras é o sistema informatizado, de gerenciamento centralizado e com indicação de preços, destinado a permitir a padronização de itens a serem adquiridos pela administração pública e que

estarão disponíveis para a licitação.

Para a legislação será considerado como contrato de eficiência aquele contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada.

Será considerado como dano provocado ao patrimônio da administração o superfaturamento, ou seja, aquele caracterizado como:

- a) medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;
- b) deficiência na execução de obras e de serviços de engenharia que resulte em diminuição da sua qualidade, vida útil ou segurança;
- c) alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;
- d) outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a administração ou reajuste irregular de preços.

O conteúdo mínimo do edital de registro de preços deve levar em conta a indicação da quantidade máxima de cada item que poderá ser adquirida, nas seguintes hipóteses taxativas:

- i) quando for a primeira licitação para o objeto e o órgão ou entidade não tiver registro de demandas anteriores;
- ii) no caso de alimento perecível;
- iii) no caso em que o serviço estiver integrado ao fornecimento de bens.

5.4 Procedimento de manifestação de interesse

O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) consiste em um instrumento pré-licitatório previsto no art. 81 da NLL por meio do qual se busca divulgar o interesse da administração pública em obter subsídios junto à iniciativa privada para a efetivação de parcerias, levando os privados a apresentarem ao Ente público projetos, estudos e levantamentos que sejam importantes para o adimplemento das obrigações estatais.

Esse procedimento, em que pese nunca ter deslanchado no cenário brasileiro, apresenta fundamentação nas Leis 8.987/1995 (art. 21), 9.074/1995 (art. 31) e 11.079/2004 (art. 3º, *caput* e § 1º) e é regido, mais especificamente, pelo Decreto 8.428/2015. Somente após a edição da Lei 13.303/2016 ele passou a ser utilizado por empresas estatais, visando ao recebimento de projetos e estudos para sanar problemáticas previamente detectadas.

Tal cenário levou a Nova Lei de Licitações a buscar novas medidas para que este procedimento seja mais relevante no âmbito nacional. Assim, decidiu-se retirar a vedação à participação dos autores dos projetos básico ou executivo na licitação ou execução de obra ou serviço e no fornecimento de bens a eles necessários, prevista na Lei 8.666/1993, art. 9º, incs. I e II, bem como utilizar uma seção do capítulo de instrumentos auxiliares para abordar o PMI.

Nesse sentido, surge o art. 81 da Nova Lei de Licitações, que permite a cooperação privada em questões de relevância pública ao dispor que:

A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.

Observa-se que, no texto da lei, é citado regulamento futuro acerca do tema. Todavia, a Nova Lei de Licitações, desde logo, demonstra ins-

trumentos plenamente úteis como balizadores para a utilização desse procedimento pré-licitatório, como estudos, investigações, levantamentos e projetos vinculados à contratação e de utilidade para a licitação (art. 81, §1º).

Ocorre que mesmo a efetivação de estudos, levantamentos, investigações e projetos não obriga a administração pública a realizar procedimento licitatório, tampouco gera qualquer preferência na licitação e, inclusive, o poder público fica isento do pagamento e ressarcimento de valores aos elaboradores do PMI, tendo em vista que a remuneração ocorrerá somente pelo vencedor do procedimento licitatório (art. 81, §2º).

Ainda, para que seja aceito o produto entregue pela iniciativa privada, a administração pública mostra-se compelida a elaborar parecer fundamentado sobre o que foi entregue no PMI, analisando devidamente se as necessidades do órgão público foram alcançadas e se o projeto propicia maior economia e vantagem entre as demais opções disponíveis no mercado, ou seja, deve possuir uma aceitação motivada (art. 81, §3º).

Cabe mencionar que há previsão para que o PMI seja restrito apenas a *startups*

de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto, exigida, na seleção definitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração. (art. 81, §4º)

Nesses casos, busca-se atingir um dos objetivos do processo licitatório, qual seja, a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável (art. 11, inc. IV).

5.5 Registro cadastral

Os registros cadastrais são procedimentos previstos no art. 34 da Lei 8.666/1993 como sendo múltiplos bancos de dados que devem ser mantidos por órgãos e entidades da administração pública que realizem frequentemente licitações, para efeito de habilitação, uma vez que documentam a situação jurídica, fiscal, técnica e financeira das empresas que participam de licitações.

Entretanto, a NLL, em seu art. 87, mostra-se vanguardista ao instituir um registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento. Percebe-se que, mesmo havendo previsão que seja necessária regulamentação futura, os arts. 87 e 88 acabam por antecipar certos aspectos relevantes para possibilitar o funcionamento desse referido registro cadastral unificado.

Esse

sistema de registro cadastral unificado será público e deverá ser amplamente divulgado e estar permanentemente aberto aos interessados, e será obrigatória a realização de chamamento público pela internet, no mínimo anualmente, para atualização dos registros existentes e para ingresso de novos interessados. (art. 87, §1º)

A administração pública pode realizar licitação de forma restrita a fornecedores cadastrados, atendidos os critérios, as condições e os limites estabelecidos em regulamento, bem como a ampla publicidade dos procedimentos para o cadastramento (art. 87, §3º). Inclusive, nesses casos, será admitido fornecedor que realize seu cadastro dentro do prazo previsto no edital para apresentação de propostas (art. 87, §4º).

Ainda, cabe mencionar que é proibida a exigência, pelo órgão ou entidade licitante, de registro cadastral complementar para acesso a edital e anexos (art. 87, §2º).

No que tange ao requerimento inscrição no cadastro ou à sua atualização, o interessado fornecerá os elementos necessários exigidos para habilitação (art. 88) e, uma vez inscrito, o mesmo “será classificado

por categorias, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômico-financeira avaliada, de acordo com regras objetivas divulgadas em sítio eletrônico oficial” (art. 88, §1º), sendo que, a esse inscrito será fornecido certificado, renovável sempre que atualizar o registro (art. 88, §2º).

Sabe-se que 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. (art. 88, §3º)

Vale observar que essa anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado

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 possuírem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral. (art. 88, §4º)

Ademais, importa destacar que o registro de inscrito que deixar de satisfazer exigências determinadas poderá, a qualquer tempo, ser alterado, suspenso ou cancelado (art. 88, §5º).

Por fim, refere-se que, nos termos do art. 88, §6º, o interessado que requerer o cadastro poderá participar de processo licitatório até a decisão da administração, ficando a celebração do contrato condicionada à emissão do certificado previsto no §2º.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 24 nov. 2022.

_____. *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 24 nov. 2022.

_____. *Lei 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 jun. 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 24 nov. 2022.

_____. *Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1 abr. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 24 nov. 2022.

_____. *Portal Nacional de Contratações Públicas, 2021*. Disponível em: <https://www.gov.br/pncp/pt-br>. Acesso em: 1º dez. 2022.

_____. *Tribunal de Contas da União*. Súmula 177. Data da Sessão: 26/10/1982. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/sumula/*/NUMERO%253A177/sinonimos%253Dtrue. Acesso em: 1º dez. 2022.

FERNANDES, Ana Luiza Jacoby; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; FERNANDES, Murilo Jacoby. *Contratação direta sem licitação na nova lei de licitações: Lei 14.133/2021*. 11. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes et al. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (e-book)*. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Nova lei de licitações: comparada*. São Paulo: Reuters, 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. *Resolução 1050/2015*. Dispõe sobre o envio e a disponibilização, por meio do Sistema de Licitações e Contratos – Licita Con, de dados, informações e documentos relativos a licitações e contratos administrativos dos poderes, órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://atosoficiais.com.br/tcers/resolucao-n-1050-2015>. Acesso em: 24 nov. 2022.

_____. Tribunal de Contas do Estado. *Licita Con Cidadão*, 2015. Disponível em: <<https://portal.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50500:1>>. Acesso em: 24 nov. 2022.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.



Sede

SGAN 601 – Módulo N
 CEP: 70830-010
 Asa Norte – Brasília/DF
 Tel/Fax: (61) 2101-6000

Escritório Regional

Rua Marcílio Dias, 574
 Bairro Menino Deus
 CEP: 90130-000 – Porto Alegre/RS
 Tel/Fax: (51) 3232-3330

 /PortalCNM

 @portalcnm

 /TVPortalCNM

 /PortalCNM

 /portalcnm



www. **CNM**org.br

