



By @kakashi_copiador

INTRODUÇÃO

Olá, amigos (as)!

Vamos em frente ao nosso estudo da nova lei de licitações.

Na aula anterior, estudamos as 5 modalidades licitatórias, os 5 procedimentos auxiliares e os novos critérios de julgamento, entre outros temas.

Agora chegou o momento de conhecermos as **fases da licitação** de acordo com a Lei 14.133/2021, as hipóteses de **contratação direta** e, por fim, as chamadas “**disposições setoriais**”.

De olho no futuro contracheque =)

Avante!

P.S. Esta versão da aula já se encontra de acordo com a **MP 1.166/2023**, que criou nova hipótese de dispensa de licitação.

FASES DA LICITAÇÃO

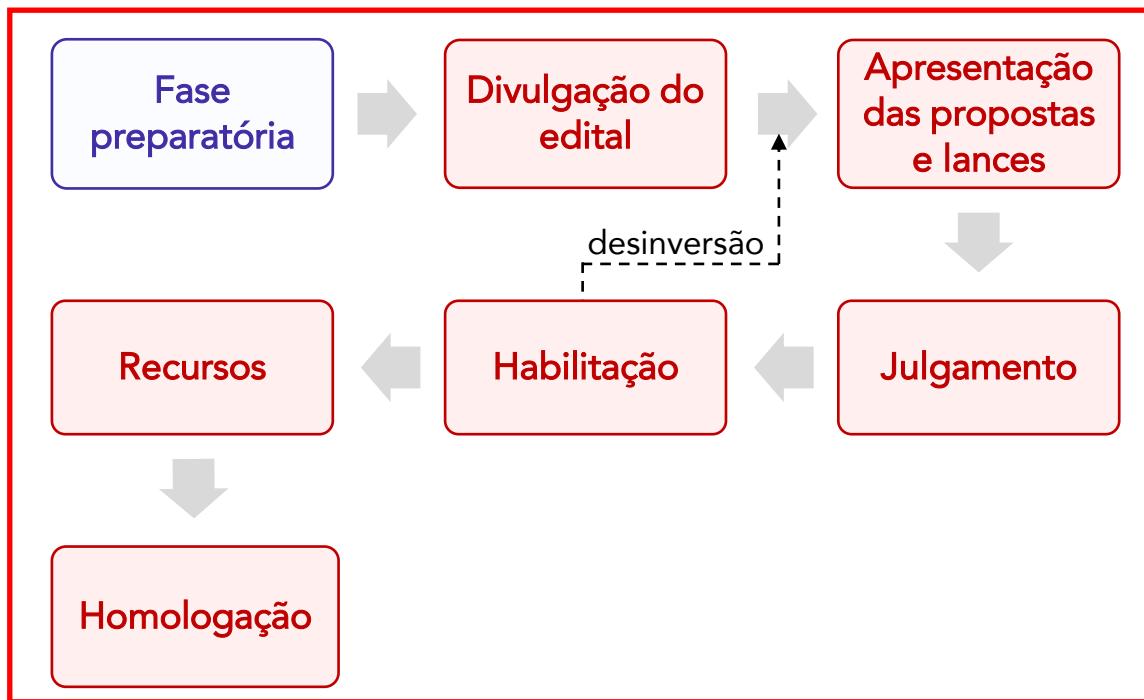
A licitação é um processo administrativo e, como tal, deverá seguir um **rito** previsto na legislação. Assim sendo, estudaremos a seguir as etapas (ou fases) que integram o procedimento licitatório.

Iremos tomar por base o “**rito procedural comum**”, utilizado nas modalidades **concorrência** e **pregão** (art. 29, *caput*), já que o rito das demais modalidades apresenta peculiaridades, como no caso do diálogo competitivo.

Reparam que, antes de o edital de uma licitação ser publicado, a licitação já está sendo **executada internamente** na Administração. Ou seja, até a divulgação do edital da licitação, ela pode não ser de conhecimento público, mas já é executada no interior da máquina pública, no bojo da chamada **fase preparatória** da licitação.

Com a NLL, ficou ainda mais bem definida a distinção entre **fase preparatória** da licitação (ou seja, antes da publicação do edital) e sua “**fase externa**” (que é inaugurada com a publicação do edital), quando a licitação se torna pública.

Antes de analisarmos cada uma das etapas do procedimento licitatório, vale a pena destacar a ordem geral em que acontecem¹, a partir da previsão do art. 17 da NLL:



¹ De modo similar ao rito constante do Regime Diferenciado de Contratações da Lei 12.462/2011 (RDC).



Desde logo adianto que:

- 1) Na nova lei, **consolidou-se a inversão de fases como regra geral**. Portanto, em regra, a etapa de **habilitação** passou a ocorrer em momento **posterior** à etapa de propostas/lances e ao seu julgamento. Comparando com o rito da Lei 8.666, isto consistiria em uma “inversão de etapas” (como já ocorria no pregão).
- 2) Apesar disto, em caráter excepcional, é possível que o edital da licitação preveja a realização antecipada da habilitação, situação na qual a habilitação ocorrerá antes da apresentação de propostas e lances (art. 17, §1º). Esta “desinversão” depende de ato motivado.
- 3) As licitações ocorrerão, em regra, na **forma eletrônica** (art. 17, §2º)². A adoção da forma presencial deve ser motivada e, ainda, resultar no registro em ata e em gravação da sessão, sendo que a gravação será juntada aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento (art. 17, §5º).
- 4) As licitações passam a ter uma **fase recursal única** (art. 165, §1º, II), de modo similar ao que já ocorria no pregão.

Dito isto, vamos detalhar cada uma das etapas.

Fase preparatória

Seguindo um dos novos princípios expressos das licitações, a **fase preparatória** do processo licitatório – caracterizada por intenso **planejamento** – ganhou detalhados contornos na nova lei. Em síntese, nesta fase estarão presentes os seguintes momentos:

² A exceção fica por conta dos municípios com até 20.000 habitantes, que terão 6 anos para se adequar à forma eletrônica das licitações (art. 176, II).



Primeiramente, vale destacar que o planejamento de cada contratação deve se compatibilizar com o **plano de contratações anual** (caso tenha sido elaborado) e com os orçamentos aprovados (art. 18, *caput*).

Assim, para viabilizar o planejamento da licitação, a equipe envolvida na contratação irá elaborar um **ETP (Estudo Técnico Preliminar)**³, o qual constitui a primeira etapa do planejamento da contratação e irá servir de insumo para as atividades de definição e especificação do objeto a ser contratado.

Em síntese, o ETP inicia-se com a **descrição das necessidades** da contratação, considerando o problema a ser resolvido. A partir daí, são elaborados os **requisitos** da contratação, estimadas as **quantidades necessárias** e é feito um **levantamento de mercado**, buscando identificar as soluções existentes no mercado que poderiam solucionar o problema descrito. De posse de tudo isso, a Administração irá **escolher a solução** a ser licitada, dentre aquelas que atendem sua necessidade.

Exemplo: imagine que determinado órgão necessite contratar transporte para seus servidores realizarem fiscalizações (problema a ser resolvido). O órgão irá fazer um levantamento e identificar alternativas para atender a esta necessidade, como (i) a compra de novos veículos e contratação de motoristas terceirizados, (ii) a locação de veículos com contratação de motoristas e (iii) a contratação de serviços de transporte por aplicativo, sem ter que alugar ou adquirir novos veículos.

³ O estudo técnico preliminar consiste no 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 (art. 6º, XX).

A partir destas 3 soluções, a Administração iria avaliar qual delas melhor atende suas necessidades, a qual será objeto de futura licitação.

A partir do ETP, é elaborado o **edital da licitação**, o projeto básico/termo de referência⁴, a minuta do futuro contrato, bem como será selecionada a **modalidade da licitação** e demais parâmetros da licitação (critério de julgamento, modo de disputa etc). Vejam a importância da fase preparatória para o sucesso da licitação!

É, também dentro desta fase, que a Administração irá elaborar o **orçamento** estimado da licitação (art. 18, IV) e decidirá se será **sigiloso** ou não (art. 18, XI), fazendo uso da faculdade prevista no art. 24 da NLL. Friso, contudo, que o orçamento sigiloso depende de ato justificando esta opção.

Uma das novidades da NLL consiste na implementação de medidas de **gerenciamento de riscos**. Nesse sentido, é na fase preparatória que deve ser realizada a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual (art. 18, X), de modo a indicar providências que a Administração deveria adotar para reduzir a exposição a tais riscos.

Ao final da fase preparatória, o processo é encaminhado ao departamento jurídico, para controle da legalidade dos documentos que o compõem (art. 53).

Muito bem! Feita esta breve contextualização sobre as etapas da fase preparatória, adiante iremos nos debruçar sobre pontos específicos.

➤ Elaboração do edital

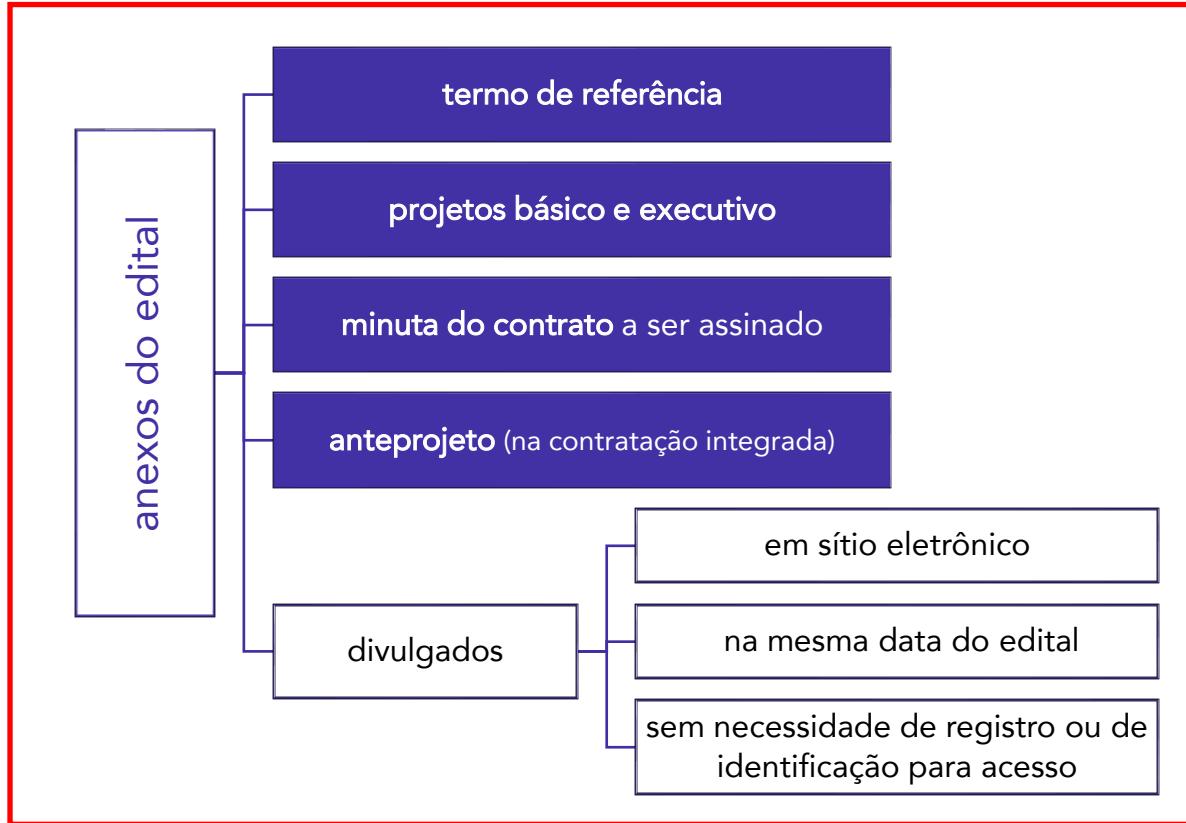
Diferentemente da Lei 8.666, a NLL não detalhada expressamente o conteúdo mínimo do edital, mencionando genericamente que o edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento (art. 25, *caput*).

Além disso, para facilitar a elaboração do edital, em atenção ao princípio da eficiência, sempre que possível, a Administração adotará **minutas padronizadas** de edital e de contrato com **cláusulas uniformes** (art. 25, § 1º).

- - - -

⁴ Documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter parâmetros e elementos descriptivos da licitação, como a definição do objeto, quantitativos, o prazo do contrato, requisitos da contratação etc (NLL, art. 6º, XXIII).

Todos os elementos do edital, incluídos seus anexos (minuta de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros documentos), deverão ser **divulgados em sítio eletrônico oficial, na mesma data** de divulgação do edital, **sem necessidade de identificação** para acesso (art. 25, § 3º):



Ao final da fase preparatória, em regra, a minuta do edital da licitação deverá ser examinada e aprovada pelo departamento jurídico, a fim de que seja realizado o controle preventivo quanto à legalidade do procedimento licitatório (art. 53).

Tal avaliação ocorre ao final da **fase preparatória da licitação** e, frise-se, anteriormente à divulgação do edital. Se houver alguma necessidade de alteração proposta pelo departamento jurídico, a minuta de edital deverá ser enviada de volta ao departamento de licitações, para que sejam efetuadas.

É importante que todos estes elementos do edital sejam avaliados sob o enfoque jurídico, até porque, uma vez publicados, a Administração se vincula ao seu cumprimento (princ. da vinculação ao edital).

Apesar de o “crivo” jurídico ser a regra geral, o legislador previu, em atenção aos princípios expressos da celeridade e da eficiência, casos em que a análise jurídica é dispensável, que deverão ser reguladas por ato da autoridade jurídica máxima competente (art. 53, § 5º).



Aproveito para frisar uma novidade da NLL que busca **valorizar a orientação constante do parecer jurídico**, especificamente do documento proveniente parecerista que pertence aos quadros permanentes da Administração (art. 10).

Se, futuramente, o agente público que atuou na licitação estiver sendo investigado ou acusado de praticar alguma irregularidade e, assim, precisar se defender judicial ou administrativamente, **caso ele tenha seguido a orientação constante do parecer jurídico**, em regra os **advogados públicos poderão promovam sua defesa**, ou seja, sem ônus para o servidor investigado.

- - - - -

Bem, seguindo adiante, além do controle jurídico sobre as minutas de editais, veremos mais adiante o controle social sobre o teor dos editais publicados, exercido por qualquer pessoa mediante impugnação.



Tratando-se de contratações de grande vulto (valor estimado superior a cerca de R\$ 228 milhões), fredo que o edital deverá prever:

1) a obrigatoriedade de implantação de **programa de integridade** pelo licitante vencedor⁵, no prazo de **6 meses**, contado da celebração do contrato (art. 25, §4º).

2) ainda a respeito das contratações de grande vulto, sendo relativas a obras ou serviços, o edital obrigatoriamente contemplará **matriz de alocação de riscos**⁶ entre o contratante e o contratado (art. 22, §3º), de modo a indicar quais riscos são assumidos pelo setor público, quais são da empresa contratada e, ainda, aqueles que seriam compartilhados (art. 103).

⁵ Em síntese, os programas de integridade representam trabalhos preventivos de prevenção a atos de corrupção que as empresas, neste caso, deverão criar internamente.

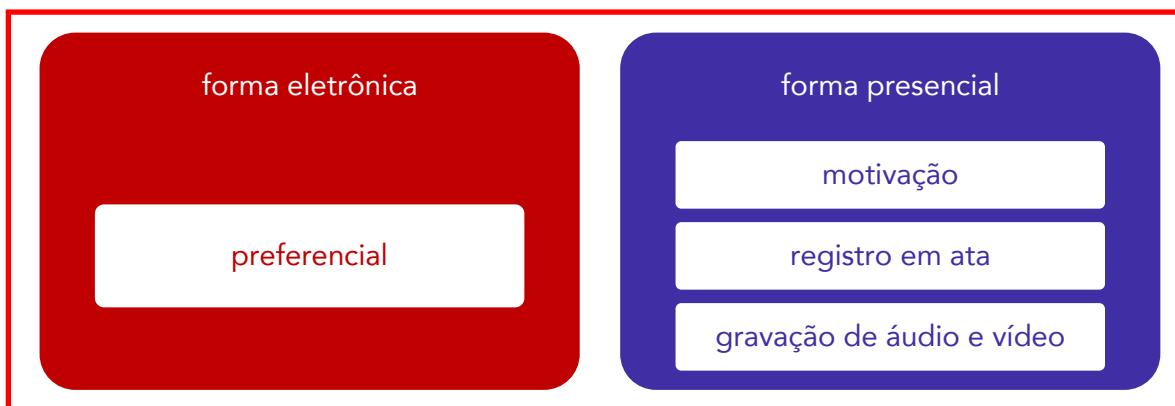
⁶ Para licitações de menor vulto, a matriz de alocação de riscos é facultativa (art. 22) e permite que o cálculo do valor estimado da contratação considere taxa de risco compatível com o objeto da licitação.

➤ Forma eletrônica ou presencial

Conforme havíamos adiantado anteriormente, dentro da etapa de planejamento da contratação, será definido, também, se a licitação será realizada sob a forma **eletrônica** ou **presencial**. Nesse sentido, a Lei prevê, de modo geral, a **forma eletrônica** para as licitações⁷:

Art. 17, § 2º As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo.

Isto significa que as **licitações presenciais se tornaram exceção**, somente podendo ocorrer mediante justificativa e desde que a sessão registrada em ata e gravada:



Agente de contratação

Como já comentado anteriormente, **a condução do procedimento licitatório é realizada, em regra, por um agente de contratação** (art. 8º, caput). Tratando-se especificamente da contratação de **bens ou serviços especiais**, é facultada a substituição do agente de contratação por uma comissão de contratação (art. 8º, §2º). Por outro lado, sendo o caso do pregão, este agente será chamado de “pregoeiro” (art. 8º, § 5º).

Juntamente com a equipe de apoio, **o agente é responsável, principalmente, por receber as propostas e demais documentos apresentados pelos licitantes, analisá-los à luz do que dispõe o edital da licitação e, assim, emitir a ordem de classificação das empresas que participaram do certame.**

⁷ A exceção fica por conta dos municípios com até 20.000 habitantes, que terão 6 anos para se adequar à forma eletrônica das licitações (art. 176, II).

Publicidade do edital

Uma vez concluída a elaboração do edital, etapa em que houve a manifestação do departamento jurídico do ente promotor da licitação, inaugura-se **a fase externa da licitação, iniciada pela divulgação do edital no Portal Nacional de Contratações PÚBLICAS.**

Por este motivo a lei prevê que encerrada a instrução do processo sob os aspectos técnico e jurídico, a autoridade determinará a divulgação do edital de licitação no Portal (art. 53, § 3º).

A partir desta divulgação, as empresas interessadas poderão tomar conhecimento do certame e, assim, terem condições de oferecer propostas.



Com a derrubada do voto ao art. 54, §1º, voltou a ser obrigatória a **publicação de extrato do edital no Diário Oficial** e em **jornal diário de grande circulação**.

Reparem, portanto, que antes da Lei 14.133, a **publicidade do edital de licitação** se dava apenas nestes dois veículos, sendo que agora se dará de 3 formas:

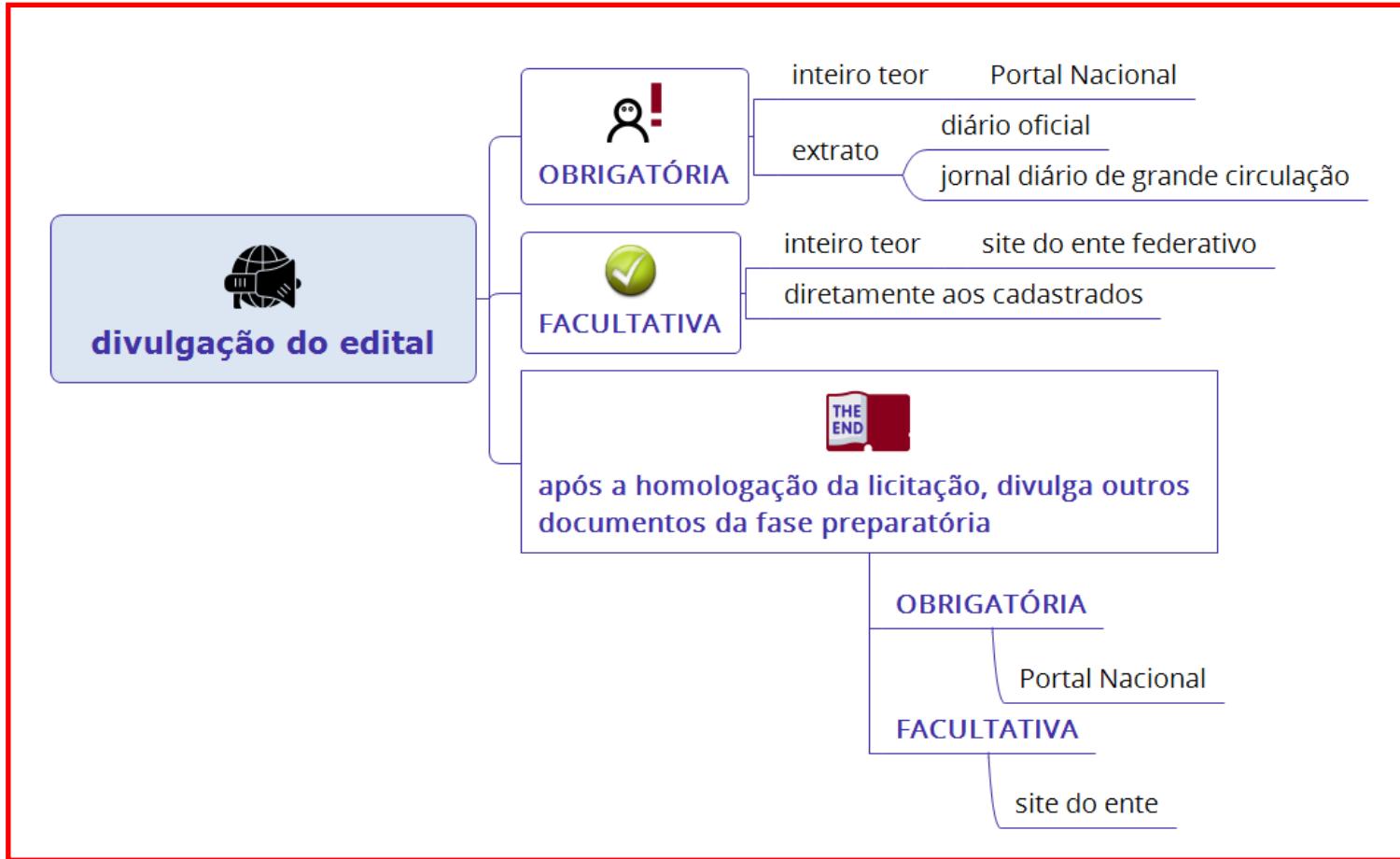
- a) **Portal Nacional de Contratações PÚBLICAS (PNCP)**: seu inteiro teor
- b) **diário oficial**: seu extrato
- c) **jornal diário de grande circulação**: seu extrato



Além da divulgação mencionada acima, de caráter obrigatório, é **facultada a divulgação adicional** do inteiro teor do edital (i) em sítio eletrônico oficial do ente federativo do órgão responsável pela licitação⁸ e (ii) diretamente aos interessados cadastrados (art. 54, §2º).

⁸ No caso de consórcio público, a publicação seria no site eletrônico do ente federativo de maior nível entre eles (art. 54, §2º).

Por fim, após a homologação do processo licitatório, serão **disponibilizados** no Portal Nacional os documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos (poderíamos incluir aqui, por exemplo, a divulgação do estudo técnico preliminar da contratação e do orçamento estimado, quando sigiloso) – art. 54, § 3º. E, facultativamente, estes documentos também poderão ser disponibilizados no sítio eletrônico oficial do ente federativo do órgão responsável pela licitação:



➤ Antecedência mínima

Para que uma empresa interessada em participar da licitação consiga examinar todo o conteúdo do edital e formular sua proposta, é necessário que tenham tempo hábil para isto.

Ao contrário, se houvesse tempo muito exíguo para a formulação de propostas, as empresas que, de algum modo, já detivessem conhecimento sobre a licitação seriam privilegiadas sobre as demais que até então a desconheciam, em prejuízo do princípio da igualdade.

Assim, o legislador estabeleceu prazos de antecedência mínima. Estes prazos são computados entre a data da divulgação do edital e a data de apresentação das propostas/lances.

São prazos mínimos, nada impedindo que prazos superiores sejam estabelecidos. Dito isto, vamos estudar estes prazos com o auxílio de uma tabela, que compila as regras do art. 55 da NLL:



Objeto	Critérios/regimes	Prazo mínimo
Aquisição de bens	menor preço ou maior desconto	8 dias úteis
	demais casos	15 dias úteis
Serviços e obras	menor preço ou maior desconto p/ objetos comuns	10 dias úteis
	menor preço ou maior desconto p/ objetos especiais	25 dias úteis
	contratação integrada	60 dias úteis
	Semi-integrada e demais casos	35 dias úteis
Alienações	Maior lance	15 dias úteis
Quaisquer licitações em que se adotem os critérios de:	- técnica e preço - melhor técnica ou conteúdo artístico	35 dias úteis

Reparam que os prazos são computados em **dias úteis** – e não mais em dias corridos como ocorria anteriormente para modalidades da Lei 8.666.

Aqui há uma especificidade para **contratos da área de saúde**: os prazos poderão, mediante decisão fundamentada, ser **reduzidos até a metade** nas licitações realizadas pelo Ministério da Saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) – art. 55, §2º.

Além disso, é importante frisar que, assim como ocorria sob a égide da Lei 8.666, eventuais **modificações no edital** exigem divulgação pela mesma forma que se deu o texto original e o

cumprimento dos mesmos prazos, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas (art. 55, §1º).

Assim sendo, havendo modificação, o edital será republicado e os prazos estudados acima serão contados novamente, como regra geral. A exceção a esta última regra diz respeito àquelas alterações que não afetam a formulação de propostas pelos licitantes.

➤ Impugnação ao edital e representação aos órgãos de controle

Como forma de possibilitar o controle social, a NLL **faculta a qualquer pessoa⁹** apresentar uma **impugnação ao edital de licitação**, caso seja detectada alguma irregularidade. Para isto, o cidadão deverá protocolar seu pedido de impugnação **até 3 dias úteis** antes da data de abertura do certame, devendo a Administração julgar e responder o pedido em **até 3 dias úteis**, limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame (art. 164).

Além do controle social exercido por qualquer cidadão ou licitante, mediante impugnação, é possível que os **órgãos de controle** atuem fiscalização das licitações e contratos, tema que será comentado oportunamente nesta aula.

Apresentação das propostas

Uma vez cumpridos os prazos de antecedência mínimos exigidos por lei, comentados anteriormente, os licitantes deverão apresentar suas propostas e lances.

Aqui ganham importância os (i) modos de disputa e (ii) a garantia de proposta, detalhados a seguir.

Modos de disputa

O edital da licitação irá definir o modo de disputa: (i) **aberto**, (ii) **fechado** e (iii) **misto aberto/fechado** - art. 56.

No modo de disputa **aberto**, isolado, os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos (crescentes ou decrescentes). Ou seja, neste modo, característico de um pregão, um licitante consegue visualizar o lance oferecido pelo outro.

Já no modo de disputa **fechado**, isolado, as propostas **permanecem em sigilo** até o momento designado para sua divulgação.

⁹ A Lei 8.666 atribuía tal faculdade a qualquer “cidadão”.

Já no modo de disputa “combinado”, teremos uma conjunção dos dois modos mencionados acima, de sorte que a disputa é marcada por dois momentos distintos, a exemplo do modo de disputa “aberto e fechado”¹⁰.

Vale destacar que é **vedada** a utilização **isolada** do modo de **disputa fechado** quando adotados os critérios de julgamento de **menor preço** ou de **maior desconto** (art. 56, §1º). Isto porque, nestes critérios, a competição é baseada em cada licitante dar lances baseados no comportamento dos demais participantes do certame. Então, não fossem públicos, a competição seria reduzida, pois haveria menor apelo à disputa entre os licitantes.

Por outro lado, utilização da **disputa aberta** é vedada quando adotado o critério de julgamento de **técnica e preço** (art. 56, § 2º).



¹⁰ À semelhança do que consta do Decreto federal 10.024/2019, art. 31

Vale comentar também o conceito de "lances intermediários". Trata-se de mecanismo que busca evitar fraudes e combinações ardilosas entre licitantes, por meio do qual autoriza-se que um licitante dê **novo lance**, que ao mesmo tempo é melhor que seu próprio lance anterior, mas pior que o melhor lance geral do certame. Ou seja, com o lance intermediário o licitante poderão melhorar sua colocação na disputa, mas continuará não sendo o melhor colocado.

Nesse sentido, consideram-se intermediários os lances (art. 56, § 3º):

I - iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o critério de julgamento de maior lance;

II - iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento.

Além disso, a lei prevê que, na disputa aberta, após a definição da melhor proposta, se a diferença entre a melhor proposta e o segundo colocado for de pelo menos 5%, a Administração poderá admitir o **reinício da disputa**, nos termos estabelecidos no edital, para a definição das demais colocações (art. 56, § 4º). Ou seja, neste caso, ela poderá abrir disputa para os demais colocados, a fim de definir todas as colocações do certame licitatório.

Por fim, para estimular a redução de preços e, ainda, evitar a utilização de "robôs" nas licitações, o edital poderá estabelecer **intervalo mínimo** de diferença de valores entre os lances (art. 57).

Garantia de proposta

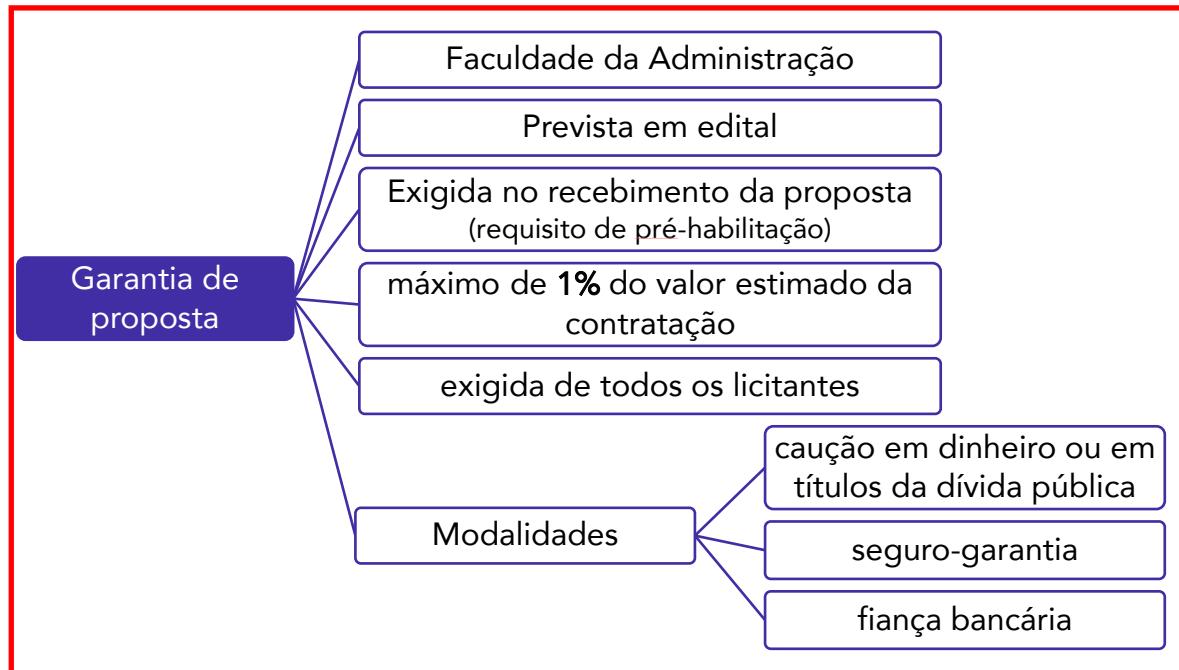
Assim como já ocorria sob o regramento da Lei 8.666, poderá ser exigida, no momento da apresentação da proposta, a comprovação do recolhimento de quantia a título de **garantia de proposta**, como **requisito de pré-habilitação** (Art. 58).

Quando exigida, esta garantia de proposta será imposta a **todos os licitantes** e não poderá ser superior a **1%** do valor estimado para a contratação.

Esta garantia será devolvida aos licitantes no prazo de 10 dias úteis, contado da assinatura do contrato ou da data em que for declarada fracassada a licitação. No entanto, se o licitante vencedor se recusar a assinar o contrato ou a não apresentar os documentos para a contratação, a garantia de proposta será integralmente executada (art. 58, § 3º; art. 90, §5º).

A garantia poderá ser prestada na forma de (i) **caução** em dinheiro ou em títulos da dívida pública, (ii) **seguro-garantia** ou (iii) **fiança bancária** emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.

Por fim, reparem que aqui não estamos falando da **garantia de execução do contrato**, prevista no art. 96, que poderá ser exigida não de todos os licitantes, mas apenas daquele que for convocado para celebrar o contrato.



Planilha de custos e formação de preços

Para enviar suas propostas de preços, os licitantes em muitos casos irão elaborar planilhas, contendo detalhes sobre os valores de suas propostas, como a quantidade de funcionários, o valor do salário e demais encargos de cada um, o custo dos produtos e de todos os insumos utilizados na prestação do serviço/obra/fornecimento. Assim, podemos dizer que a planilha de custos e formação de preços nada mais é que um **instrumento de precificação**.

É a partir desta planilha que, futuramente, a Administração calcula o valor do reajuste ou da repactuação em favor da empresa contratada.

Julgamento das propostas

É justamente nesta etapa que serão aplicados os **critérios de julgamento** estudados anteriormente (menor preço, maior lance, melhor técnica etc) para se definir a empresa com a melhor proposta/lance.

Aqui observaremos, com grande força, a incidência do princípio expresso do **julgamento objetivo**, o qual preceitua que as propostas devem ser classificadas e julgadas seguindo fielmente as regras constantes do edital de licitação.

Reparam que, nesta etapa de julgamento das propostas, o agente de contratação **não** busca avaliar as qualidades e características das **empresas** licitantes. Aqui o momento é de verificar se a **proposta** apresentada atende às exigências do edital e classificá-las de acordo com o tipo de licitação previsto em edital (menor preço, melhor técnica, técnica e preço etc), buscando determinar quem foi o vencedor da licitação.

A etapa de julgamento pode ser dividida em duas subfases¹¹:

Na primeira delas, as propostas serão classificadas, **postas em ordem** (primeiro lugar, segundo lugar, terceiro lugar), conforme os critérios de avaliação constantes do edital.

Na segunda subfase, a administração verifica a **conformidade da proposta que estiver em primeiro lugar com os requisitos do edital**, tais como as especificações técnicas e a compatibilidade com os preços correntes no mercado. As propostas desconformes ou incompatíveis serão desclassificadas (eliminadas).

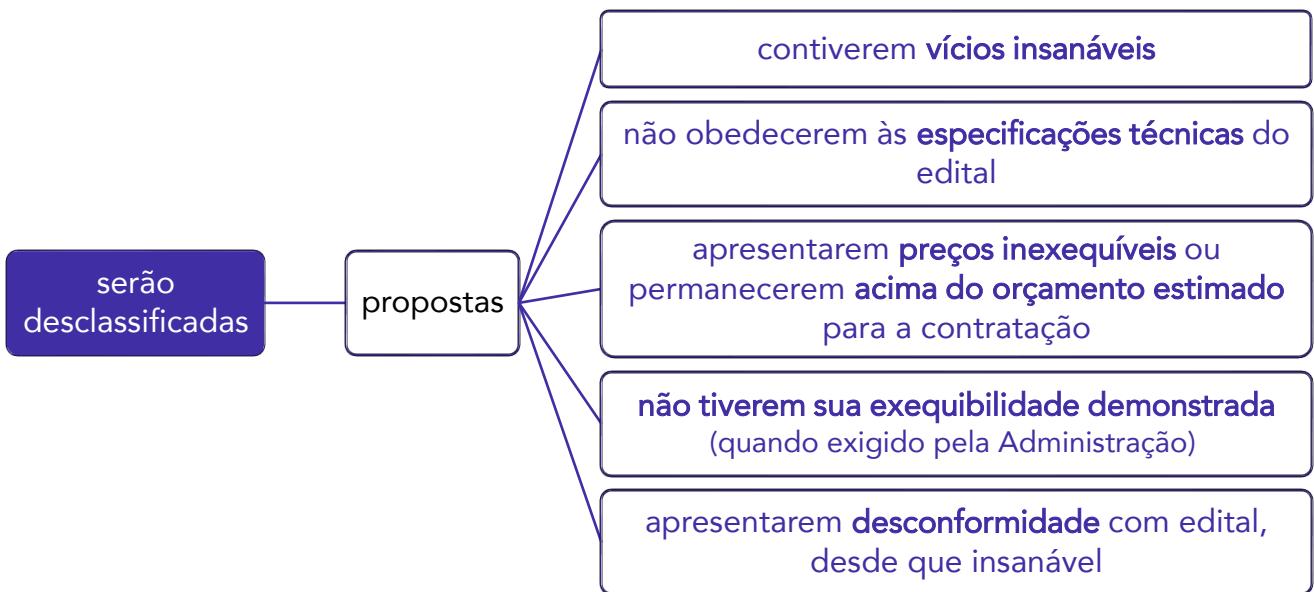
Reparam que, caso uma proposta não obedeça às exigências constantes do edital licitatório, a **proposta será desclassificada**.

Exemplo: imagine a realização de licitação para aquisição de monitores de vídeo com 30 polegadas.

Se a licitante com a melhor proposta inserir em sua proposta que ofertará monitores de 25 polegadas, é fácil concluir que sua proposta deixou de atender a uma importante exigência do edital e, portanto, será desclassificada.

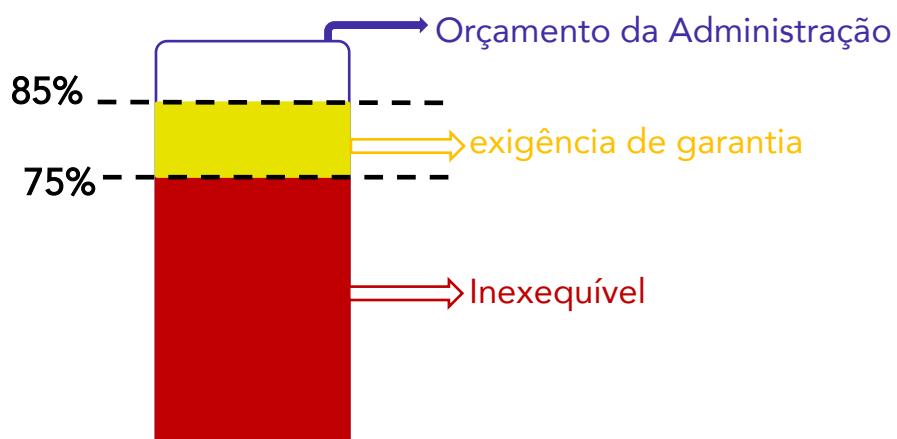
Portanto, após aplicar o critério de julgamento e, assim, definir a proposta mais bem classificada (1º lugar), o agente de contratação irá desclassificar propostas que (art. 59, caput e §1º):

¹¹ Adaptando-se as lições de ALEXANDRINO, Marcelo. Vicente Paulo. Direito Administrativo Descomplicado. 25ª ed. p. 723



Em relação à **inexequibilidade** das propostas, vale destacar que:

- a) a desclassificação em regra não será automática, mas será determinada caso a empresa não consiga demonstrar a exequibilidade de sua proposta;
- b) no caso de obras e serviços de engenharia, em princípio serão consideradas **inexequíveis** as propostas com valores inferiores a **75%** do valor orçado pela Administração (art. 59, §4º);
- c) ainda sobre as obras e serviços de engenharia, se a proposta vencedora for inferior a **85%** do valor orçado pela Administração, será exigida **garantia adicional** do vencedor, cujo valor será equivalente à diferença entre o valor do orçamento da Administração e o valor da proposta (art. 59, §5º). Ou seja, neste patamar (até 85% do valor orçado), não se considerou a proposta inexequível (pois a ficou acima de 75%), mas o baixo valor da proposta levou o legislador a estabelecer uma garantia adicional, para minimizar o risco da contratação.

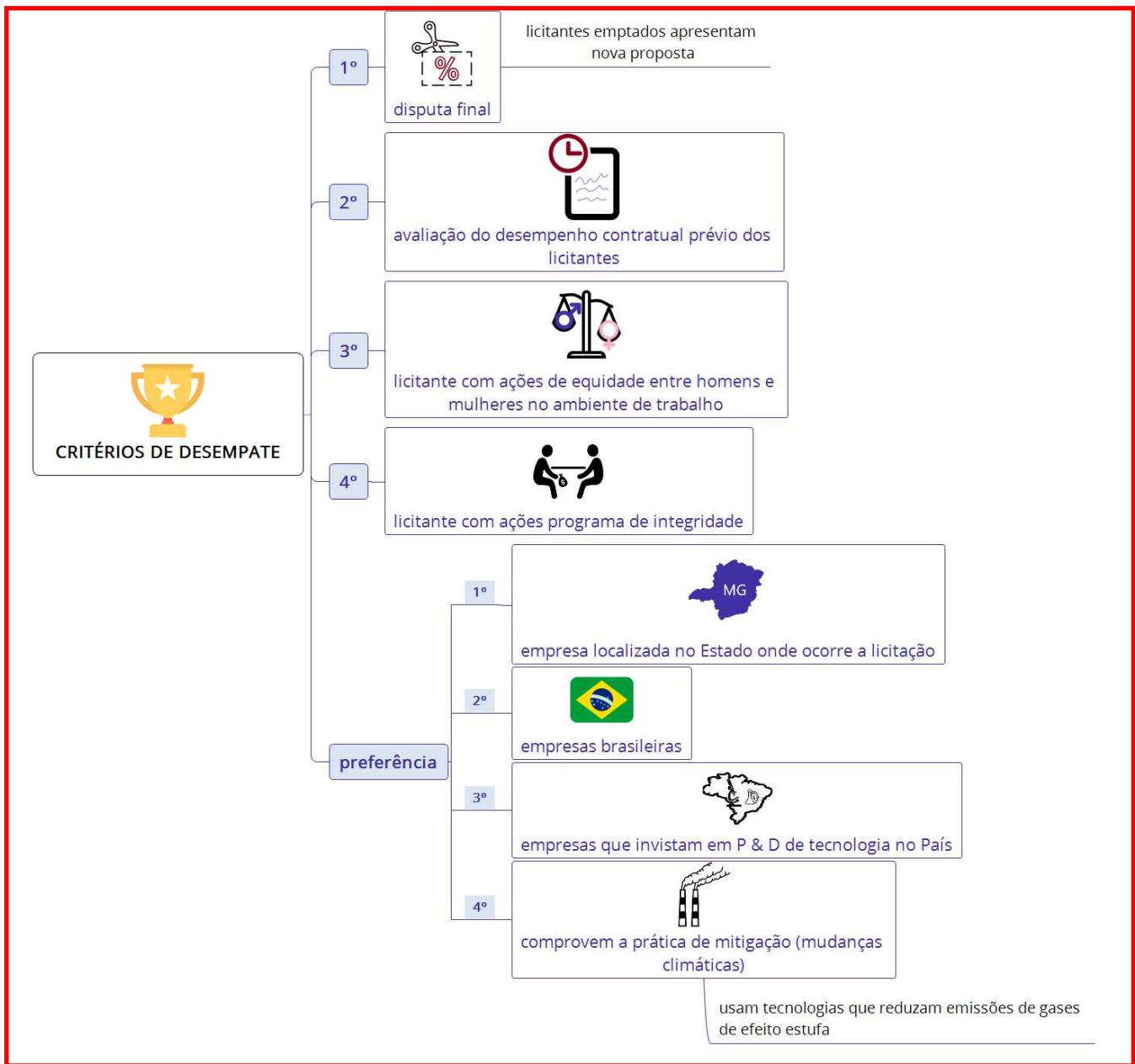


Para os demais casos (compras e demais serviços), a lei não chega a definir um critério objetivo.

Além disso, convém destacar que, na fase de julgamento, para se avaliar a conformidade da proposta do licitante mais bem classificado, é possível realizar teste em amostras dos produtos ofertados, prova de conceito, entre outros testes, de modo a comprovar sua aderência às especificações definidas no termo de referência ou no projeto básico (art. 17, §3º). Isto tudo será possível desde que previsto no edital.

Empate na licitação

Se, após realizado o julgamento das propostas oferecidas pelos licitantes, o agente de contratação se deparar com empate, a solução é dada pelo art. 60, que prevê os seguintes **critérios de desempate e de preferência**:



Reparam que, neste ponto, várias foram as alterações em relação à Lei 8.666, iniciando pela distinção entre critérios de desempate (4 primeiros do diagrama acima) e de preferência (4 últimos).

A partir da NLL, o **principal critério** de desempate consiste no oferecimento de nova proposta pelos licitantes empatrados, por meio da qual eles poderão realizar uma **disputa final**, onde poderia, por exemplo, reduzir ainda mais o valor ofertado.

Seguindo a ordem prevista em lei, o **segundo critério**, também inovação da NLL, privilegia aquele licitante que já foi contratado anteriormente pela Administração e demonstrou **bom desempenho prévio**.

Na sequência, temos o estímulo a ações afirmativas das mulheres no mercado de trabalho e à adoção de programas de integridade (que visam a minimizar as chances de atos de corrupção).

Não tendo solucionado o empate, terá lugar a aplicação sucessiva dos “critérios de preferência”. Inicialmente, dois critérios que consideram a localização da empresa licitante: a unidade da federação em que ele se estabeleceu e, na sequência, se é brasileira ou não. Por fim, serão privilegiadas as empresas que investem em pesquisa e no desenvolvimento (P&D) de tecnologia no País e, ainda, comprovem a prática de mitigação¹², prevista na Lei sobre mudanças climáticas (Lei 12.187/ 2009).

Por fim, notem que não consta mais previsão para realização de sorteio, que existia na Lei 8.666/1993.

Margem de preferência prevista na NLL

Sabemos que as licitações não são utilizadas somente para obter as melhores propostas para contratar com o Estado. Os gastos do governo respondem por relevante fatia na economia brasileira, representando em uma das formas de estimular nossa economia. Portanto, uma das formas de estimular setores específicos da economia é **criando preferências na legislação**, de forma a privilegiar determinados setores nas aquisições públicas.

Trata-se, portanto, de mecanismo por meio do qual a Administração Pública irá preferir, em uma licitação, o setor a ser fomentado, em detrimento dos demais.

Na nossa atual legislação, há várias situações que ensejam preferência a determinados setores, como na NLL e na Lei Complementar 123/2006.

De toda forma, reparem que aqui estamos diante de uma situação excepcional, em que o legislador permitiu a criação de distinção entre particulares interessados em contratar com o Estado.

¹² As mitigações consistem em se implementarem mudanças tecnológicas que reduzam uso de recursos e emissões de gases para cada unidade produtora, bem como implementação de medidas que reduzam as emissões de gases de efeito estufa (Lei 12.187/2009, art. 2º, VII).

Segundo a NLL, consoante posterior regulamentação por parte do Poder Executivo, poderá haver preferência em duas situações:

Art. 26, I – bens manufaturados e serviços **nacionais**¹³ que atendam a **normas técnicas brasileiras**;

II – bens **reciclados, recicláveis ou biodegradáveis**, conforme regulamento.



Atenção para duas mudanças importantes:

1) A preferência para empresas que cumpriam a **reserva de cargos para pessoa com deficiência** (PcD) ou **reabilitado** da Previdência Social, que constava da Lei 8.666/1993, não existe mais! Sob a nova lei, tal circunstância passou a ser **critério de habilitação** (art. 63, IV).

2) O **limite máximo** para a margem de preferência, que era de 25% pela Lei 8.666, passou a ser de **20%** pela nova lei.

São situações em que o Estado admite pagar um pouco mais caro a empresas enquadradas nas duas situações acima descritas, tendo em vista o **desenvolvimento nacional sustentável**. Portanto, entre um produto estrangeiro e um nacional (que atenda a normas técnicas brasileiras), a Administração dará preferência aos brasileiros.

Mas há um limite! Admite-se pagar, no máximo, em regra **10%** a mais aos bens nesta situação (art. 26, §1º, II), sendo que, no caso de tecnologia brasileira, a margem pode ser ampliada para até **20%** (art. 26, §2º). Reparem que, sob as regras da Lei 8.666, o limite máximo era de 25%.

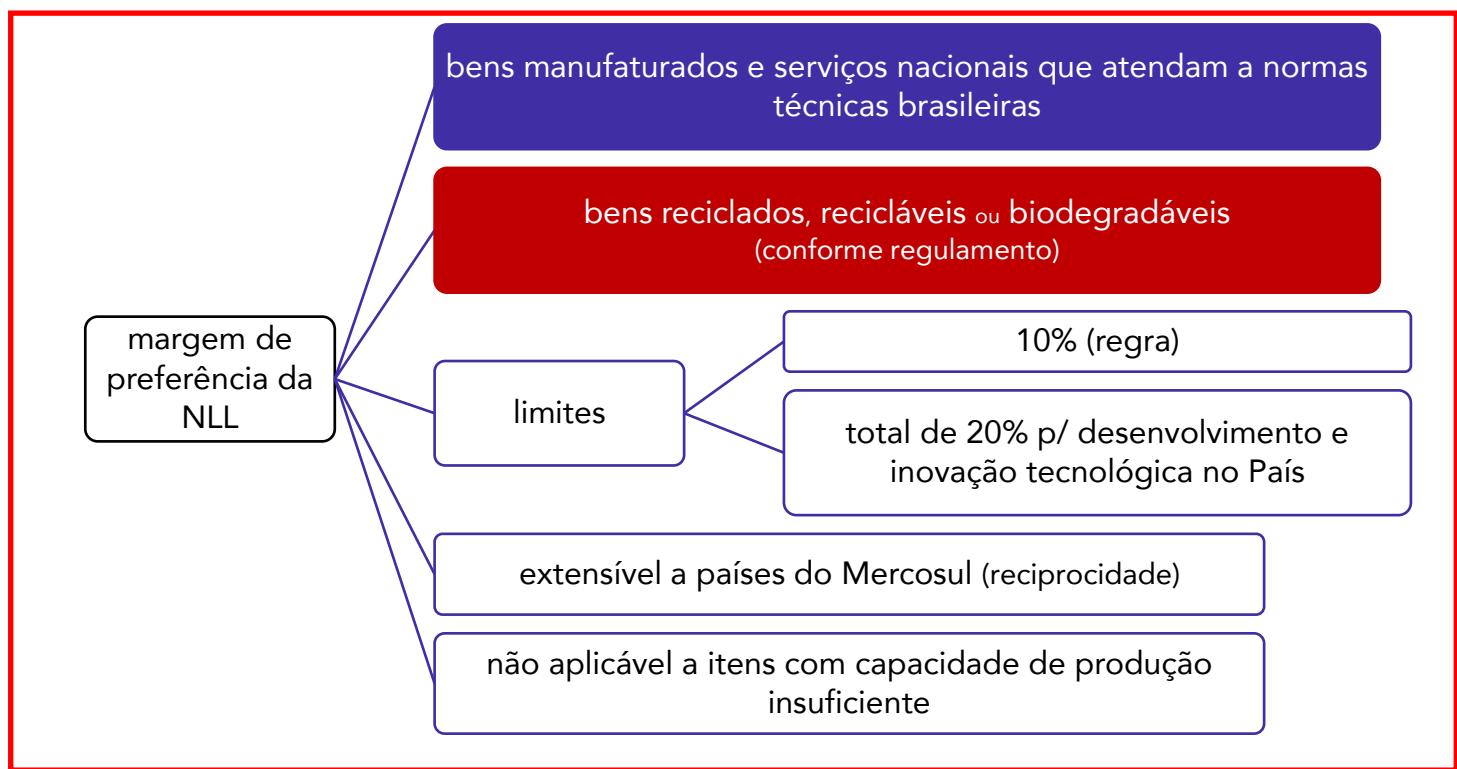
Além disso, tal preferência pode ser estendida até mesmo aos **países do Mercosul**, desde que haja reciprocidade (art. 26, §1º, III).

¹³ Segundo o art. 6º, serviço nacional é aquele prestado em território nacional, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal (inciso XXXVI) e produto manufaturado nacional é aquele produzido no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal (XXXVII).

De toda forma, a margem de preferência **não se aplica** aos bens manufaturados nacionais e aos serviços nacionais se a **capacidade de produção** desses bens ou de prestação desses serviços no País **inferior à demanda** (art. 26, §5º).

Tratando-se de licitações da área de **tecnologia da informação e comunicação** (TIC), o Poder Executivo federal, mediante ato normativo, poderá permitir **licitação restrita** a bens e serviços com **tecnologia desenvolvida no País** produzidos de acordo com o processo produtivo básico (PPB) de que trata a Lei da Informática (Lei 8.248/1991 alterada pela Lei 10.176/2001) – art. 26, §7º.

Por fim, como requisito de transparência, deverá ser **divulgada**, em sítio eletrônico oficial, **a cada exercício financeiro**, a **relação de empresas favorecidas** pela margem de preferência, com indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas (art. 27).



Adiante uma preferência constante da LC 123, que instituiu o estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, que continua aplicável às licitações da NLL (Lei 14.133, art. 60, §2º).

Preferência para micro e pequenas empresas

Aqui não houve alterações promovidas pela Lei 14.133, embora seja oportuna recapitularmos os principais aspectos desta preferência da LC 123/2006.

De forma geral, se, em uma licitação, uma “grande empresa” oferecer o mesmo preço que uma “pequena empresa”, para o mesmo bem ou serviço, haveria um empate. E, por força da LC 123/2006, a pequena empresa terá preferência para contratar com a Administração, de sorte que a pequena empresa seria contratada, em detrimento da grande.

Isso é resultado de um dos princípios constitucionais da nossa Ordem Econômica, qual seja:

CF, art. 170, inciso IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

No entanto, o legislador ampliou o conceito de empate, criando situações em que uma micro (ME) ou pequena empresa (EPP) apresenta proposta com valor superior ao da “grande empresa” e, ainda assim, seriam consideradas empates. Estes casos são chamados de empates fictícios e encontram-se assim previstos na LC 123/2006:

LC 123/2006, Art. 44 - Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

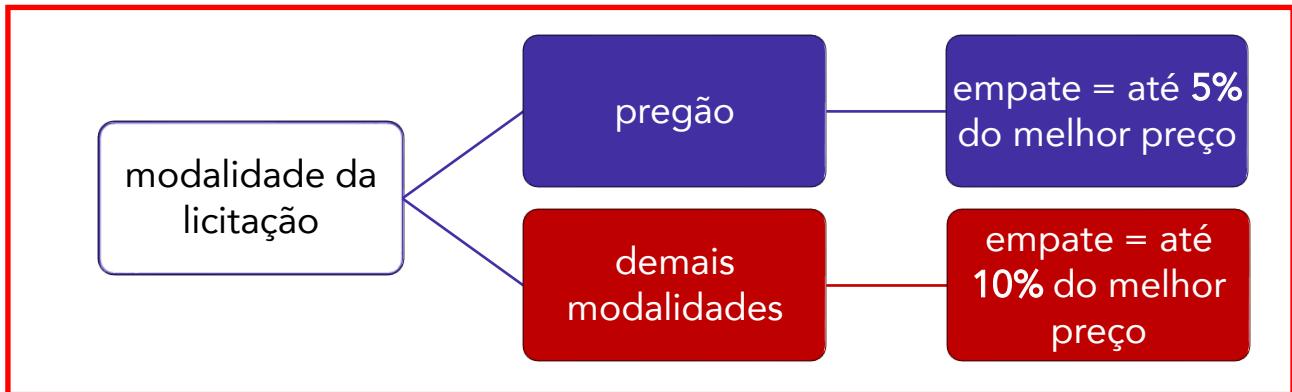
Pela análise do texto, fica clara a intenção de se estimularem as micro (ME) e pequenas empresas (EPP) nas contratações públicas, até mesmo por meio do empate fictício. Note que o conceito de empate foi estabelecido de duas maneiras distintas:

A) Para o caso de licitações públicas cuja modalidade não seja o pregão, todas as propostas superiores ou iguais a 10% da melhor classificada e que forem fornecidas por micro e pequenas empresas estão consideradas empatadas e, portanto, passíveis de aplicação do direito de preferência.

Neste caso, as ME e EPPs terão a oportunidade de apresentarem novas propostas/lances e, assim, apresentar um valor menor que a “grande empresa” ofertou.

B) Já para os casos do pregão, contudo, esse índice de empate entre os lances é até 5% superior ao melhor preço.

Em síntese:



Atenção! As vantagens das micro e pequenas empresas trazidas não tornam, por si só, as contratações mais caras. A vantagem dada a essas empresas é caracterizada pelo direito de serem as últimas a fornecerem as propostas **nos casos em que há empate**.

E a adjudicação do objeto para as ME e EPP acontecerá somente se for apresentada proposta de preço inferior ao da melhor classificada.

Caso o direito de preferência não seja exercido pela pequena ou microempresa melhor classificada, as demais que também tenham “empatado” com a melhor proposta deverão ser chamadas, na ordem de classificação, para fornecer sua proposta. E é claro, se a melhor proposta da licitação já for de uma micro ou pequena empresa, não haveria que se falar em exercício do direito de preferência.

Negociação de condições mais vantajosas

Ao final da etapa de julgamento, após definido o resultado da licitação, o agente de contratação (ou a comissão) ainda poderá **negociar condições mais vantajosas** com o primeiro colocado ou,

até mesmo, com os demais colocados, caso a proposta do primeiro fique acima do limite máximo (art. 61).

Habilitação da empresa vencedora

Uma vez obtida a proposta mais bem classificada, passa-se à etapa de habilitação.

Aproveito para frisar que, embora a regra geral seja a habilitação ocorrer **após a etapa de julgamento**, é possível que o órgão público decida (motivadamente) aplicar a habilitação antes do recebimento das propostas (seria a chamada “desinversão” de etapas).

Na etapa de habilitação o agente de contratação irá **examinar a documentação apresentada pela licitante que está em primeiro lugar**, verificando se as **características e qualidades** por eles demonstradas realmente atendem às exigências previstas no edital da licitação.

Consoante define a própria lei, a habilitação tem como finalidade verificar “o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação” (art. 62).

Exemplo 1: imagine que determinado órgão público deseje contratar o fornecimento de microcomputadores para uso de seus servidores e autoridades.

Para impedir que uma padaria (empresa que não teria condições técnicas de ofertar os produtos), por exemplo, participasse dessa licitação, o órgão poderia inserir requisitos de qualificação técnica no edital da licitação.

Dessa forma, poderia assegurar que apenas empresas daquele nicho de mercado participassem da licitação.

Exemplo 2: da mesma forma, para evitar a contratação de empresas com dívidas atrasadas com o poder público, poderiam ser inseridas exigências de regularidade fiscal.



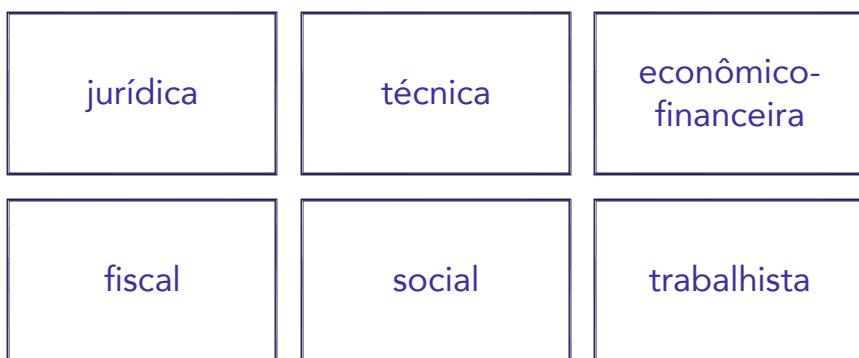
Como forma de conferir celeridade às licitações, a NLL prevê que (art. 63):

1) Poderá ser exigida, de todos os licitantes, uma simples **declaração de que atendem aos requisitos de habilitação**, sendo que aquele que expediu a declaração responderá pela veracidade das informações prestadas.

2) Do licitante vencedor, ao contrário, será exigida a **efetiva apresentação dos documentos de habilitação**, como regra geral.

3) No entanto, se o edital previr que a fase de **habilitação irá anteceder o julgamento**, aí sim os documentos serão exigidos de todos os licitantes.

Nesse sentido, a NLL prevê que a documentação de habilitação será dividida nos seguintes aspectos (art. 62):



Antes de detalhar cada um deles, vale destacar que a Administração não pode exigir documentos que não estejam previstos na Lei 14.133/2021, até porque podem tais documentos devem ser “necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação” (art. 62, *caput*).

A habilitação jurídica busca confirmar, apenas, se aquela pessoa que está participando da licitação está juridicamente apta a exercer direitos e contrair obrigações, de modo a garantir a legitimidade do contrato a ser celebrado. Assim, a NLL prevê que a documentação relativa à habilitação jurídica “limita-se à comprovação de existência jurídica da pessoa” (art. 66), a exemplo de cédula de identidade, ato constitutivo da empresa, estatuto ou contrato social, registro comercial da empresa e, “quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada”.

A habilitação fiscal, social e trabalhista dos licitantes se presta a verificar se o licitante se encontra regularmente inscrito nos cadastros dos fiscos brasileiros (receita federal, receita estadual e/ou municipal). Além disso, a empresa deve apresentar certidões que comprovem que ela não possui dívidas trabalhistas perante a Justiça do Trabalho, bem como de que cumpre as idades mínimas para o trabalho¹⁴ (art. 68).

¹⁴ Previstas na CF, art. 7º, XXXIII.



Em relação à **regularidade fiscal**, para não onerar antecipadamente o licitante, a NLL fez questão de frisar que a documentação somente será exigida em **momento posterior ao julgamento das propostas**, e apenas do licitante mais bem classificado (art. 63, III).

Ou seja, para que o licitante tenha tempo para regularizar o pagamento de seus tributos junto ao “fisco”, a comprovação da regularidade fiscal será condição para assinatura do contrato, isto é, em momento posterior ao julgamento das propostas.



Outra mudança importante! O cumprimento das exigências de **reserva de cargos para pessoa com deficiência** (PcD) e para **reabilitado** da Previdência Social – que era critério de preferência pela Lei 8.666 – passa a ser **requisito de habilitação** na nova lei de licitações (art. 63, IV).

A **qualificação técnica**, por sua vez, busca aferir se o licitante pertence àquele nicho de mercado, isto é, se já prestou aqueles serviços, se ele já executou aquele tipo de obras antes. Tal exigência minimizará o risco de se contratar alguém que não esteja tecnicamente apto a executar o objeto.

Uma das novidades da nova lei é que a qualificação técnica é desdobrada em (i) **técnico-profissional** e (ii) **técnico-operacional** – art. 67, caput.

No primeiro grupo, avalia-se se a empresa de fato possui, em seu quadro de funcionários, **profissionais qualificados para executar o objeto** licitado (art. 67, I). Já no segundo, avalia-se se a empresa já executou objeto semelhante ao licitado (art. 67, II).

De toda forma, a **lei autoriza a exigência do registro da empresa na entidade profissional competente** (por exemplo, registro no CREA ou no CRF). É também muito comum que se exija a apresentação de **atestados de capacidade técnico-profissional**, os quais consistem em documentos nos quais uma pessoa jurídica, seja pública ou privada, ateste que aquela empresa, em momento anterior, já desempenhou atividade pertinente e compatível com aquelas licitadas.

Tais atestados, consoante já indicava a jurisprudência do TCU, limitam-se às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação (art. 67).

Quanto à **qualificação econômico-financeira**, esta destina-se a avaliar a saúde financeira da empresa, como seu nível de endividamento, principalmente por meio de índices contábeis. Em outras palavras, busca-se avaliar se o licitante, caso venha a ser contratado, possuirá, sob o prisma financeiro, condições para cumprir o contrato celebrado. Nesse sentido, podem ser exigidos, por exemplo, o balanço patrimonial da empresa (ativo, passivo, patrimônio líquido) ou outras demonstrações contábeis, bem como certidão negativa de falência (art. 69).



Aqui três outras regras chamam a atenção:

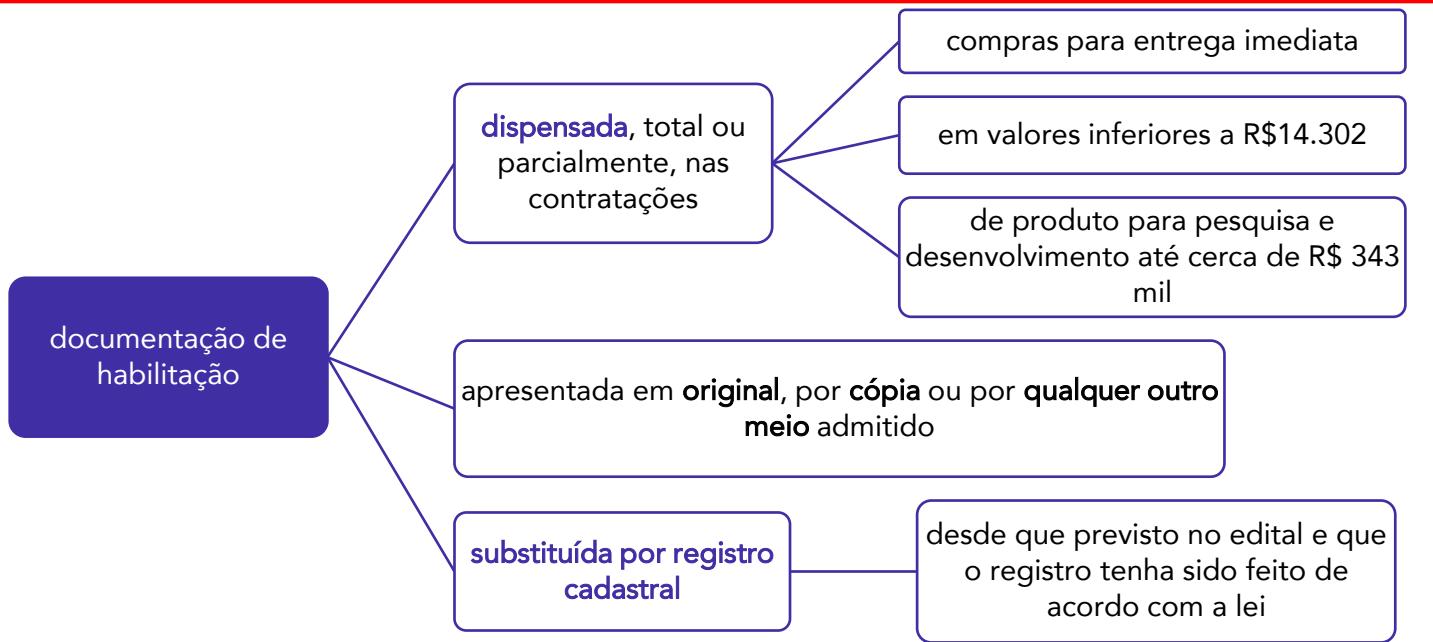
- 1)** A lei veda a exigência de **valores mínimos de faturamento** anterior e de **índices de rentabilidade** ou **lucratividade** (art. 69, §2º).
- 2)** Passa a ser possível a exigência dos balanços dos **últimos 2 exercícios** (Lei 14.133, art. 69, I)¹⁵. Sob o regramento da Lei 8.666, era possível a exigência relativamente ao último exercício social (Lei 8.666, art. 31, I).
- 3)** A fim de não reduzir indevidamente a competição nos certames, é **vedada** a exigência de índices e **valores não usualmente adotados** para a avaliação de situação econômico-financeira suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação (art. 69, § 5º).

De toda forma, caso a Administração opte por realizar tais exigências, a lei impõe um **limite máximo** para as exigências de capital social e para o valor do patrimônio líquido, que será de, no máximo, **10% do valor estimado da contratação**, no caso de compras para entregas futuras e em obras e serviços (art. 69, §4º).

- - - -

Antes de encerrar a etapa de habilitação, vale destacar que a documentação relacionada à habilitação poderá ser (art. 70):

¹⁵ Se o licitante for empresa constituída há menos de 2 anos, a exigência é limitada ao último exercício (art. 69, §6º).



Superada a etapa de julgamento das propostas e habilitação, terá lugar a etapa de recursos, se houver, adiante estudada.

Etapa recursal

A lei assegura aos licitantes o direito de recorrer em face de vários atos praticados pelo agente de contratação. Nesse sentido, a Lei prevê que cabe recurso do **julgamento das propostas** ou da **habilitação/inabilitação** dos licitantes, entre outros atos (art. 165, I).

Aproximando-se da sistemática dos recursos da Lei 10.520, a NLL prevê que o licitante deverá manifestar, inicialmente, uma **intenção de recorrer** e, em um segundo momento, apresentaria o porquê de seu inconformismo (as chamadas “**razões recursais**”).

A intenção de recorrer deve ser manifestada de maneira imediata.

Manifestação imediata da intenção de recorrer significa que deve ocorrer logo após a divulgação do ato do qual se pretende recorrer (por exemplo, a divulgação do resultado do julgamento das propostas). Aqueles licitantes que não se manifestaram **imediatamente**, quanto ao seu interesse de recorrer contra aquele ato, terão **precluído seu direito de interpor recurso** (art. 165, §1º, I, parte inicial).

É como um “recorra agora ou cale-se para sempre” =)

Isto **não** significa que o licitante deva apresentar, naquele exato momento, toda a fundamentação jurídica do seu recurso! O que ele deverá fazer, de imediato, é manifestar sua **intenção** de recorrer.

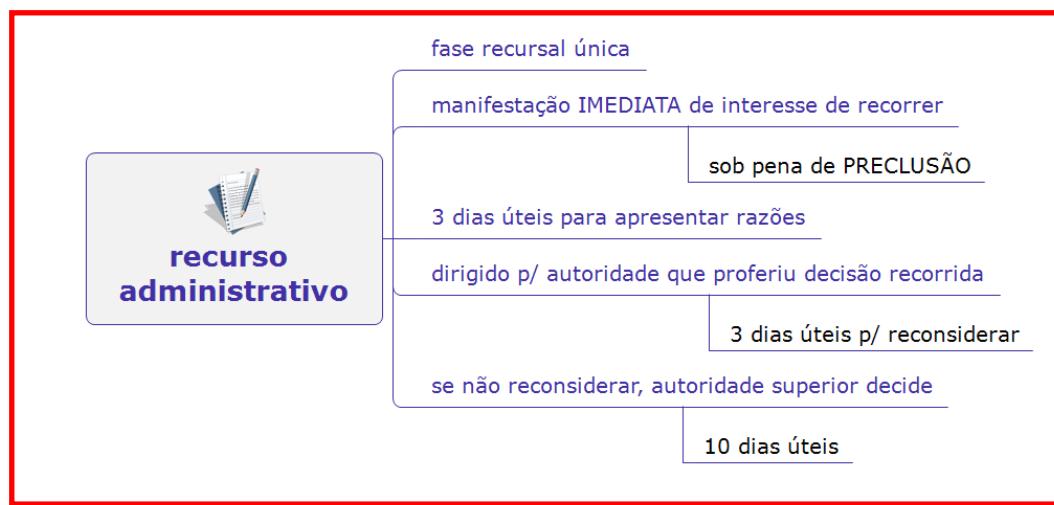
Uma vez manifestada a intenção, o licitante terá o **prazo de 3 dias úteis** para apresentação das **razões do recurso** (ou seja, as razões de fato e de direito que fundamentam seu recurso). Este prazo inicia-se na data de intimação ou de lavratura da ata de habilitação ou inabilitação ou, na hipótese de adoção da inversão de fases, da ata de julgamento (art. 165, §1º, I, parte final).

Em igual prazo, os licitantes afetados poderão apresentar **contrarrazões**, prazo este que começará a correr com a intimação pessoal ou divulgação da interposição do recurso (art. 165, §4º).

Este recurso será apreciado em **fase única** (art. 165, §1º, II), diferentemente do regramento da Lei 8.666 (que previa duas etapas recursais distintas). Isto significa que nesta fase recursal, única, é concentrada a análise de **todos os recursos** daquela licitação, sejam eles referentes à etapa de julgamento das propostas ou da habilitação. Este recurso será em fase única ainda que ocorra a desinversão de fases¹⁶.

Além disso, este recurso será dirigido à **autoridade que havia proferido a decisão recorrida**, que, se não reconsiderar o ato ou a decisão no prazo de **3 dias úteis**, encaminhará o recurso com a sua motivação à autoridade superior. A autoridade superior terá prazo máximo de **10 dias úteis** para proferir sua decisão, contado do recebimento dos autos (art. 165, § 2º).

Dada a racionalidade administrativa, a lei prevê que o acolhimento do recurso implicará invalidação apenas de ato insuscetível de aproveitamento (art. 165, § 3º), e não de todo o processo licitatório.



¹⁶ Diferentemente da Lei das Estatais, em que a fase única deixa de existir quando houver a desinversão de fases (Lei 13.303/2016, art. 59, *caput*).

Superada a etapa recursal, seja por não terem sido interpostos ou já terem sido examinados, a licitação chegará a seu fim, com a adjudicação e homologação.

Adjudicação e Homologação

Antes de avançarmos uma pergunta:

Uma vez obtida a proposta mais vantajosa para a Administração e realizada a habilitação da empresa vencedora, o contrato já será assinado?

A resposta é não! Antes de se falar em celebração do contrato, terá lugar a etapa de **adjudicação**, que consiste no ato que **atribui ao licitante vencedor** o objeto da licitação, ato este que será praticado não mais pelo agente de contratação, mas pela “autoridade superior” (art. 71, IV).

Ufa! Acabou?

Ainda não, está quase!

Imagino que vocês já devem ter percebido a complexidade do processo licitatório e o emaranhado de regras legais e infralegais imposto pela legislação. Assim, é bastante natural que a condução da licitação esteja sujeita a erros.

Diante desse quadro, o **legislador impôs** – assim como já havia na Lei 8.666 – uma **etapa de controle** antes de se concluir uma licitação, para que se possa verificar se ela foi conduzida de acordo com os ditames legais.

Tal **controle de legalidade** do procedimento é realizado na etapa de **homologação** da licitação e está a cargo da “**autoridade superior**”¹⁷ (art. 71, IV) – e não pelo agente de contratação.

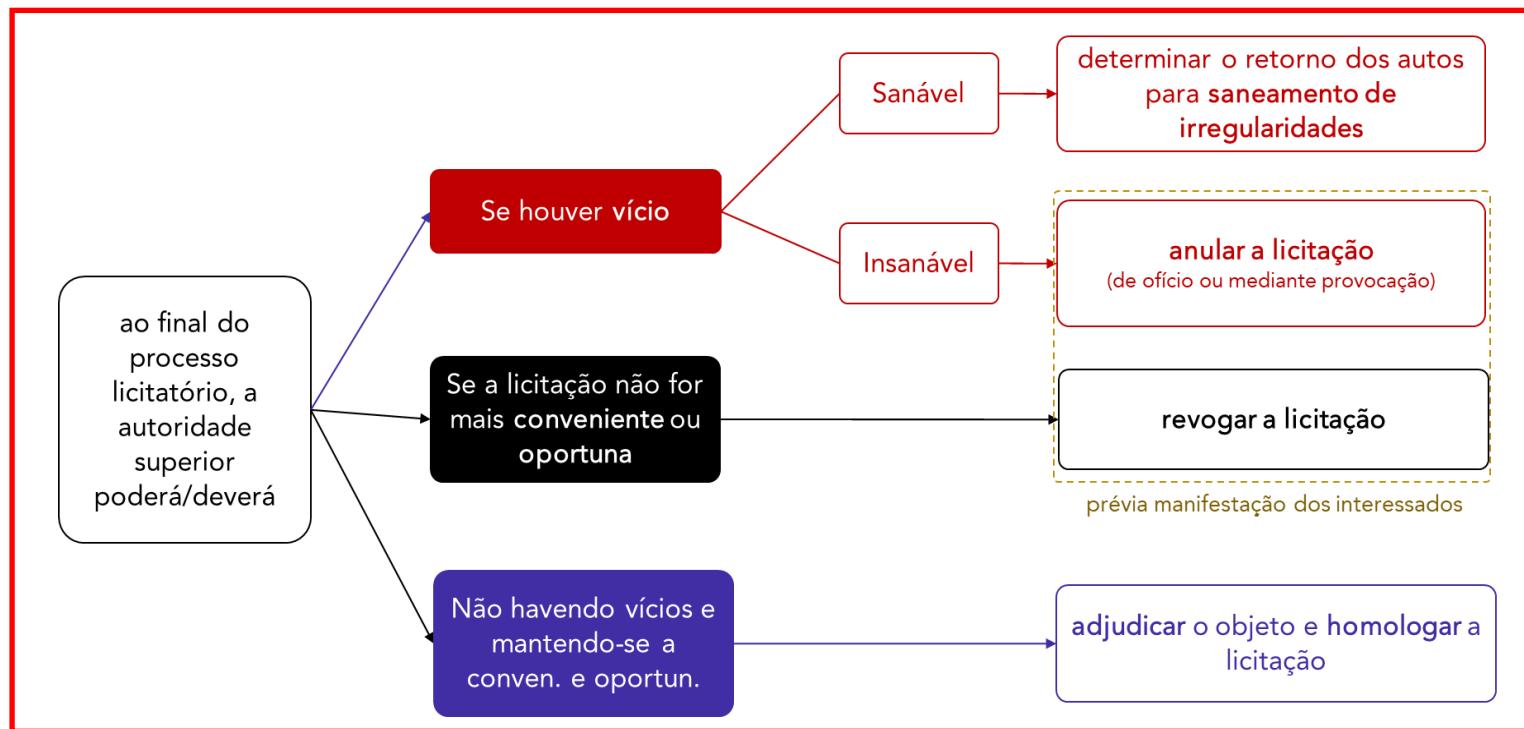
Caso seja identificado alguma ilegalidade, a autoridade se abstém de homologar o procedimento e o devolve para **saneamento de irregularidades** (se for um vício sanável) ou determina sua **anulação** (por vício insanável) – art. 71, I e III. De toda forma, caso não mais entenda conveniente aquela contratação, a autoridade poderá ainda **revogar** a licitação (art. 71, II).

É importante lembrarmos que a **revogação** consiste no desfazimento do processo por razões de **conveniência e oportunidade**, ao passo que a **anulação** tem lugar na presença de uma **ilegalidade**.

¹⁷ Por uma questão de segregação de funções, o legislador estipulou que outras pessoas – diversas da comissão de licitação – devem examinar o procedimento licitatório.

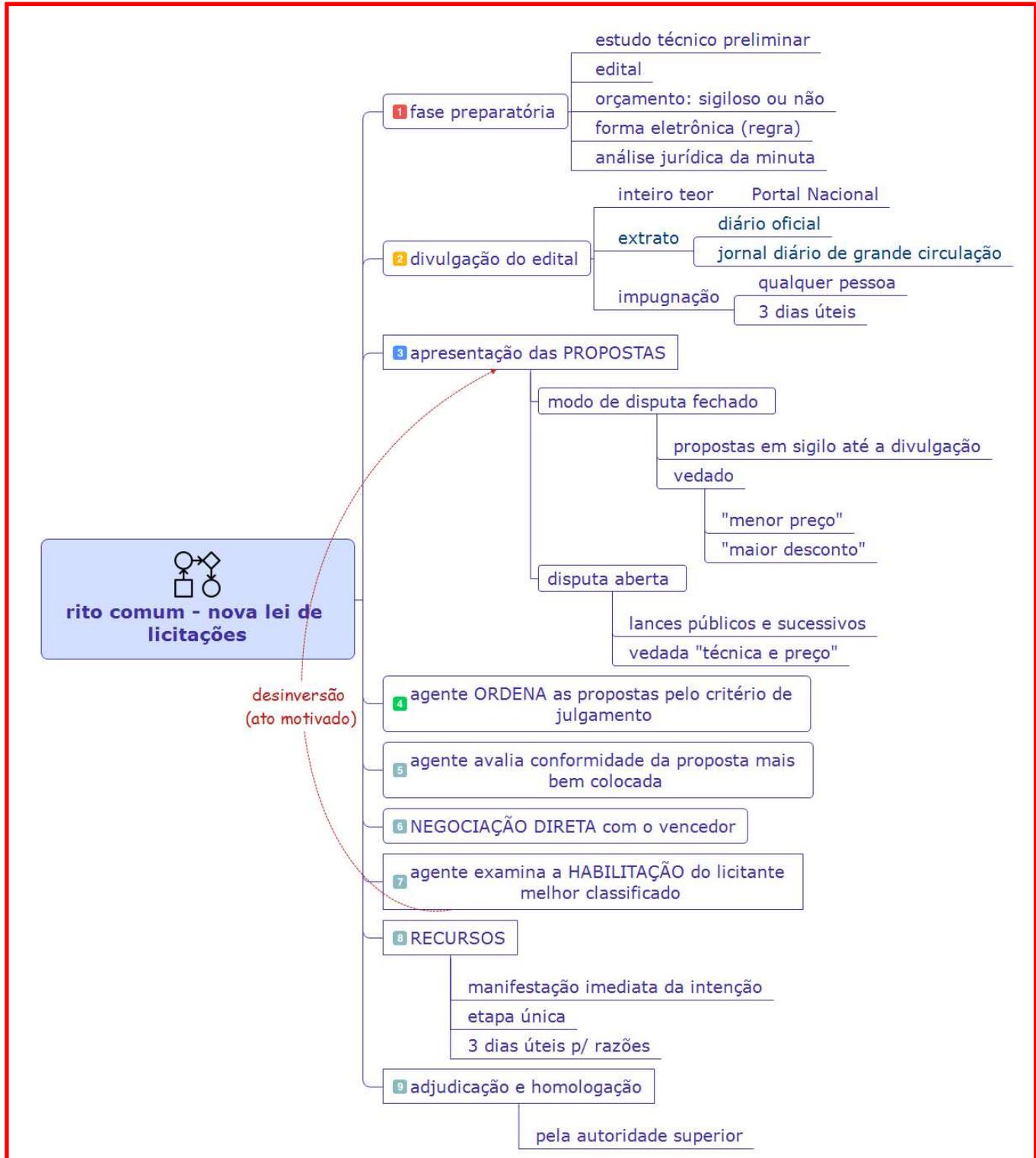
Além disso, nesses casos de anulação e revogação, deverá ser assegurada a **prévia manifestação dos interessados** (art. 71, § 3º).

Portanto, encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que terá basicamente 4 alternativas (art. 71):



ESQUEMATIZANDO

Sistematizando as principais regras do rito licitatório, chegamos ao seguinte diagrama:



INEXIGIBILIDADE E DISPENSA DE LICITAÇÃO



Neste assunto, não tivemos mudanças estruturais com a nova lei, mas alguns poucos (e importantes) detalhes alterados.

Em especial, destaco a ampliação de 3 para 5 hipóteses de **inexigibilidade** de licitação e, por outro lado, a redução de 34 para 28 hipóteses de **licitação dispensável**.

De toda forma, vale lembrar que, como **regra geral**, a celebração de contratos pelo Estado exige a prévia realização de **licitação**, admitindo-se, nos “**casos especificados na legislação**”¹⁸, a **contratação direta**, isto é, sem prévia licitação.

Pois bem, neste tópico estudaremos tais situações excepcionais, em que o ordenamento jurídico admite que um fornecedor seja contratado pela Administração **sem que outros tenham a oportunidade de concorrer** com ele. Trataremos, portanto, de exceções ao dever de licitar.

A **contratação direta** (ou contratação sem licitação prévia) terá lugar nos casos de (i) **inexigibilidade** ou (ii) **dispensa de licitação**.

Já adianto que as situações de **inexigibilidade de licitação** pressupõem primordialmente **inviabilidade de competição** entre fornecedores. Tais casos decorrem de características do mercado ou do objeto a ser contratado, como nas situações de **monopólio** - quando não há mais de um fornecedor apto a fornecer o bem ou prestar o serviço à Administração. Como a contratação direta, nestes casos, é uma decorrência do mercado – e não da lei –, o legislador limitou-se a prever uma **lista de exemplos** (ou rol exemplificativo) de situações de inexigibilidade no **art. 74** da NLL, não buscando exaurir todas estas situações de inviabilidade de competição.

Por outro lado, nos casos de **dispensa de licitação**, a competição entre mais de um fornecedor até seria viável, porém o legislador entendeu por bem **dispensar a realização do procedimento licitatório**, para conferir celeridade às compras governamentais, por considerar que o custo da licitação não compensa os riscos que ela minimiza ou para fomentar determinados setores.

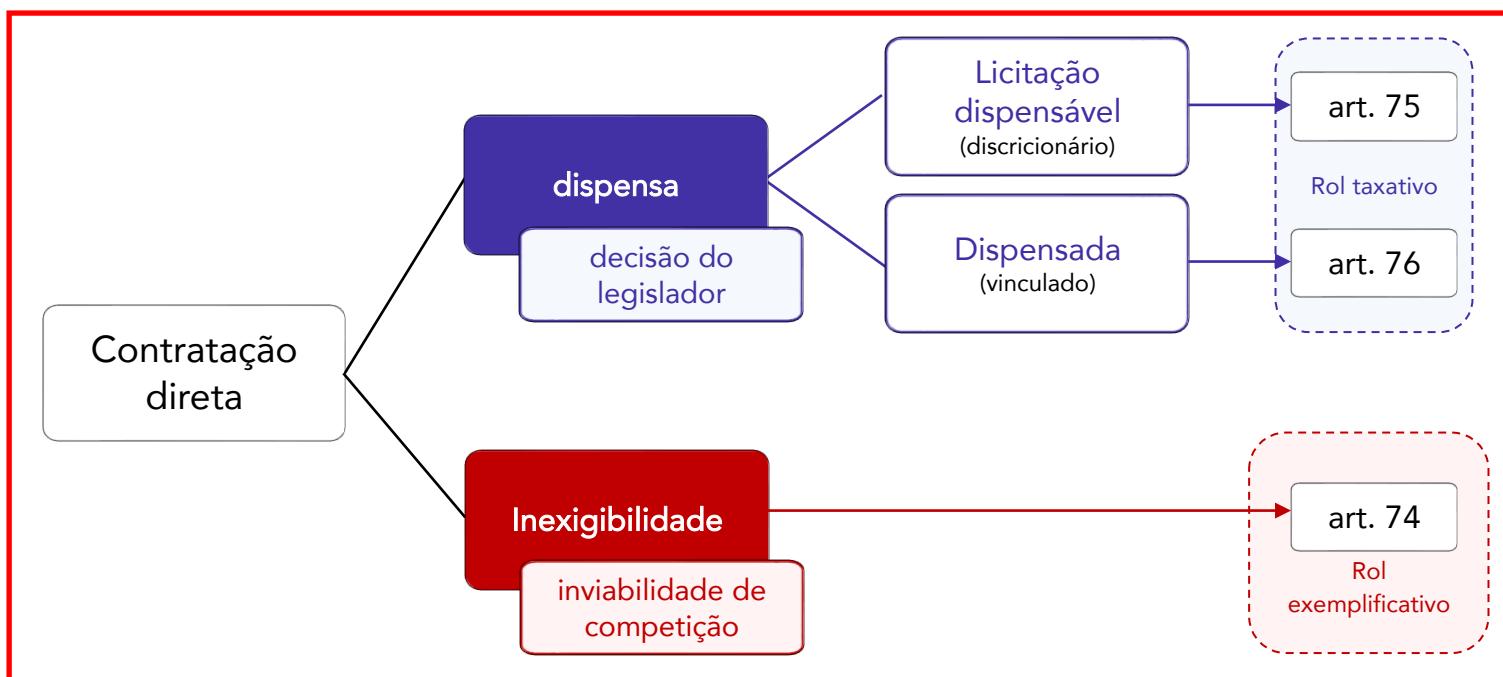
¹⁸ Nos termos da CF, art. 37, XXI.

Diferentemente da inexigibilidade, aqui estamos falando de um afastamento do dever de licitar por uma **decisão do legislador**.

Assim, ainda falando da dispensa, tradicionalmente dizemos que há casos em que o legislador **autoriza** o administrador a não realizar a licitação – conduta discricionária – e outros em que **determina** ao administrador sua não realização – conduta vinculada. Ao primeiro grupo, dá-se o nome de **licitações dispensáveis** (enumeradas no art. 75 da NLL) e, ao segundo, **licitações dispensadas** (enumeradas no art. 76, incisos I e II).

Como tais casos representam uma decisão do legislador, suas hipóteses encontram-se **taxativamente previstas** na legislação (diferentemente das hipóteses de inexigibilidade).

Em síntese:



Vejam a questão a seguir, que buscou confundir o candidato quanto a estes conceitos:

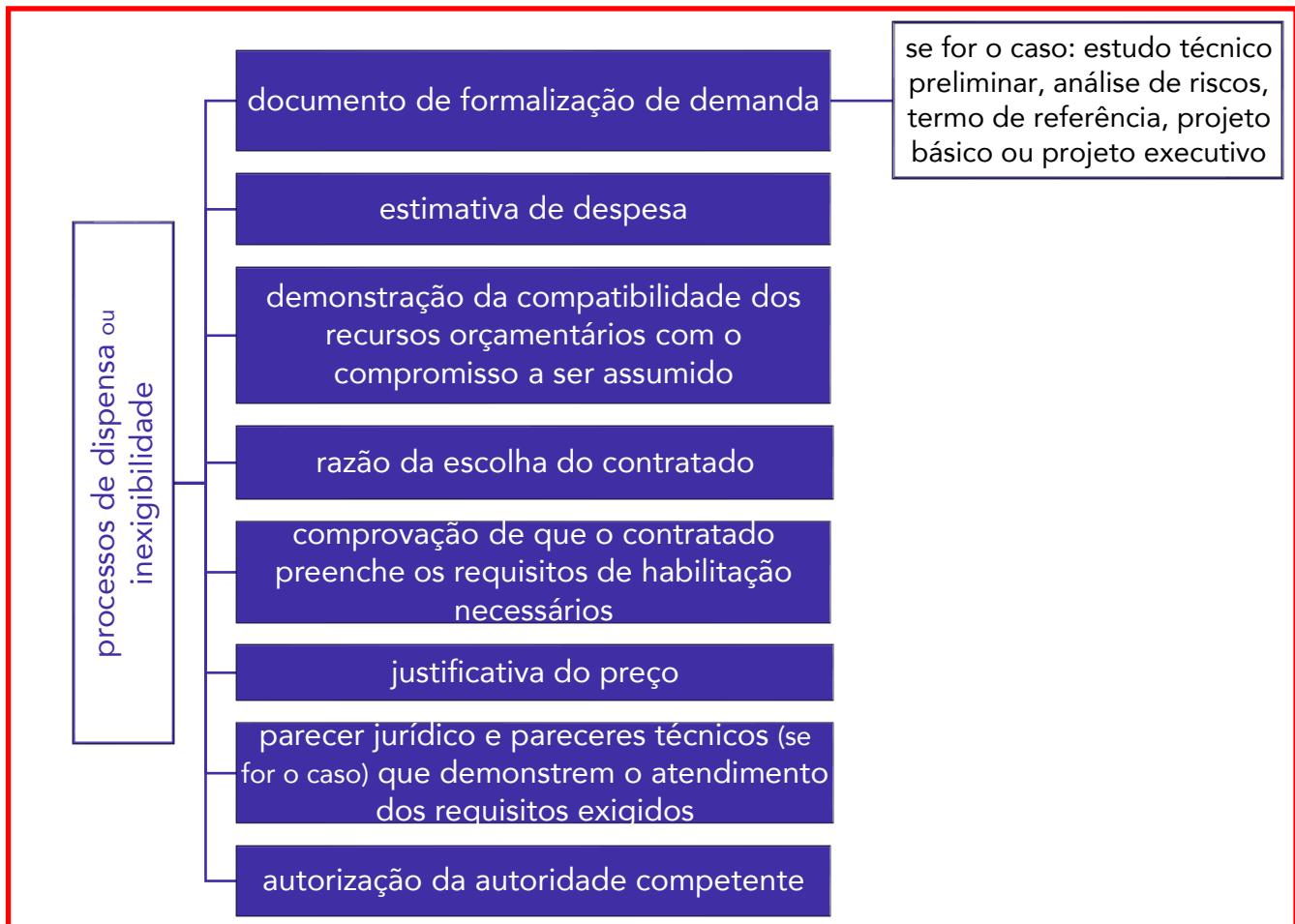
CEBRASPE/TCU – Auditor Federal de Controle Externo

() Será dispensável a licitação caso haja inviabilidade de competição.

Gabarito (E)

A despeito destas diferenças, o resultado da dispensa ou da inexigibilidade é o mesmo: a celebração de um **contrato administrativo sem prévia licitação**.

Dada a excepcionalidade da “não-licitação”, a NLL exige um **processo administrativo** para justificar a dispensa ou a inexigibilidade de licitação, chamado de “processo de contratação direta”¹⁹. Tal processo, mais “completo” do que aquele previsto na Lei 8.666/1993, deverá conter os seguintes elementos (art. 72)²⁰:



Este processo de justificação da contratação direta será exigido em todas as hipóteses de contratação direta, dado inexistir exceção expressa!

Reparam que **os elementos mínimos dos processos de contratação direta, mencionados acima, consistem na motivação destes atos**, consoante previsto na Lei federal 9.784/1999, art. 50, IV²¹.

¹⁹ Na Lei 8.666, o procedimento de justificação envolvia a **ratificação** da contratação direta (art. 26), o que deixa de existir.

²⁰ Comparando tais elementos com aquelas exigidos pela Lei 8.666: razão da escolha do fornecedor, justificativa do preço e, quando fosse o caso, caracterização da situação emergencial/calamitosa/de grave risco à segurança pública e documento de aprovação dos projetos de pesquisa.

²¹ Art. 50. Os atos administrativos **deverão ser motivados**, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: (...) IV - **dispensem** ou declarem a **inexigibilidade** de processo licitatório;



O legislador presume que a ocorrência de **irregularidades** nas contratações diretas decorre de **conluio** entre o agente público e a empresa contratada, atribuindo **responsabilidade solidária** entre a empresa e os agentes públicos pelos danos decorrentes do contrato:

Art. 73. Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com **dolo, fraude ou erro grosseiro**, o contratado e o agente público responsável **responderão solidariamente** pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

CURIOSIDADE



É importante notar que, com a nova lei, tal responsabilização se dará apenas nos casos de dolo, fraude ou erro grosseiro, sendo que, pela Lei 8.666, isto ocorreria nos casos de superfaturamento em geral.

É importante destacar também que a realização de contratação direta fora das hipóteses previstas em lei constitui **crime** previsto no Código Penal²².

Além disso, friso que, para fins de transparência, o ato que autoriza a contratação direta ou o respectivo contrato devem ser divulgados na internet:

Art. 72, parágrafo único. O **ato que autoriza a contratação** direta ou o **extrato** decorrente **do contrato** deverá ser **divulgado** e mantido à disposição do público em **sítio eletrônico oficial**.

²² CP, art. 337-E Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:

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

Bem, caro aluno, comentamos acima as características da inexigibilidade e da dispensa de licitação em linhas gerais. Agora vamos detalhar melhor estes institutos.

Avante!

Inexigibilidade

A **inexigibilidade de licitação**, como visto acima, diz respeito a situações em que **não há viabilidade de competição entre os fornecedores**.

Consoante já definia Di Pietro²³, “não há possibilidade de competição, porque só existe **um objeto** ou **uma pessoa** que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável”.

Imagine que determinada organização pública necessite contratar um sistema computacional produzido e comercializado por uma única empresa, sem qualquer similar no mercado.

Neste caso, uma vez comprovada a necessidade da Administração, não faria sentido algum abrir um procedimento competitivo entre mais de uma empresa, de sorte que o sistema poderia ser adquirido mediante inexigibilidade de licitação.

Dadas as múltiplas possibilidades de surgimento das situações de inexigibilidade (em que não há possibilidade fática de mais de uma empresa competir pela celebração do contrato), o legislador optou por **conceituar brevemente** o instituto da inexigibilidade e **citar exemplos** (rol exemplificativo), da seguinte forma:

Art. 74. É **inexigível** a licitação quando **inviável a competição, em especial nos casos de:**

I – aquisição de **materiais, de equipamentos ou de gêneros** ou contratação de **serviços** que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial **exclusivos**;

II – contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que **consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública**;

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Ed. GenMétodo. 31ª ed. 2018. eBook. Tópico 9.5

III – contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação: (..)

IV – objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

V – aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

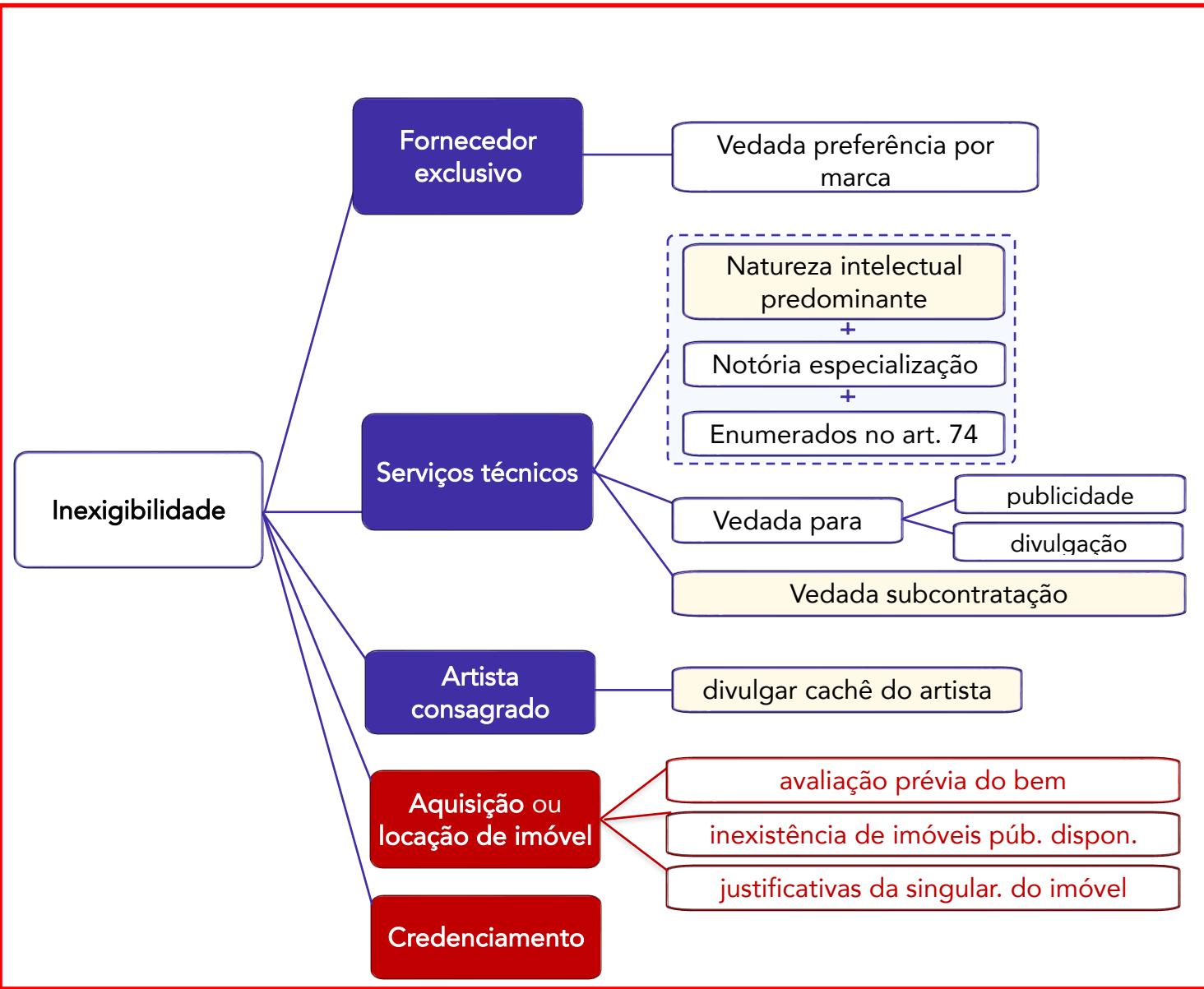
Antes, porém, de avançar, é importante reforçar que:

É exemplificativa a lista de hipóteses de inexigibilidade constante do art. 74 da Lei 14.133/2021.

Ou seja, se determinada situação não se enquadrar em um dos incisos do art. 74, mas se enquadrar no conceito de **inviabilidade de competição**, mencionado no seu *caput*, será válida a contratação mediante inexigibilidade.



Apesar de ser um rol exemplificativo, para fins de prova, é importante conheceremos “de perto” cada uma das hipóteses, sintetizadas a seguir:



**O QUE
MUDOU?**

Comparando com as hipóteses de inexigibilidade da Lei 8.666, podemos perceber, principalmente, o acréscimo de **duas novas hipóteses**:

- (a) **aquisição ou locação de imóvel** e
- (b) objetos passíveis de contratação mediante **credenciamento**.



Passemos, adiante, a comentar cada uma destas cinco situações mencionadas no texto legal.

O **inciso I** do art. 74 diz respeito à aquisição de produtos ou contratação de serviços a partir de **fornecedor exclusivo**. Ora, se apenas uma empresa fornece tal produto, não se poderia cogitar a realização do certame licitatório.

Tal exclusividade requer **comprovação**, a qual é realizada por meio de um atestado de exclusividade (ou documentos similares, como contrato de exclusividade ou declaração do fabricante) – art. 74, §1º.

Outro ponto relevante a ser observado é que, assim como havia na Lei 8.666, nesta hipótese de inexigibilidade é **vedada a preferência de marca** dos produtos fornecidos por meio da inexigibilidade (art. 74, §1º, parte final). Assim, como regra geral, a Administração não poderia realizar uma contratação fundamentada neste inciso I, após ter restringido o universo de produtos a uma única marca. Isto porque a restrição por marca poderia artificialmente criar a inviabilidade de competição, o que não se compatibiliza com a finalidade da inexigibilidade.

- - - -

A seu turno, o **inciso II** do art. 74 prevê a inexigibilidade para contratação de **atividades artísticas**. Assim, a contratação de artista que tenha sido **consagrado** (i) pela crítica ou (ii) opinião pública tem cunho fortemente personalíssimo, não passível de avaliação por fatores objetivos (como seria em uma licitação). Tal contratação pode ser realizada diretamente com o artista (ex.: contrato assinado diretamente com a Ivete Sangalo) ou com o empresário que detenha exclusividade (ex.: com o único empresário que representa a Ivete Sangalo).

Este último inciso, de igual teor ao que constava da Lei 8.666, foi objeto da seguinte questão:

CEBRASPE/CGM de João Pessoa – PB

É permitida a contratação direta pela administração pública, em razão da inexigibilidade de licitação, de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Gabarito (C)



Em relação a esta hipótese a Lei 14.133 previu duas novidades interessantes:

1) Em relação à **exclusividade da representação**, a Lei admite²⁴ a representação permanente e contínua no País ou em Estado específico, mas não admite a **representação restrita a evento ou local específico** (art. 74, § 2º).

Exemplo: ainda em relação à seriação contratação por inexigibilidade da Ivete Sangalo, temos que: (a) seria possível contratá-la por intermédio de seu empresário que a representa com exclusividade em todo o território nacional; (b) seria possível contratá-la, para um show na Bahia, por meio do empresário que a representa com exclusividade naquele Estado; (c) não seria possível contratá-la diretamente por intermédio de alguém que detenha exclusividade de representação para a data de 29 de março de determinado ano; (d) não seria possível contratá-la diretamente por intermédio de alguém que detenha exclusividade de representação para o festival Axé Music 2022.

2) A Administração está obrigada a divulgar, no Portal de Contratações, o valor do cachê pago ao artista, bem como demais despesas do evento (art. 94, § 2º).

Outro caso expresso no art. 74 é o do **inciso III**, que dispõe sobre a inexigibilidade para contratação de **serviços técnicos especializados**. A lista de serviços técnicos profissionais especializados consta do próprio inciso III do 74, a saber:

- a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico;

²⁴ Seguindo jurisprudência do TCU, a exemplo do Acordão 1.435/2017-Plenário.

h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e labororiais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição do inciso III do art. 74.



Se comparássemos esta nova listagem com aquela que constava da Lei 8.666, iremos perceber que a novidade ficou por conta da alínea 'h': controles de qualidade, análises, testes, ensaios, instrumentação e monitoramento.

Além destes serviços previstos no corpo da NLL, a Lei 14.039, de agosto de 2020, passou a considerar, formalmente, como serviços técnicos singulares aqueles prestados por **advogados²⁵** e **por profissionais de contabilidade**.

Entretanto, **não basta que o serviço se enquadre nesta lista!** Isto porque o inciso II elenca **outros dois requisitos para tal hipótese inexigibilidade:**

- 1) o serviço objeto do contrato deve possuir **natureza predominantemente intelectual²⁶**.
- 2) o contratado deve possuir **notória especialização**.



Entendi a lista de serviços! Mas, o que seria esta “notória especialização”?

²⁵ A par do debate jurisprudencial existente quanto a este enquadramento, no STF (a exemplo dos Inqs 3074-SC e 3077-AL) e no TCU (a exemplo do Acórdão 5.318/2010-2ª Câmara).

²⁶ A jurisprudência do TCU, a exemplo do Ac. 2471/2008-Plenário, já vinha entendendo que a natureza intelectual é típica daqueles serviços em que a arte e a racionalidade humanas são essenciais para sua execução satisfatória. Não se trataria de tarefas que possam ser executadas mecanicamente ou segundo protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos.

A resposta é dada pelo art. 74, §3º. Apesar de seu teor abrangente, podemos perceber que a notoriedade da especialização do profissional diz respeito ao “reconhecimento da qualificação daquele sujeito por parte de sua comunidade profissional”²⁷:

Art. 74, § 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de **notória especialização** 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**²⁸.



Comparando os requisitos da inexigibilidade para serviços técnicos com aqueles previstos na Lei 8.666, percebemos que a grande novidade ficou por conta da substituição da antiga “natureza singular”²⁹ pela “natureza predominantemente intelectual”:

Lei 8.666		NLL
Natureza singular	Natureza intelectual predominante	
Notória especialização	Notória especialização	
Serviços enumerados em lei	Serviços enumerados em lei	

Portanto, ao menos expressamente, não mais se exige “natureza singular”, sendo que agora exige-se que o serviço tenha “natureza predominantemente intelectual”.

Além disso, assim como fazia a Lei 8.666, o legislador tomou o cuidado de vedar a utilização deste inciso III para a contratação de serviços de publicidade e divulgação.

Por fim, a NLL estabeleceu uma nova vedação: impedimento a que se tenha subcontratação dos serviços que foram contratados com base nesta hipótese e a atuação de profissionais distintos

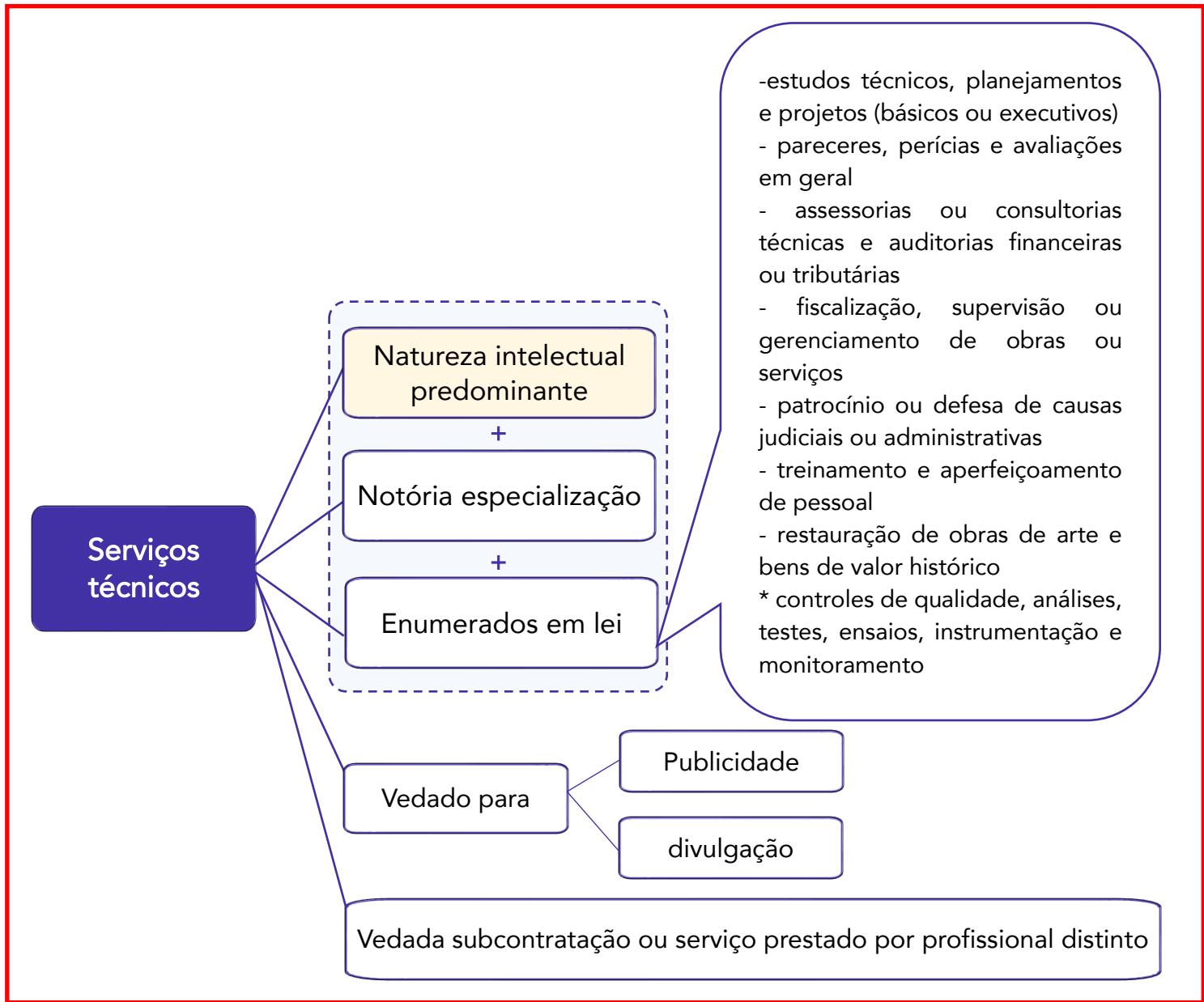
²⁷ FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17ª ed. p. 593

²⁸ Idem ao disposto no art. 6º, XIX.

²⁹ Requisito que, anteriormente, suscitava acalorados debates quanto à sua delimitação e efetivo alcance.

daqueles que tenham justificado a inexigibilidade (art. 74, §4º). Ora, se uma empresa ou um profissional foi contratado em razão de sua notória especialização, não faria sentido autorizar que outro profissional ou outra empresa prestassem aquele serviço, não é mesmo?!

Em síntese:



Voltando às hipóteses de inexigibilidade do art. 74, vemos que seu **inciso IV** menciona as **aquisições mediante credenciamento**.



Mas o que é credenciamento?

O credenciamento, regulamentado no art. 79 da NLL como um dos “procedimentos auxiliares”, já era muito utilizado na prática para a Administração contratar, sem licitação, de determinados serviços.

Tradicionalmente o credenciamento consiste em um **procedimento não competitivo** em que todos os interessados em contratar com a Administração são efetivamente contratados, **sem que haja uma relação de exclusão**³⁰. Assim, no credenciamento a contratação de um não exclui a contratação de outro, não seria possível a realização de um procedimento competitivo.

Exemplo: é o que já ocorria quando um órgão público desejava, por exemplo, credenciar médicos para lhe prestarem serviços. Neste caso, a Administração, após divulgar os requisitos para o credenciamento, cadastrava os profissionais interessados em serem contratados e, futuramente, os contratava para prestarem os serviços. Portanto, não havia uma licitação propriamente dita, muito embora houvesse um procedimento para “seleção” destes profissionais.

Assim, quando tal situação levar a uma inviabilidade de competição, a partir dos profissionais credenciados seria possível a contratação direta mediante inexigibilidade.

- - - -

Por fim, o **inciso V** do art. 74, que prevê a inexigibilidade para **aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha**.

Aqui podemos imaginar, como exemplo, a repartição pública que necessita se mudar para outro edifício em uma mesma cidade. Para tanto, a Administração irá elaborar critérios de escolha do novo imóvel, seja para locação (aluguel) ou compra (aquisição), como a localização, a dimensão do imóvel, destinação etc.

Assim, quando tais critérios condicionarem a escolha do imóvel, a celebração do respectivo contrato não exige a realização de licitação, dada inclusive a impossibilidade de competição entre mais de um particular a respeito.

³⁰ Licitação Pública e Contrato Administrativo. 4^a ed., Ed. Fórum, p. 119,

Nestas contratações, devem ser demonstrados os seguintes elementos:

- Art. 74, § 5º, I – **avaliação prévia do bem**, do seu estado de conservação e dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e prazo de amortização dos investimentos;
- II – certificação da **inexistência de imóveis públicos vagos** e disponíveis que atendam ao objeto;
- III – justificativas que demonstrem a **singularidade do imóvel** a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem **vantagem** para ela.



Lei 8.666

Nova Lei

Compra ou locação de imóvel pelas características e localização = **dispensa**

Aquisição ou locação de imóvel pelas características e localização = **inexigibilidade**



Amigos, acabamos de comentar um grande volume de informação. Sugiro que, antes de prosseguir, tire um pequeno tempo e retome a leitura com energias renovadas -)

Dispensa

Conforme leciona Marçal Justen Filho³¹, a dispensa de licitação é “consagrada por lei para situações em que é viável a competição”. No entanto, a lei reconhece que “sua realização não traria os benefícios pretendidos” ou, até mesmo, que poderia acarretar malefícios indesejáveis.

Os casos de dispensa de licitação tratam, em síntese, de **opções do legislador**. Por este motivo, não se admite a criação de um caso de dispensa sem a **devida previsão em lei** (em sentido estrito) – diversamente do que se verifica sobre a inexigibilidade (cujo rol é exemplificativo).

Dito isto, passemos ao estudo das hipóteses de dispensa de licitação previstas na Lei 14.133/2021. Comentaremos, primeiramente, os casos de **licitações dispensáveis** e, na sequência, de **licitações dispensadas**. Veremos, adiante, que todos os casos de licitação dispensada referem-se à alienação de bens (venda).

Licitação dispensável

Nos casos estudados a seguir, o legislador conferiu uma **faculdade** ao administrador público, o qual poderá optar entre (i) realizar uma licitação ou (ii) celebrar o contrato diretamente.

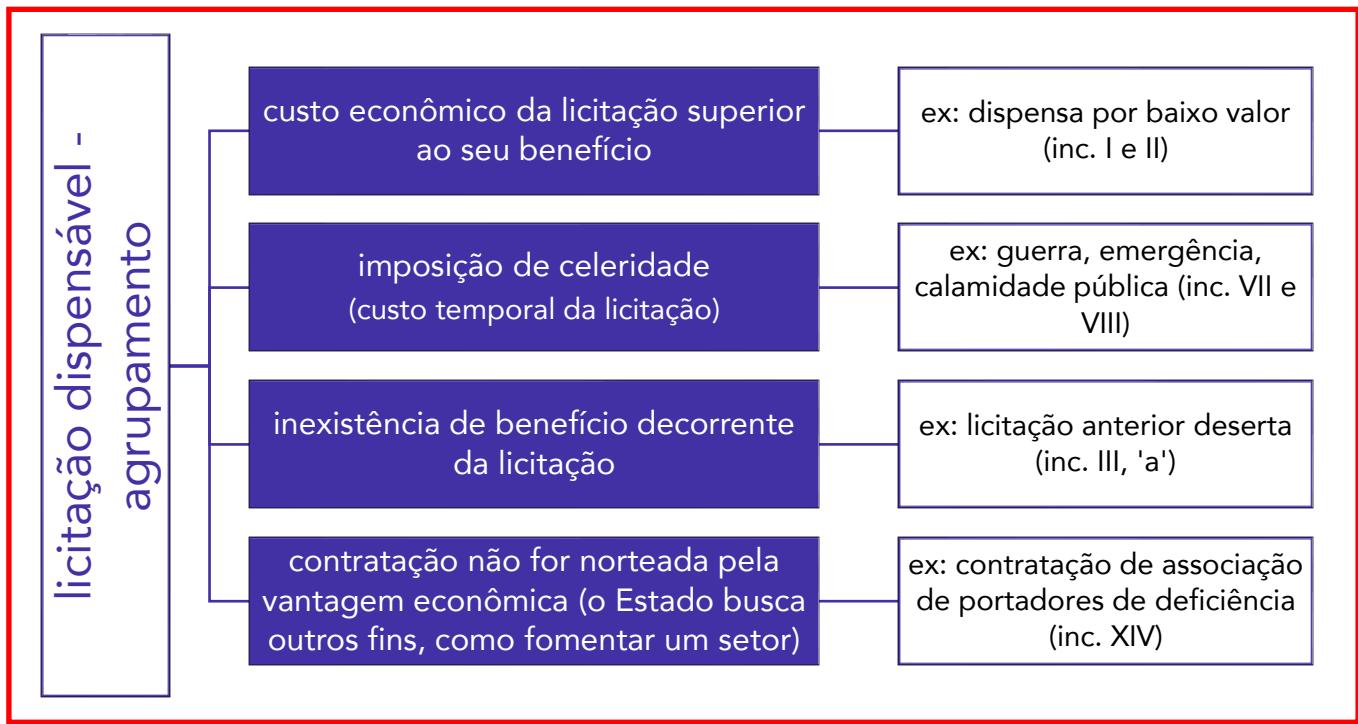
Em razão dessa possibilidade de decisão, dizemos que, nas licitações dispensáveis, a conduta do administrador é **discricionária**. Assim, fica claro que – diferentemente das hipóteses de licitação dispensada – aqui o legislador **autoriza** o administrador a não realizar a licitação.

Justen Filho³², mesmo antes da NLL, já classificava as variadas hipóteses de dispensa de licitação em 4 grandes grupos³³:

³¹ FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17^a ed. p. 468-469

³² Op. Cit. p. 470

³³ Di Pietro, por sua vez, agrupa as situações nas seguintes categorias: (i) em razão do pequeno valor, (ii) situações excepcionais, (iii) em razão do objeto e (iv) da pessoa.



Feita esta breve contextualização, passemos ao estudo de cada uma das hipóteses de dispensa de licitação.

Iremos concentrar nossos comentários nas hipóteses mais relevantes em prova.

Art. 75. **É dispensável a licitação:**

I – para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;

II – para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras;

Os incisos I e II do art. 75 acima tratam da **dispensa de licitação em razão do baixo valor do contrato a ser celebrado.**

Em ambos os casos, o legislador presumiu que o custo administrativo de se realizar uma licitação (custos da divulgação do edital, remuneração dos servidores da comissão de licitação etc) seria superior ao benefício potencialmente gerado pelo procedimento licitatório.

Assim, considerando a atualização dos valores de R\$ 50 e 100 mil pelo Decreto 11.317/2022, se o contrato a ser celebrado estiver dentro dos limites de **R\$ 57.208,33** ou **R\$ 114.416,65**, a Administração poderá deixar de realizar a licitação, da seguinte maneira:

Dispensa de licitação por diminuto valor	Obras Serviços de engenharia Manutenção de veículos automotores	Compras e demais serviços
	Inferior a R\$ 114.416,65	Inferior a R\$ 57.208,33



- 1) Reparem que, antes da NLL, os valores limites para esta hipótese de dispensa eram de R\$ 33 mil e 17,6 mil³⁴. Com a nova Lei, os valores ficaram próximos aos limites aplicáveis às empresas estatais.
- 2) A manutenção de veículos automotores foi, agora, alçada ao mesmo limite de valor que os serviços de engenharia (R\$ 114.416,65), sendo que anteriormente não havia tal distinção.

Importante mencionar que, assim como constava da Lei 8.666, se a entidade contratante se constituir como **consórcio público** ou for autarquia ou fundação qualificadas como **agência executiva**³⁵, os limites acima serão **duplicados** – art. 75, §2º.

Além disso, **anualmente**, a cada dia 1º de janeiro, o Poder Executivo federal **atualizará estes valores**, a partir do índice de **inflação** (IPCA-E), devendo os novos valores serem divulgados no Portal Nacional de Contratações Públicas (art. 182). Para o ano de 2023, como destacado acima, os valores passaram a ser de **R\$ 57.208,33** ou **R\$ 114.416,65**.

³⁴ Considerando apenas a literalidade do art. 23 da Lei 8.666 (ou seja, antes da atualização promovida pelo Decreto 9.412/2018), os valores seriam de R\$ 15mil e R\$ 8mil, respectivamente.

³⁵ Autarquias ou fundações que celebrarem contratos de gestão.



A título de aprofundamento, vale comentar que, nesta hipótese de dispensa, para facilitar os pagamentos devidos pela Administração, que são de baixo valor neste caso, a lei prevê que, preferencialmente, estas compras serão pagas por meio de **cartão de pagamento** (art. 75, §4º), sendo que o extrato do cartão deverá ser divulgado no Portal Nacional de Contratações Públicas³⁶.

Nesta hipótese de dispensa seria possível também haver um processo competitivo, na medida em que a lei sugere que a Administração, preferencialmente, divulgue o **aviso de contratação** e **examine propostas** de eventuais interessados (art. 75, §3º).

Por fim, para se evitar a prática do “fracionamento de despesas” (em que uma grande compra seria artificialmente fracionada em duas ou mais compras de baixo valor), o § 1º do art. 75 estabelece que, para se aferir o respeito aos limites de cerca de R\$ 57 e 114 mil, deverão ser observados:

I - o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora;

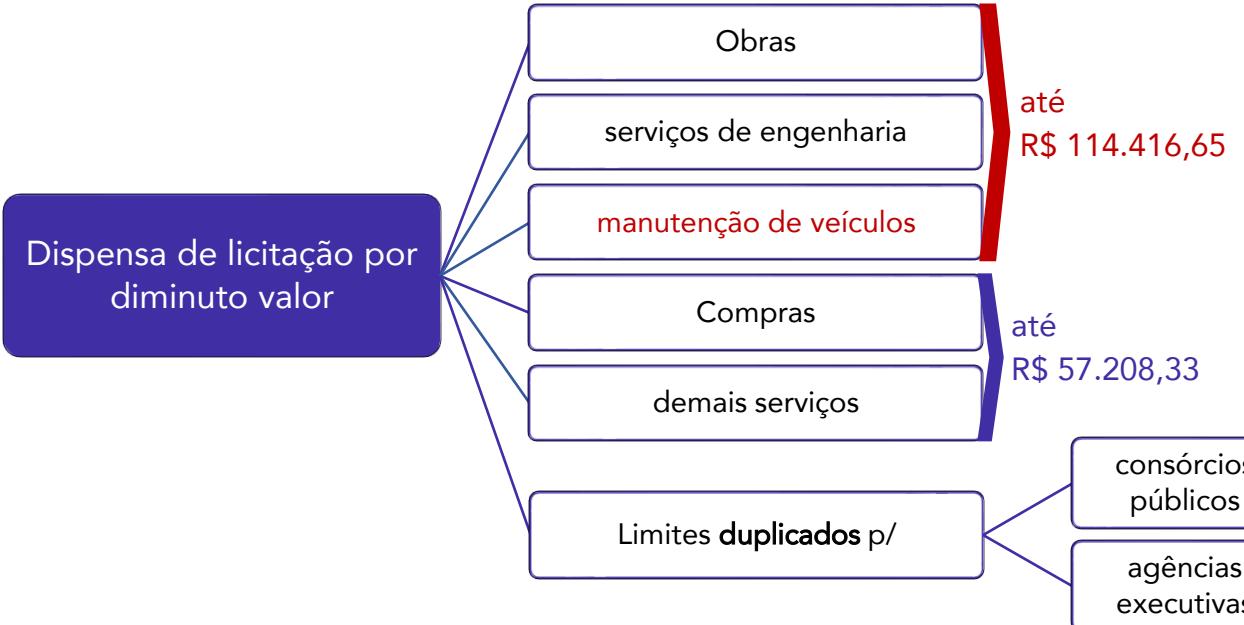
II - o somatório da despesa realizada com **objetos de mesma natureza**, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

Esta aferição com o somatório, no entanto, não se aplica às contratações de até R\$ 9.153,34 de serviços de manutenção de veículos automotores de propriedade do próprio órgão contratante, incluído o fornecimento de peças (art. 75, § 7º).



Sintetizando as principais regras, chegamos ao seguinte diagrama:

³⁶ O Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) consiste em um repositório de dados de licitações e contratos na internet (NLL, art. 174).



Art. 75, III – para **contratação** que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação:

a) não surgiram licitantes interessados [licitação deserta] ou não foram apresentadas propostas válidas [licitação fracassada];

b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;

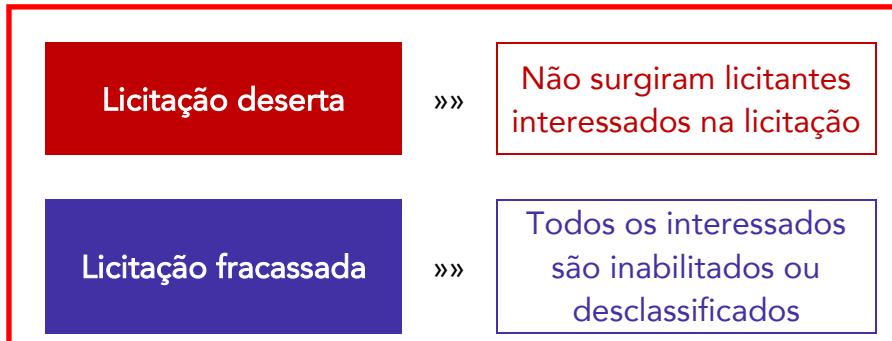
Este inciso trata da **licitação deserta** (em que há **desinteresse na contratação** por parte do mercado) e também de alguns casos de **licitação fracassada** (em que **todas as propostas** apresentadas pelos licitantes foram **descartadas**).



Mas, antes de avançarmos, muita atenção para não confundirmos a **licitação deserta** com a **licitação fracassada**. Embora ambas sejam procedimentos licitatórios frustrados, a licitação deserta consiste no certame em que nenhuma empresa se apresenta, enquanto, na fracassada, as

empresas participam da licitação, oferecem propostas, mas nenhuma é selecionada, em razão de nenhuma ser considerada válida.

Em síntese:



A despeito da diferença, veremos que a licitação fracassada, em algumas hipóteses, também poderá autorizar a contratação mediante dispensa. Isto porque subentende-se que a realização de uma nova licitação não geraria benefícios à Administração e, assim, autoriza-se a contratação direta mediante dispensa. A contratação direta, então, estará autorizada nas licitações em que o fracasso decorrer de (i) não apresentação de propostas válidas ou (ii) as propostas apresentarem preços superiores aos de mercado ou incompatíveis com aqueles fixados oficialmente.

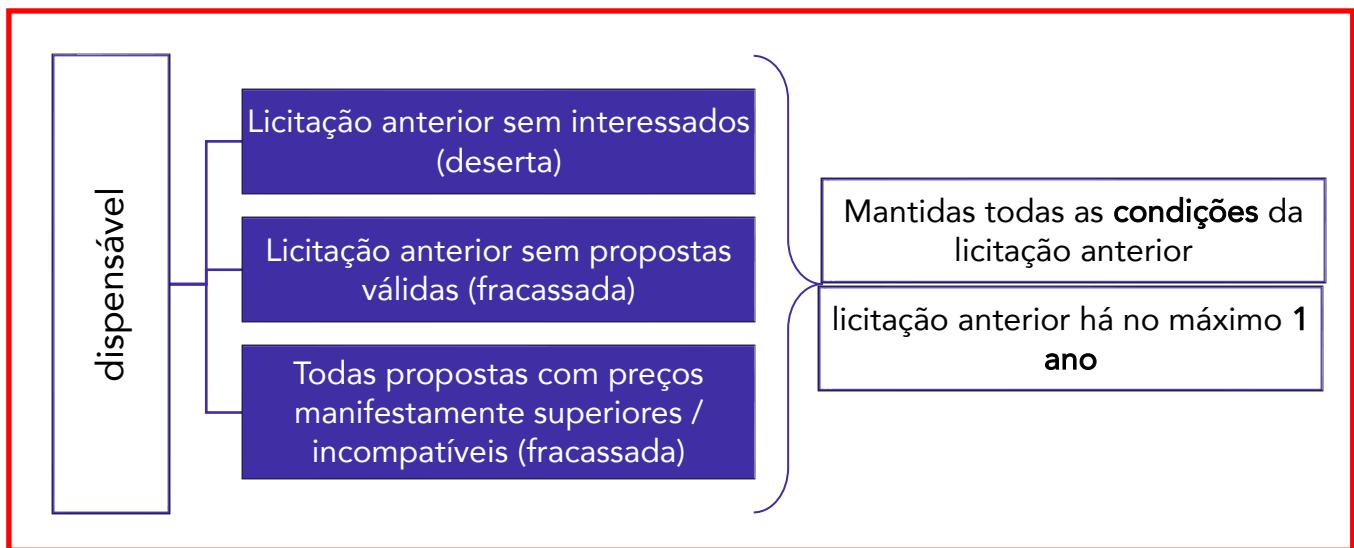
Em qualquer dos casos (licitação deserta ou fracassada), o legislador estabeleceu duas condições:

- todas as condições da licitação anterior (a exemplo das cláusulas da minuta de contrato) sejam mantidas.
- a licitação anterior tenha ocorrido há, no máximo, 1 ano.



Se compararmos com a regra da Lei 8.666, vamos perceber duas mudanças:
(i) inserção do prazo de **1 ano** e (ii) exclusão da exigência de uma nova licitação gerar prejuízos à Administração.





Art. 75, IV – **para contratação que tenha por objeto: a) bens componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos, a serem adquiridos do fornecedor original desses equipamentos durante o período de garantia técnica, quando essa condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;**

Aqui têm lugar as **contratações acessórias para manutenção de garantia**.

Imagine que a Administração Pública contratou um supercomputador, cujo fabricante impõe, como condição para manutenção de sua garantia, que as peças acessórias utilizadas naquele computador sejam apenas originais, por ele produzidas.

Neste caso, o computador é o **produto principal** (adquirido por meio de um contrato anterior), sendo que sua garantia exige que seus **acessórios** sejam adquiridos junto ao fornecedor durante o período da garantia. Assim, estaria autorizada a contratação daquele fabricante por meio de dispensa.

Art. 75, IV – **para contratação que tenha por objeto: (...) b) bens, serviços, alienações ou obras, nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para a Administração;**

Nesta hipótese, o país celebrou um acordo internacional (que foi referendado pelo Congresso), prevendo aquisições pela Administração, que são claramente vantajosas para o país. Assim, o legislador já pré-autorizou que estes casos dispensassem a realização de procedimento licitatório.

Art. 75, IV – para contratação que tenha por objeto: (...) c) produtos para pesquisa e desenvolvimento³⁷, limitada a contratação, no caso de obras e serviços de engenharia, ao valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais);

Com o intuito de promover e incentivar a **pesquisa** e o **desenvolvimento científico**, o legislador tornou dispensável a licitação para aquisição de bens e outros insumos que se destinem à pesquisa científica e tecnológica, como aquelas realizadas oriundas de recursos concedidos pela CAPES e CNPq, que são entidades de fomento à pesquisa.

Reparam que, quando tal hipótese for aplicada a **obras e serviços de engenharia**, foi imposto um **limite de valor**, o qual após a atualização promovida pelo Decreto 11.871/2023, passou a ser de **R\$ 359.436,08**, além do que deverá seguir procedimentos instituídos em regulamentação específica (art. 74, §5º).

Além disso, neste caso de dispensa a Administração poderá dispensar a apresentação de determinados documentos da entidade a ser contratada (art. 70, III).

Art. 75, IV – para contratação que tenha por objeto: (...) d) transferência de tecnologia ou licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, nas contratações realizadas por Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT) pública ou por agência de fomento, desde que demonstrada vantagem para a Administração;

Aqui temos uma hipótese de dispensa dirigida especialmente a agências de fomento (como o CNPq - Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) ou Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação³⁸, que vão até o mercado buscar criações ou tecnologias já desenvolvidas.

Art. 75, IV – para contratação que tenha por objeto: (...) e) hortifrutigranjeiros, pães e outros gêneros perecíveis, no período necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, hipótese em que a contratação será realizada diretamente com base no preço do dia;

³⁷ Lei 14.133, art. 6º, LV - produtos para pesquisa e desenvolvimento: bens, insumos, serviços e obras necessários para atividade de pesquisa científica e tecnológica, desenvolvimento de tecnologia ou inovação tecnológica, discriminados em projeto de pesquisa;

³⁸ Nos termos previstos na Lei 13.243/2016, são entidades da administração pública ou entidades privadas sem fins lucrativos que tenham como missão institucional executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico.

Assim como já constava da Lei 8.666, nesta alínea o legislador cuidou das compras eventuais de **produtos perecíveis** (verduras, frutas, carnes, pães etc). Imagine se, às pressas, um ente público necessite adquirir um gênero perecível. Como tais gêneros alimentícios se deterioram com o decurso do tempo, não faria sentido a realização de uma licitação. Faz-se, assim, a contratação direta com base no **preço do dia**.

Detalhe importante é que tal dispensa **não é permanente**³⁹, na medida em que a Administração, em geral, poderia se planejar e realizar uma licitação para o fornecimento contínuo destes gêneros perecíveis (por meio de um registro de preços, por exemplo). Dessa forma, a compra dos hortifrutis mediante dispensa somente será cabível durante o **período de tempo necessário para a realização da licitação**.

Art. 75, IV – para contratação que tenha por objeto: (...) f) bens ou serviços produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional;

Sabemos que há grande demanda para serviços relacionados à construção de equipamentos para processamento de dados ou softwares especialistas para a defesa nacional. Nesses casos, é facultado à Administração dispensar a licitação caso os bens sejam produzidos ou os serviços sejam prestados em território nacional, e estejam caracterizados por possuírem alta complexidade tecnológica e serem relacionados à defesa nacional.

A diferença entre a hipótese em apreço e o inciso VI (comprometimento da segurança nacional) consiste, segundo Carvalho Filho⁴⁰, que este último tem “caráter genérico, referindo-se à **segurança nacional**, ao passo que o primeiro é específico e visa à proteção de propriedade intelectual voltada à **defesa nacional** – esta, na verdade, um aspecto daquela. Além disso, conjuga esse fator com a complexidade tecnológica dos bens e serviços do setor, a qual, em regra, impede mesmo o regime de competitividade”.

Art. 75, IV – para contratação que tenha por objeto: (...) g) materiais de uso das Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante autorização por ato do comandante da força militar;

Esta hipótese de dispensa, que já constava da Lei 8.666, foi pensada nos militares, buscando facilitar a **padronização** dos materiais de uso das forças armadas. Reparem que aqui não estamos

³⁹ FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 27ª ed. Atlas. P. 259

⁴⁰ Op. Cit.

nos referindo a material de uso pessoal ou administrativo dos militares (como impressoras, toners, resmas de papel etc).



Se formos considerar as aquisições em geral **realizadas pelos militares** por meio de dispensa de licitação, além deste inciso, ganha especial aquelas hipóteses mencionadas no **inciso VI** (possibilidade de comprometimento da segurança nacional) e do **inciso IV, alínea 'i'** (abastecimento ou suprimento de efetivos militares em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes).

Art. 75, IV – **para contratação que tenha por objeto: (...) h) bens e serviços para atendimento dos contingentes militares das forças singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, hipótese em que a contratação deverá ser justificada quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificada pelo comandante da força militar;**

Hipótese que nos remete às forças de paz que o país constituiu no exterior, a exemplo da atuação das forças armadas no Haiti de 2004 a 2017.

Art. 75, IV – **para contratação que tenha por objeto: (...) i) abastecimento ou suprimento de efetivos militares em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento;**

O fundamento lógico desta hipótese consiste na inviabilidade de a tropa/embarcação retornar à sua sede associada à premente necessidade do combustível ou alimento.

Nesse sentido, a exiguidade de prazo tornaria desaconselhada a realização de uma licitação.

Art. 75, IV – **para contratação que tenha por objeto: (...) j) coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente de pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;**

Neste caso, a Administração procura dar um fomento a associações/cooperativas de pessoas de baixa renda que se dediquem ao manejo e reciclagem de resíduos.

Art. 75, IV – **para contratação que tenha por objeto: (...) k) aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que inerente às finalidades do órgão ou com elas compatível;**

Aqui teríamos um museu, por exemplo, contratando diretamente uma organização para fornecer uma obra de arte ou restaurá-la.

Reparam que a restauração de obras de arte é serviço mencionado no rol do art. 74 da nova Lei, de sorte que, havendo notória especialização e natureza predominantemente intelectual, poderia ser objeto de inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 74, III.

Art. 75, IV – **para contratação que tenha por objeto: (...) l) serviços especializados ou aquisição ou locação de equipamentos destinados ao rastreamento e à obtenção de provas previstas nos incisos II e V do caput do art. 3º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 [em inquérito ou processo criminal], quando houver necessidade justificada de manutenção de sigilo sobre a investigação;**



Aqui temos uma novidade da Lei 14.133! Estamos diante da obtenção de equipamentos (como grampos, gravadores, escutas etc) destinados à obtenção de provas, na seara criminal, relativa à **interceptação de comunicações** telefônicas e telemáticas e **captação ambiental** de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos.

Art. 75, IV – **para contratação que tenha por objeto: (...) m) aquisição de medicamentos destinados exclusivamente ao tratamento de doenças raras definidas pelo Ministério da Saúde;**



Aqui temos outra novidade da Lei 14.133! Trata-se de uma forma de facilitar a **aquisição de medicamentos** para as **DRs** (doenças raras), que são aquelas que atingem, proporcionalmente, um número muito reduzido de pessoas⁴¹.

Art. 75, V – **para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004 [relacionadas à construção de ambientes especializados e cooperativos de inovação], observados os princípios gerais de contratação constantes da referida Lei;**

Nesta hipótese estamos diante da contratação das “encomendas tecnológicas”, da Lei 10.973/2004, chamada de **lei da inovação**. O exemplo que podemos citar seria um órgão público buscando contratar, por exemplo, a criação de uma vacina para combater a Covid-19 junto a uma instituição de pesquisa ou um algoritmo computacional, totalmente inovador.

Art. 75, VI – **para contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios;**

Nesta hipótese estaremos diante dos interesses da sobrevivência do Estado brasileiro⁴², nos termos definidos no Decreto 2.295/1997, a exemplo da “aquisição de recursos bélicos navais, terrestres e aeroespaciais”.

Caso concreto: ao final de 2019, o Brasil formalizou a aquisição de quatro navios de guerra (chamadas “Corvetas Tamandaré”), ao custo aproximado de R\$ 5,5 bilhões, fazendo uso desta hipótese de dispensa (igual teor à que constava da Lei 8.666⁴³).

Segundo Jacoby, este inciso contém uma resposta da Lei de Licitações ao conflito entre o princípio da licitação e o da segurança nacional, sendo que o legislador entendeu que deveria prevalecer a segurança nacional, nestes casos. Isto porque há situações em que a realização de uma licitação poderia trazer riscos à segurança nacional, a exemplo de sua ampla publicidade e dos prazos necessários para seus procedimentos.

⁴¹ Segundo o Ministério da Saúde, são doenças que afetam até 65 pessoas em cada 100 mil indivíduos.

⁴² FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17ª ed. p. 506

⁴³ TCU - DEN: 02149320197, Relator: AUGUSTO SHERMAN, Data de Julgamento: 27/11/2019, Plenário), ainda à luz da Lei 8.666/1993.

Reparam que, no texto da Lei 8.666, exigia-se decreto do próprio Presidente da República, sendo que a nova Lei admite ato normativo expedido pelo **Ministro da Defesa**.

Art. 75, VII– ***nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou de grave perturbação da ordem;***

O inciso acima deixa claro que, em tempos de **guerra, de grave perturbação da ordem, estado de defesa** (CF, art. 136), de **sítio** (CF, art. 137, I) ou **intervenção federal⁴⁴** (CF, art. 34-36), não haveria tempo hábil para a realização da licitação, podendo o administrador público se socorrer da contratação direta mediante dispensa.

Art. 75, VIII – ***nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontratação de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;***

No inciso VIII acima está descrita a **hipótese de emergência ou calamidade pública** que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas e bens públicos ou particulares.

Por exemplo, a contratação emergencial de serviços relacionados à instalação e configuração de linhas de comunicação em locais afetados por enchentes.

Estejam atentos para o fato de que os bens ou serviços contratados **deverão ser apenas os necessários ao atendimento da emergência**.

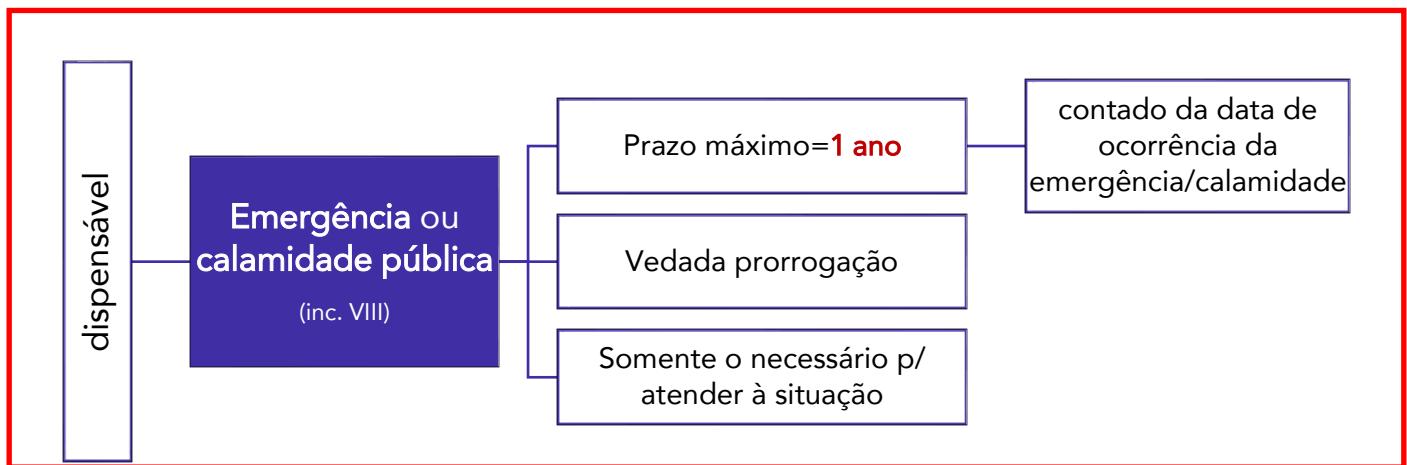
Além disso, o tempo total do contrato para esses casos deverá ser limitado a **1 ano**, contados da ocorrência da calamidade que justificou a situação de emergência, sendo **proibida a prorrogação dos instrumentos contratuais** (e a recontratação da mesma empresa com base nesta mesma hipótese de dispensa).

⁴⁴ Que já eram apontados como exemplos de grave perturbação da ordem.

Reparam que, pela Lei 8.666, o prazo máximo destes contratos era de 180 dias, tendo sido ampliado para 1 ano na nova lei.



Por fim, vale comentar a chamada “**emergência fabricada**”, que é aquela em que a situação emergencial decorreu da desídia do administrador – e não de uma causa natural. A Lei considera tal contratação como sendo aquela que objetiva “manter a continuidade do serviço público” (art. 75, § 6º). Neste caso, embora seja possível a celebração do contrato por dispensa, devem ser adotadas duas providências: (i) conclusão do processo licitatório e (ii) apuração das responsabilidades dos agentes públicos que, por negligência, deram causa à situação emergencial.



Art. 75, IX – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

O inciso IX acima apresenta a hipótese que permite às pessoas jurídicas de direito público interno (órgãos, autarquias e fundações de direito público) contratarem bens ou serviços de órgão ou

entidade que tenha sido criado para o fim específico da contratação, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

São situações em que contratante e contratado **pertencem à Administração Pública** (sendo o contratante pessoa jurídica de direito público).

Um exemplo bastante comum aqui seria a contratação do Serpro – Serviço Federal de Processamento de Dados –, empresa pública criada na década de 60 com a missão de prestar serviços de Tecnologia da Informação e Comunicações para o setor público brasileiro.

Assim, com fundamento neste dispositivo a Receita Federal, por exemplo, poderia celebrar⁴⁵ dispensa para o desenvolvimento de sistemas relacionados ao imposto de renda.

Observe atentamente que há uma série de pré-requisitos que autorizam a contratação por meio de dispensa, porém o mais importante deles é o fato de que o preço contratado **deverá ser compatível com o praticado no mercado**.

Por fim, vale destacar que não há mais o **limite temporal** que havia sob a égide da Lei 8.666, que exigia que a entidade contratada houvesse sido criada “em data anterior à vigência” daquela Lei.

Art. 75, X - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

Aqui temos um caso em que a contratação pretendida pela Administração não visa obter a proposta mais vantajosa, mas sim **regularizar o abastecimento** e os respectivos **preços** em benefício da população.

Como exemplo, poderíamos citar as intervenções no domínio econômico para normalizar o abastecimento de bens alimentícios ou de combustíveis.

⁴⁵ A celebração do contrato seria por meio da União - pessoa jurídica de direito público a que pertence o órgão público.

Carvalho Filho⁴⁶ defende que este caso de dispensa destina-se exclusivamente à **União**, na medida em que os demais entes federados não possuem competência constitucional para a intervenção no domínio econômico (CF, art. 174).

Art. 75, XI – para celebração de contrato de programa com ente federativo ou com entidade de sua Administração Pública indireta que envolva prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizados em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;

A **prestação associada de serviços públicos** ocorre quando um ente federativo se incumbe diretamente da prestação de serviços públicos de outro, podendo se socorrer inclusive dos consórcios públicos para tal prestação de serviços.

Nestes casos, dispensou-se a licitação para a celebração de **contrato de programa** entre ente da federação (ou entidade de sua administração indireta) com o consórcio público, para tal prestação de serviços públicos de forma associada.

- - - -

Vou abrir um parêntese para lembrar que, além da regra estudada acima, o consórcio público pode ser **contratado diretamente** pela Administração Direta ou Indireta dos entes federativos consorciados, isto é, **dispensada a licitação** (Lei 11.107/2005, art. 2º, III).

Art. 75, XII – para contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição desses produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia;

Considerando a importância do tema “saúde pública”, a ideia, nesta hipótese de dispensa, consiste em facilitar aquisição de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 75, XIII – para contratação de profissionais para compor a comissão de avaliação de critérios de técnica, quando se tratar de profissional técnico de notória especialização;

⁴⁶ FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 27ª ed. Atlas. P. 264



Neste inciso temos outra novidade da Lei 14.133. Em algumas situações, a Administração precisará avaliar critérios técnicos de ofertas de licitantes, por exemplo, como ocorre em uma licitação na modalidade concurso. Assim, para se contratar particulares para realizar tal avaliação, é dispensável a licitação, quanto os profissionais a serem contratados possuírem notória especialização.

Art. 74, XIV – **para contratação de associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgão ou entidade da Administração Pública, para a prestação de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado e os serviços contratados sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência;**

Temos aqui uma hipótese de **fomento** proporcionado pela Administração Pública, visto que um dos objetivos desta contratação é beneficiar tais associações, cujos associados possuem limitações físicas (PcD – Pessoa com Deficiência).

Exemplo: contratação da APAE (Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais) para prestação de serviços de jardinagem de determinada repartição pública.

Duas exigências importantes: (a) a associação de PcD não pode ter finalidade lucrativa e (b) os serviços devem ser prestados apenas por PcD.

Art. 74, XV – **para contratação realizada por Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT) de instituição brasileira sem fins lucrativos que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que a contratada tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos;**

Esse inciso ilustra o caso das contratações das **fundações** (pois não possuem fins lucrativos) de ensino e pesquisa, por exemplo, para o fornecimento de bens ou para a prestação de serviços.

A lei determina que a instituição deva ser **brasileira**, que detenha **inquestionável reputação ético-profissional** (alguém sabe como medir isso?) e, também, não tenha fins lucrativos.

A novidade, nesta hipótese, fica por conta da inclusão (i) do estímulo à inovação e (ii) dos projetos de extensão, que não constavam da Lei 8.666/1993.

Art. 74, XVI – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da Administração Pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, nos termos do inciso XII do caput deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à entrada em vigor desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

Já havíamos comentado anteriormente duas hipóteses similares:

- contratação por parte de pessoa jurídica de direito público, de outro ente público (inciso IX);
- contratação por uma Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT) de instituição brasileira destinada ao ensino, pesquisa, desenvolvimento etc (inciso XV acima).

Neste inciso temos a previsão específica para contratação para atender a necessidades da **área de saúde**.

XVII - para a contratação de entidades privadas sem fins lucrativos para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou pela falta regular de água; (Lei 14.628/2023)

XVII - para contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação do Programa Cozinha Solidária, que tem como finalidade fornecer alimentação gratuita preferencialmente à população em situação de vulnerabilidade e risco social, incluída a população em situação de rua, com vistas à promoção de políticas de segurança alimentar e nutricional e de assistência social e à efetivação de direitos sociais, dignidade humana, resgate social e melhoria da qualidade de vida. (Lei 14.628/2023)

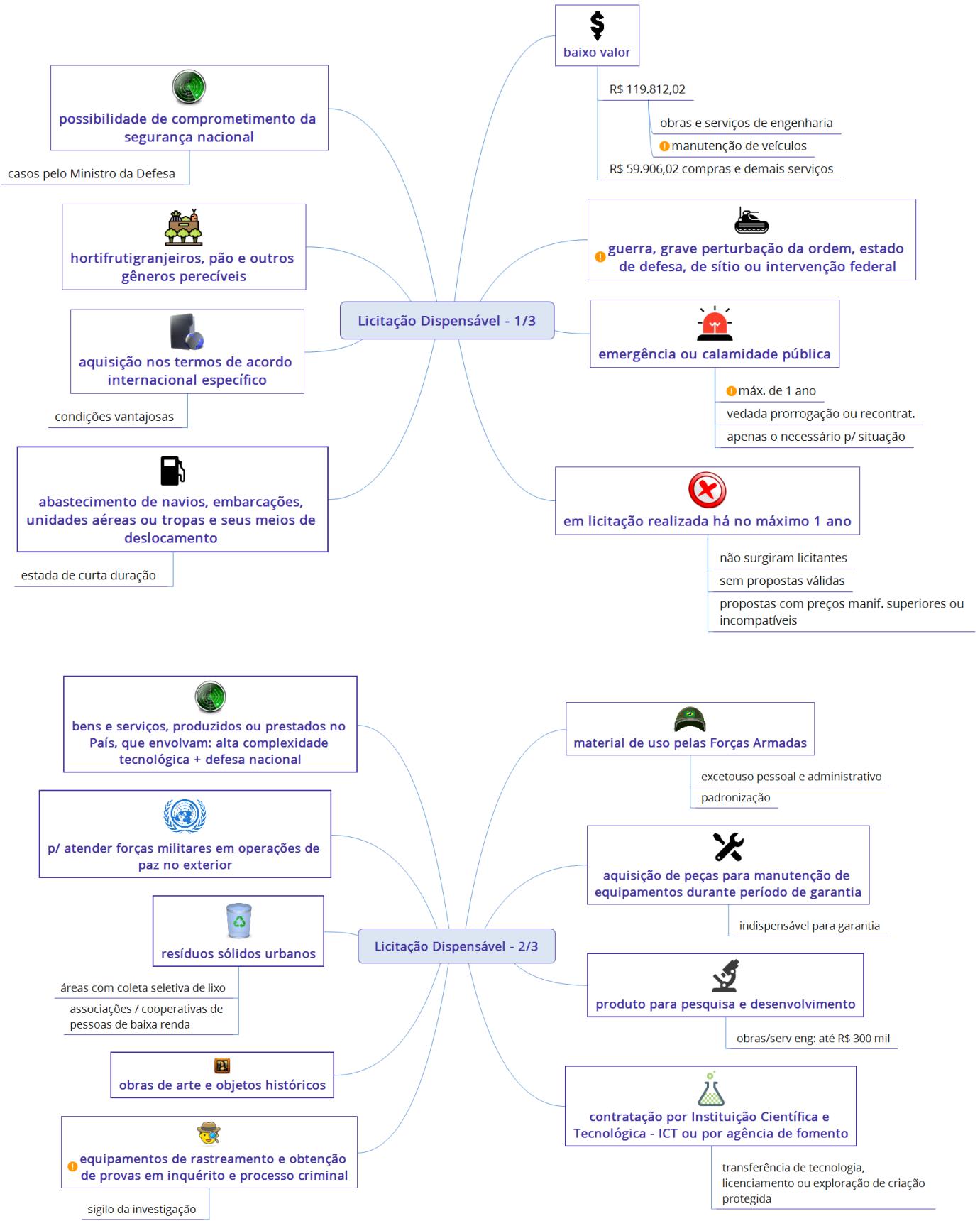


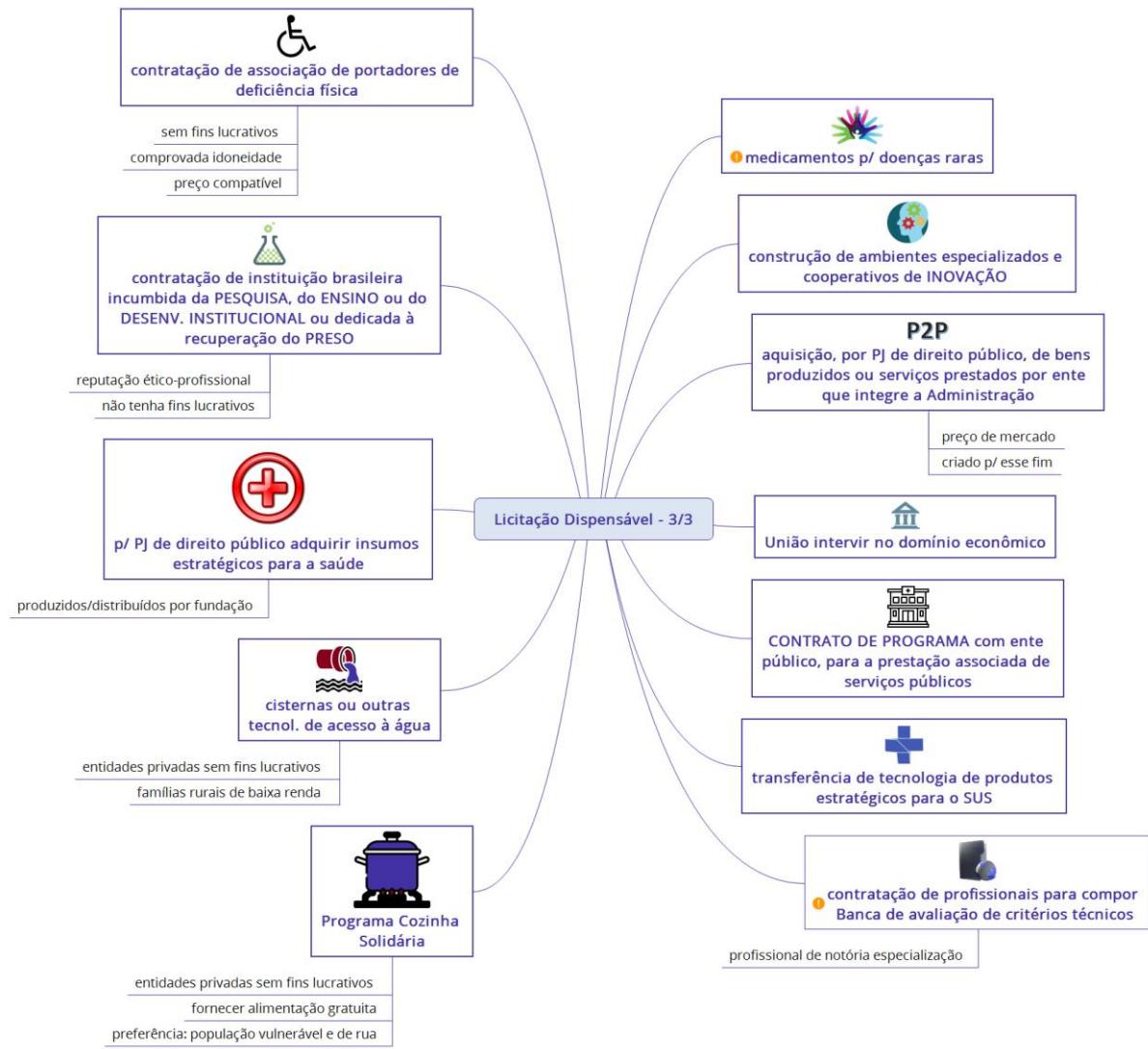
Reparem que, embora a nova Lei tenha acrescido novos casos de dispensa, várias hipóteses que constavam da Lei 8.666 **não foram mencionadas** na NLL, a exemplo das seguintes:

- compra ou **locação de imóvel** destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração (Art. 24, X): tal situação passou a ser considerada, formalmente, hipótese de **inexigibilidade de licitação**;
- contratação de **remanescente de obra, serviço** ou **fornecimento**, em consequência de rescisão contratual (Lei 8.666, Art. 24, XI): agora, a Administração poderá simplesmente **convocar o próximo licitante** da lista de classificados para celebrar o contrato (Lei 14.133, art. 90, §7º);
- contratação de fornecimento de **energia elétrica** e **gás natural** (Lei 8.666, Art. 24, XXII): de toda forma, parte da doutrina já defendia o enquadramento deste caso no conceito de **inexigibilidade de licitação**;
- contratação de **organizações sociais**, para atividades contempladas no contrato de gestão (Art. 24, XXIV): considerando que não eram contratos administrativos propriamente ditos, bem como o entendimento do STF constante da ADI 1.923;
- construção de **estabelecimentos penais** (Lei 8.666, Art. 24, XXXV).



Dada a importância em provas do assunto e em razão da quantidade de incisos/alíneas, compilamos os seguintes resumos:





Licitação dispensada

Nas hipóteses estudadas a seguir, o legislador estabeleceu uma **única conduta** ao administrador público: a não realização de licitação.

Todos os casos comentados nesta seção dizem respeito à **alienação de bens**, dominicais⁴⁷, sendo a alienação de bens imóveis tratada no inciso I do art. 76 a seguir e, no inciso II do mesmo artigo, as hipóteses de dispensa que tem por objeto a alienação de bens móveis.

⁴⁷ Bens públicos dominicais (ou dominiais) são aqueles que, apesar de integrarem o patrimônio público, não possuem uma destinação pública definida.

Antes, porém de avançar, notem que a alienação destes bens, ainda que realizada mediante dispensa, como **regra geral** exige (art. 76, *caput* e incisos I e II):

Bens imóveis	Bens móveis
autorização legislativa	-
avaliação prévia	avaliação prévia
interesse público devidamente justificado	interesse público devidamente justificado

A partir do diagrama acima, quero chamar a atenção para um detalhe: a despeito de, em regra, se exigir autorização legislativa para alienação de bens imóveis, há dois casos em que esta não será necessária. São as alienações de imóveis provenientes de (i) **dação em pagamento**⁴⁸ ou (ii) **procedimentos judiciais**⁴⁹ (art. 76, § 1º). Para estas, embora se exija licitação na modalidade leilão, a autorização legislativa não se faz necessária.

➤ Alienação de bens imóveis

Estudamos, anteriormente, que a alienação de bens imóveis, em regra, deve ser realizada mediante licitação na modalidade **leilão** (não mais a concorrência). Neste tópico estudaremos exceções a esta regra, que admitem a alienação de **bens imóveis** mediante dispensa:

Art. 76. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de **interesse público devidamente justificado**, será **precedida de avaliação** e obedecerá às seguintes normas:

I – quando **imóveis**, inclusive os pertencentes às autarquias e às fundações, exigirá **autorização legislativa** e dependerá de licitação na modalidade leilão, **dispensada** de licitação nos casos de:

a) **dação em pagamento**;

⁴⁸ Dação em Pagamento, em síntese, diz respeito à situação em que o particular dá bens imóveis ao poder público como forma de quitar dívidas.

⁴⁹ Neste caso são bens imóveis oriundos de processos judiciais, como nos casos em que o particular teve seu patrimônio executado para pagamento de dívidas com o Estado.

- b) **doação**, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, g e h deste inciso;
- c) **permuta por outros imóveis** que atenda aos requisitos relacionados às finalidades precípuas da Administração, desde que a diferença apurada não ultrapasse a metade do valor do imóvel que será ofertado pela União, segundo avaliação prévia, e ocorra a torna de valores, sempre que for o caso;
- d) investidura⁵⁰;
- e) **venda a outro órgão ou entidade** da Administração Pública de qualquer esfera de governo;
- f) **alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso** de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente usados em **programas de habitação ou de regularização fundiária** de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;
- g) **alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso** de bens imóveis comerciais de âmbito local, com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e destinado a programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;
- h) **alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais** da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;

⁵⁰ Art. 76, § 5º Entende-se por investidura, para os fins desta Lei, a:

I – alienação, ao proprietário de imóvel lindeiro, de área remanescente ou resultante de obra pública que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço que não seja inferior ao da avaliação nem superior a 50% (cinquenta por cento) do valor máximo permitido para dispensa de licitação de bens e serviços previsto nesta Lei;

II – alienação, ao legítimo possuidor direto ou, na falta dele, ao poder público, de imóvel para fins residenciais construído em núcleo urbano anexo a usina hidrelétrica, desde que considerado dispensável na fase de operação da usina e que não integre a categoria de bens reversíveis ao final da concessão.

i) legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976 [Processo Discriminatório de Terras Devolutas da União], mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública competentes;

j) legitimação fundiária e a legitimação de posse de que trata a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017 [regularização fundiária rural e urbana];

A partir do rol acima, reparem que, na alienação de imóveis residenciais, não houve limitação de área (alínea 'f'), sendo que para imóveis comerciais estabeleceu-se um máximo de 250 m² (alínea 'g').

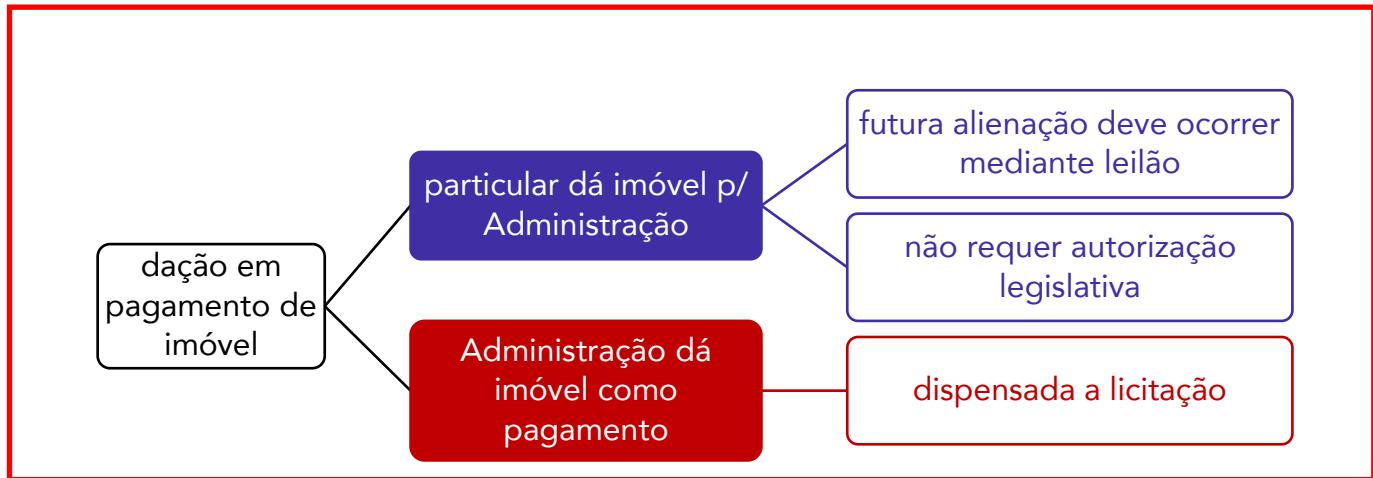
Seguindo adiante, além da hipótese estabelecida na alínea 'h' acima, destaco que a Administração poderá conceder (i) título de propriedade ou (ii) direito real de uso de imóveis sem licitação quando a utilização do imóvel se destinar a (art. 76, §3º):

Art. 76, § 3º, I – outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel;

II - pessoa natural que, nos termos de lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, de ocupação mansa e pacífica e de exploração direta sobre área rural, observado o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009⁵¹.

No que se refere à **dação em pagamento** de bens imóveis, mencionada na alínea 'a' acima, lembro que aqui é o Estado quem dá o imóvel em pagamento (licitação dispensada)! Diferentemente seria se o Estado tivesse recebido o imóvel em pagamento a um particular, aí haveria o dever de licitar a alienação deste imóvel por meio do leilão (embora se dispense a autorização legislativa – art. 76, §1º).

⁵¹ Neste segundo caso, será dispensada a **autorização legislativa** nas situações arroladas no art. 76, §4º, da Lei 14.133.



Já no que diz respeito à **doação** de bens imóveis, mencionada na alínea 'b' acima, o § 2º do mesmo artigo dispõe que, cessadas as razões que justificaram sua doação, os bens anteriormente doados **reverterão** ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada sua alienação pelo beneficiário.

Por falar em doação, importante destacar que, se houver o estabelecimento de **encargo**⁵², ela deverá ser licitada. Tal licitação, todavia, será dispensada no caso de interesse público devidamente justificado (art. 76, §6º).

Adiante as dispensas para alienação de **bens móveis**:

Art. 76, II – quando **móveis**, dependerá de licitação na modalidade leilão, **dispensada** a realização de licitação nos casos de:

- doação**, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de oportunidade e conveniência socioeconômica em relação à escolha de outra forma de alienação;
- permuta**, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;
- venda de ações**, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;
- venda de títulos**, observada a legislação pertinente;

⁵² Doação com encargo consiste na doação que é acompanhada de uma contrapartida a cargo daquele que recebeu o bem (exemplo: doação de uma gleba de terra em que o donatário deverá construir uma escola).

e) **venda** de bens produzidos ou comercializados por entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;

f) **venda** de materiais e equipamentos sem utilização previsível por quem deles dispõe para outros órgãos ou entidades da Administração Pública.



Antes de encerrar este tópico, destaco que, em junho de 2019, o STF⁵³ considerou que a **venda de subsidiárias de estatais** não requer realização de licitação (nem mesmo autorização legislativa). A alienação das empresas-matrizes, por outro lado, continua demandando prévio procedimento licitatório (e também autorização legislativa).

⁵³ STF - ADI 5624. Rel. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 6/6/2019

DISPOSIÇÕES SETORIAIS

O art. 40 e seguintes da nova lei de licitações apresenta uma série de regras próprias, que irão variar de acordo com a natureza do objeto contratado, denominadas “disposições setoriais”. Nada mais são do que diretrizes específicas às licitações de **compras** (arts. 40-44), **de obras e serviços de engenharia** (arts. 45-46), **serviços em geral** (arts. 47-50), **locações de imóveis** (art. 51) e, ainda, **licitações internacionais** (art. 52).

Compras (arts. 40-44)

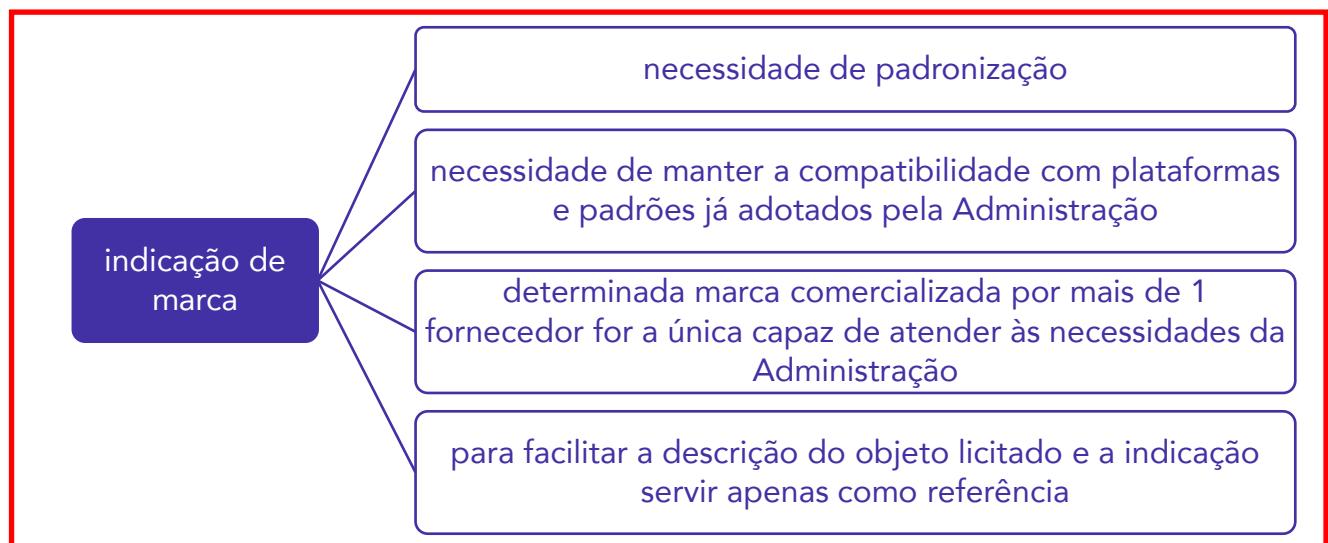
Sabemos que as compras consistem na **aquisição remunerada de bens** para fornecimento de uma só vez ou parceladamente (art. 6º, X).

Adiante vamos comentar os principais preceitos aplicáveis às compras, constantes dos arts. 40-44 da Lei 14.133/2021, especialmente sobre (i) indicação de marca, (ii) diretrizes gerais e princípios das aplicáveis às compras e (iii) vedação a artigos de luxo.

➤ Indicação de marca

Uma das peculiaridades envolvendo as compras governamentais consiste na possibilidade, excepcional, da **indicação de marca**.

Segundo a nova lei de licitações, a indicação de marcas ou, até mesmo de modelos de equipamentos, pode ocorrer em **caráter excepcional** nas seguintes hipóteses (art. 41, I):



Não tivemos grandes novidades neste ponto, apenas a positivação, em lei, de hipóteses que já eram consideradas pela jurisprudência dos tribunais de contas⁵⁴.

Nos dois primeiros casos acima destacados, temos uma clara manifestação do **princípio da padronização**. Ou seja, a partir da padronização das compras, o ente público, em tese, poderia ter um parque de equipamentos do mesmo fabricante ou mesmo modelo, como forma de aumentar a eficiência da operação e manutenção daqueles equipamentos.

Na terceira hipótese (determinada marca for a única capaz de atender às necessidades da Administração), reparem que a Administração comprovadamente necessita daquela marca, sendo que o interesse público autoriza a indicação. No entanto, há diversas empresas capazes de fornecerem tal marca, o que afasta a inexigibilidade de licitação. É o que ocorre, por exemplo, quando apenas aplicativos da Microsoft podem atender aquele órgão, mas há diversas empresas que comercializam tais produtos.

Por fim, na quarta hipótese (indicação de marca apenas como referência), estamos diante de uma conveniência para facilitar o trabalho de se descrever o produto no edital. São os casos em que indica-se a marca como parâmetro, embora o certame não seja restrito àquele fornecedor. É o que se tem, por exemplo, nas licitações que indicam como objeto “caneta BIC ou similar” ou “caneta BIC ou equivalente”.

Em qualquer dos casos, deve haver uma **justificativa formal** para tanto.

- - - - -

Além de poder, excepcionalmente, indicar marcas, a Administração poderá também praticar o caminho inverso, ou seja: **vedar a contratação de determinada marca ou produto** (art. 41, III). É como se fosse um “blacklist” de produtos da Administração =)

Isto ocorrerá, mediante processo administrativo, quando restar comprovado que produtos adquiridos anteriormente pela Administração não atendem a requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual.

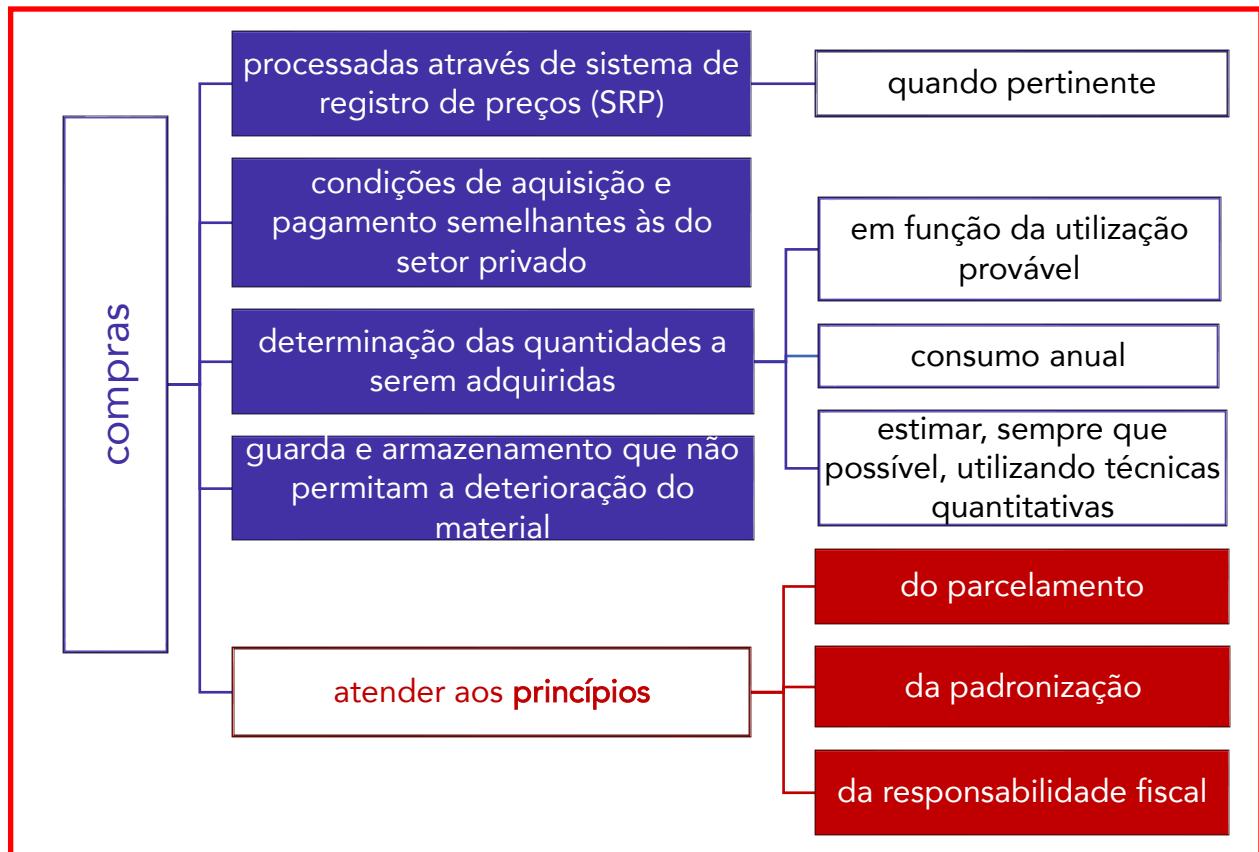
➤ **Diretrizes e princípios para as compras**

Agora vamos comentar uma série de **diretrizes para as compras governamentais** (art. 40), que têm tudo para serem muito cobradas em prova!!

⁵⁴ A exemplo da Súmula TCU 270.

Primeiramente, vale ressaltar que os agentes públicos envolvidos nos setores de contratação devem buscar sempre **planejar previamente** as aquisições. Nesse sentido, o legislador estabeleceu que uma compra deve considerar o horizonte de **1 ano de consumo** do órgão, a partir de técnicas de estimativa.

Além do horizonte anual de planejamento, os seguintes preceitos devem ser observados⁵⁵:



Em relação aos princípios mencionados, vamos destacar inicialmente o **princípio do parcelamento**⁵⁶, por meio de um exemplo.

⁵⁵ O mencionado “Sistema de Registro de Preços” basicamente consiste em um **cadastro de fornecedores**, o qual irá subsidiar futuras contratações por parte do poder público.

⁵⁶ Cuidado para não confundir o parcelamento do objeto da licitação (recomendado) com o fracionamento de despesa (prática vedada). No fracionamento, vedado por lei, a Administração faria diversas contratações de pequeno valor para não ter que realizar uma licitação, em suma.

Exemplo 1: Suponha que determinado hospital público deseje ampliar sua ala da UTI, adquirindo novos leitos e, ainda, comprar medicamentos para utilização futura.

Sendo assim, o hospital promove uma única licitação, aglutinando em um único objeto os leitos e a aquisição dos medicamentos. Assim, todo este objeto seria adjudicado a uma única empresa.

Pergunte-se: Quantas empresas no Brasil conseguiriam, ao mesmo tempo, fornecer leitos e medicamentos?

Provavelmente, pouquíssimas empresas, não é mesmo?!

Então, naquela situação hipotética daquele, notem que a Administração poderia realizar uma licitação contendo dois lotes distintos, como por exemplo:

- lote 1: medicamentos
- lote 2: aquisição de leitos

Ou, até mesmo, duas licitações distintas.

Em qualquer destes casos, tal parcelamento iria permitir que empresas farmacêuticas participassem da licitação para os medicamentos e empresas especializadas no fornecimento de leitos participassem da outra licitação.

Esta ampliação do mercado certamente levaria à contratação de preços inferiores aos obtidos na licitação do exemplo anterior.

Assim, para se ampliar a competição e as chances de obtenção da proposta mais vantajosa, o legislador estabeleceu como princípio das compras governamentais o parcelamento, prevendo ainda o seguinte:

Se, por um lado, o legislador impôs o parcelamento como regra geral (para ampliar o número de empresas potencialmente interessadas), por outro, estabeleceu que deve ser preservada a modalidade de licitação a que corresponderia à integralidade do objeto:

Lei 8.666, art. 23, § 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.

Assim, se for cabível a concorrência, o gestor público não poderia artificialmente fracionar a contratação para realizar, por exemplo, 2 tomadas de preço. Da mesma forma, ele não poderia fracionar uma contratação por meio de sucessivos convites para "fugir" de uma tomada de preços:

Art. 40, § 2º Na aplicação do princípio do parcelamento, referente às compras, deverão ser considerados:

I – a viabilidade da divisão do objeto em lotes;

II – o aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com vistas à economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e

III – o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.



O parcelamento das compras, embora seja uma regra geral, comporta exceções, assim previstas no texto da nova lei:

Art. 40, § 3º O parcelamento não será adotado quando:

I – a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor;

II – o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido;

III – o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo.

Aproveitando esta última exceção, já destaco o princípio da padronização das compras (art. 47, I; art. 40, V, 'a'), o qual pode ser utilizado para buscar a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho. A partir da padronização, como vimos acima, poderia ser feita uma indicação de marca no edital e autoriza-se a contratação sem parcelamento.

Na nova lei, as regras relacionadas à padronização foram mais bem detalhadas, passando-se a estabelecer um processo que deve ser seguido para que a padronização seja regular (art. 43). Em síntese, a padronização de um produto exige: (a) um parecer da área técnica, analisando o produto e descrevendo suas vantagens, (b) um despacho da autoridade superior, estabelecendo o padrão e (c) divulgação em sítio eletrônico do padrão e respectiva justificativa.

Exemplo: determinado órgão pretende definir, como padrão de computador, aqueles que possuem processadores da marca Intel. Para isto, deve obter um parecer da área de informática do órgão com a justificativa técnica, um despacho da autoridade superior aprovando o padrão e, por fim, divulgar em seu site o padrão definido e as respectivas justificativas.

Chama a atenção regra prevista da NLL que permite que um ente federativo “aproveite” a padronização formalizada por outro ente (art. 43, §1º). No entanto, somente será possível que entes federativos de nível inferior adotem padrões definidos por entes federativos de nível igual ou superior.

Exemplo: um Estado padroniza a compra de determinado produto com base em padrão estabelecido pela União (situação permitida). Um município adota o padrão definido pelo Estado (situação permitida). O que seria vedado, no entanto, seria um Estado adotar o padrão definido por um município.

Outra regra que se relaciona com o princípio da padronização consiste no **catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras** a constar do Portal Nacional de Contratações (art. 6º, LI c/c art. 174, §2º, II). Trata-se de um cadastro informatizado, destinado a permitir a padronização de itens a serem adquiridos pela Administração Pública e que estarão disponíveis para a licitação, com os respectivos preços.

Por fim, **o princípio da responsabilidade fiscal** (art. 40, V, ‘c’), de origem do direito financeiro (a exemplo da Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/2000), busca assegurar que a compra pretendida “cabe no bolso” daquele órgão, considerando as limitações orçamentárias. Assim, o legislador estabeleceu que a despesa estimada com a compra deve ser comparada com aquela prevista no orçamento.

➤ Artigos de luxo vs. comuns

Relacionado ao presente assunto, vale comentar uma das particularidades da NLL, que **veda a aquisição de artigos de luxo** por parte de órgãos públicos.

Isto porque os itens de consumo adquiridos deverão ser de qualidade comum, não superior à necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam (art. 20). Portanto, em atenção ao

princípio da economicidade, vedou-se a contratação destes artigos de luxo, isto é, supérfluos e desnecessários para atender à necessidade do órgão.

Como “luxo” é um conceito muito relativo, o legislador previu que será editado um **regulamento**, dentro do **prazo de 180 dias**, para viabilizar o enquadramento dos bens de consumo nas categorias **comum e luxo** (art. 20, §§1º e 2º).

➤ **Teste de amostra e prova de conceito**

Incorporando a jurisprudência do TCU e regramento do RDC, a nova lei de licitações passou a admitir, expressamente, a exigência de amostra ou prova de conceito do bem a ser fornecido pelo licitante.

Em linhas gerais, podemos dizer⁵⁷ que a avaliação de amostras e a sujeição do produto a uma prova de conceito consiste na apresentação, por parte do licitante, de uma amostra dos produtos ofertados, seguida da realização de testes pelo órgão que está promovendo a licitação. Dessa forma, a aceitação da amostra constitui condição necessária para a celebração do contrato.

Este teste pode ocorrer dentro do (i) procedimento de pré-qualificação permanente, (ii) na fase de julgamento das propostas ou de lances ou (iii) no período de vigência do contrato ou da ata de registro de preços.

Em qualquer caso, é necessário que tenha sido **previsto no edital** da licitação e **justificada** a necessidade de sua apresentação (art. 41, II).

➤ **Carta de solidariedade do fabricante**

Seguindo regra do RDC⁵⁸, a Lei 14.133 passou a admitir, também, a exigência da chamada **carta de solidariedade** em certames licitatórios (art. 41, IV).

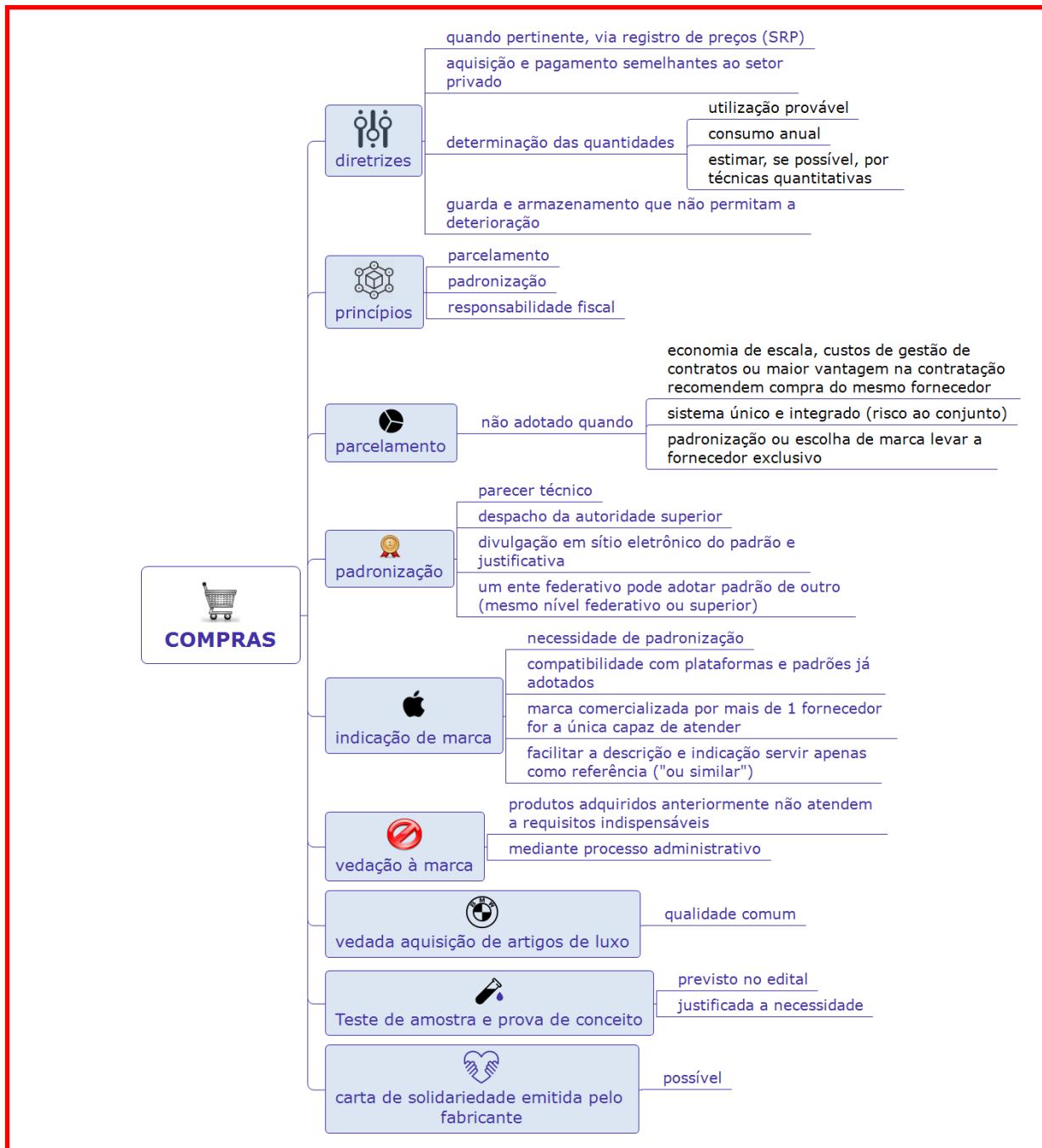
Em linhas gerais, a carta de solidariedade é um documento emitido pelo fabricante de determinado produto, por meio da qual ele externaliza responsabilidade recíproca (solidária) sobre o bem a ser fornecido por um de seus parceiros de negócio.

⁵⁷ DAUD, Antonio. BRAGA, Carlos Renato. Revista do TCU, jan/abr 2013. Revista Zênite – ILC, n 224, p. 1020-1030, out-2012. Avaliação de amostras em pregão para contratação de objetos de TI

⁵⁸ E contrariamente ao entendimento majoritário do TCU, a exemplo dos Acórdãos 216/2007, 423/2007 e 539/2007, ambos do Plenário.

Exemplo: A Microsoft emite uma carta de solidariedade em favor de uma empresa que é sua parceira, a partir da qual ela se obriga a garantir o fornecimento daquele bem, caso a empresa parceira não consiga

Em síntese:



Obras e serviços de engenharia (arts. 45-46)

Sabemos que as “obras públicas” se destinam à execução indireta de **construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação** de bens públicos.

Os serviços de engenharia, por sua vez, são aquelas atividades que, embora não sejam **enquadradas como obras**, por força de lei, são **privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados** (art. 6º, XXI), em síntese.

Em qualquer destes dois casos, foram previstas regras específicas para tais contratações, adiante comentadas.

➤ Regimes de execução de obra

Havendo contratação da obra (execução indireta), a nova lei previu 7 regimes de execução (art. 46):

Execução indireta de obra pública

empreitada por preço global

empreitada por preço unitário

empreitada integral

tarefa

contratação integrada

contratação semi-integrada

fornecimento e prestação de serviço associado

Preço certo e total

Preço certo de unidades determinadas

Empresa executa todas as etapas da obra até entrega p/ entrada em operação.

Mão-de-obra para pequenos trabalhos.
Com ou sem fornecimento de materiais

Empresa elabora e executa os projetos básico e executivo (entrega final do objeto)

Empresa elabora e executa projeto executivo (entrega final do objeto)

empresa fornece o objeto e responsabiliza-se pela operação, manutenção ou ambas



Comparando os regimes da Lei 8.666 com aqueles previstos na nova Lei, observamos apenas o acréscimo da **contratação integrada** e da **semi-integrada**, que já eram previstos na Lei do RDC e na Lei das Estatais, respectivamente, bem como o **fornecimento e prestação de serviço associado**:

Lei 8.666/1993	Nova Lei de Licitações
<ul style="list-style-type: none">- empreitada por preço global- empreitada por preço unitário<ul style="list-style-type: none">- empreitada integral- tarefa	<ul style="list-style-type: none">- empreitada por preço global- empreitada por preço unitário<ul style="list-style-type: none">- empreitada integral- tarefa- contratação integrada- contratação semi-integrada- fornecimento e prestação de serviço associado



Adiante vamos comentar as principais características de cada regime.

1) empreitada por preço global

Neste regime, o contrato é fixado um **preço certo** para remunerar o construtor pela **totalidade da obra**. Assim, o pagamento é feito quando da conclusão integral da obra ou de etapas fixadas no cronograma da obra (conclusão da etapa de 'fundação', conclusão de cada laje etc) - art. 6º, XXIX.

Exemplos: contratação de uma empreiteira para construção de um hospital; duplicação de uma rodovia federal.

2) empreitada por preço unitário

A empreitada por preço unitário tem lugar quando se contrata a execução da obra ou de serviço por **preço certo** de **unidades determinadas** (exemplos: quilômetro de rodovia pavimentada, metro quadrado edificado etc) – art. 6º, XXVIII.

Exemplo: contratação de empresa para concretar a laje de um edifício em reforma, em que se pagará por metro cúbico de concreto.

A cada mês, por exemplo, o fiscal de contrato mensura a quantidade executada e realiza o pagamento à contratada.

3) empreitada integral

Segundo define a NLL, contrata-se um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua **entrega ao contratante** em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada (art. 6º, XXX).

A empreitada integral é uma modalidade de **turn key**, pois o empreendimento deve ser entregue à Administração em situação tal que seu funcionamento dependa apenas de "girar a chave".

Exemplo: contratação de uma empresa para edificar a nova sede da Receita Federal em Brasília. A empresa deverá erguer o edifício, passar todo o cabeamento, instalar divisórias, persianas, baias de trabalho etc.

Enfim, sua obrigação estará concluída quando entregar as 'chaves' em condições da entrada em operação daquele empreendimento.

Caso a contratação desta repartição pública se desse por meio de "empreitada por preço global", o objeto alcançaria apenas a obra, de sorte que a empresa não se responsabilizaria pelas etapas seguintes, necessárias à entrada em operação daquele empreendimento.

Mas notem que, na empreitada integral, embora o contratado realize todo o trabalho de execução e testes, a Administração se incumbe de elaborar os **projetos básicos e executivo**, o que não acontece nos regimes comentados a seguir.

4) contratação integrada e contratação semi-integrada

Aqui temos outras duas modalidades de *turn key*.

A **contratação integrada**⁵⁹, pelo seu próprio nome, comprehende a elaboração e o desenvolvimento dos **projetos básico e executivo**, juntamente com a execução de obras e serviços de engenharia,

⁵⁹ Regime previsto desde o RDC (Lei 12.462/2011).

a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. Reparem que, na contratação integrada, o **próprio contratado** é encarregado de elaborar o **Projeto Executivo** e, até mesmo, o **Projeto Básico**. Para subsidiar a licitação, o edital contém um mero **anteprojeto de engenharia** (art. 6º, XXXII).

Por outro lado, na **contratação semi-integrada**⁶⁰ o poder público elabora o **projeto básico** e a contratada, o **projeto executivo** (art. 6º, XXXIII).

Para além desta importante distinção, lembro que, em ambos os casos, será **obrigatória** a existência de **matriz de alocação de riscos** no edital (art. 22, §3º). Outra peculiaridade destes dois regimes é que o orçamento da obra não é item obrigatório do projeto básico (art. 6º, XXV, 'f').

Ainda tratando-se destes dois regimes, vale já adiantar que, em regra, não será possível a ocorrência de ajustes no valor contratado, embora existam exceções a esta regra, detalhadas no art. 133 da nova lei.

6) tarefa

É o regime caracterizado pela contratação de mão de obra para **pequenos trabalhos** por preço certo, envolvendo ou não o fornecimento de materiais (art. 6º, XXXI). Segundo Marçal Justen Filho⁶¹, trata-se de uma "modalidade de empreitada, caracterizada pela **dimensão reduzida do objeto**".

7) fornecimento e prestação de serviço associado

Trata-se do regime de contratação em que, além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado (art. 6º, XXXIV).

- - - -

Os regimes de execução de preço global, empreitada integral, tarefa, integrada e semi-integrada serão licitados por **preço global** e adotarão sistemática de medição e pagamento associada à execução de etapas do cronograma físico-financeiro vinculadas ao cumprimento de metas de resultado, sendo, nestes casos, vedada a adoção de sistemática de remuneração orientada por preços unitários ou referenciada pela execução de quantidades de itens unitários (art. 46, §9º).

⁶⁰ Regime previsto na Lei das Estatais (Lei 13.303/2016).

⁶¹ Comentários adaptados de FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17ª ed. p. 208

Em qualquer destes casos, é **vedada a realização** de obras e serviços de engenharia **sem projeto executivo** (art. 46, § 1º), ressalvada a contratação de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrada a inexistência de prejuízos para aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados (§ 3º do art. 18).

Agora, vale frisar que, no caso da **contratação integrada** e da **contratação semi-integrada**, este projeto executivo será elaborado pela própria empreiteira contratada para executar as obras, sendo que, na contratação integrada, o contratado elabora até mesmo o projeto básico (com base no anteprojeto de engenharia).

➤ Diretrizes de sustentabilidade para as obras

Especificamente em relação a obras e serviços de engenharia, de forma similar ao que já constava do RDC e da lei das Estatais, o legislador buscou suscitar a condução de obras menos poluentes, devendo ser respeitados os seguintes preceitos (art. 45):

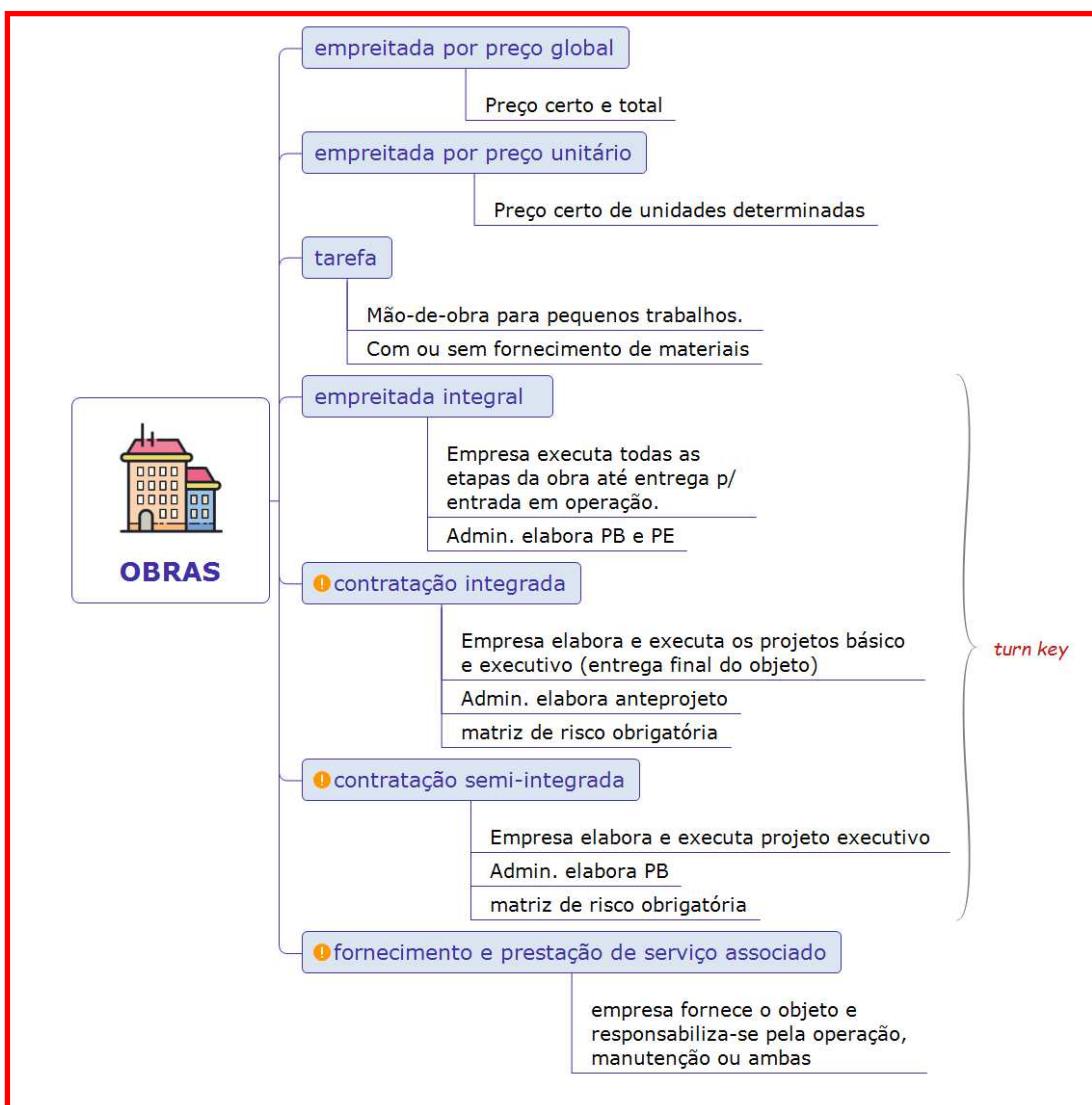


➤ Orçamento de obras

Quando a Administração for estimar o **custo das obras**, deverá seguir os preceitos contidos no art. 23, §2º, da Lei 14.133, buscando preços a partir de bancos de preços da Administração⁶², de dados de pesquisa em mídia especializada, tabelas de referências, contratações similares e, até mesmo, de uma base nacional de notas fiscais eletrônicas.



ESQUEMATIZANDO



⁶² Especificamente o 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).

Serviços em geral (arts. 47-50)

Aqui iremos incluir os “outros serviços”, isto é, aquelas atividades contratadas destinada a obter determinada utilidade concreta de interesse para a Administração, desde que não sejam enquadradas como “serviços de engenharia” (comentados no tópico anterior).

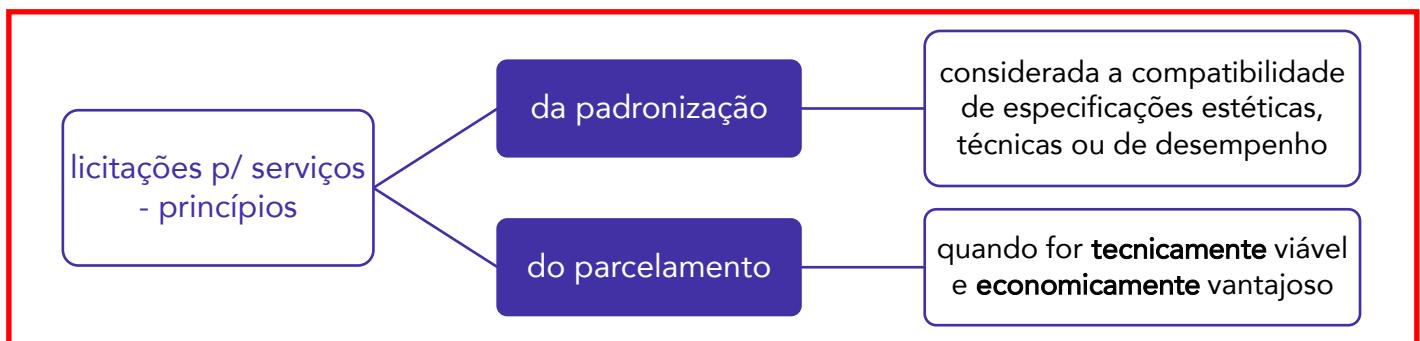
➤ Diretrizes às licitações de serviços

O art. 48 da nova Lei estabelece que podem ser contratados junto a empresas do mercado serviços considerados **acessórios, instrumentais ou complementares** aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade.

Sem pretender esgotar o tema, o legislador buscou indicar que as atividades desempenhadas pelas próprias carreiras de servidores públicos não sejam terceirizadas, mas apenas aquelas atividades acessórias, instrumentais ou complementares.

➤ Princípios aplicáveis às licitações de serviços

O art. 47 da Lei 14.133 prevê princípios a serem atendidos nas licitações para serviços:



O princípio da padronização, comentado pouco acima por ocasião das “compras”, dispensa novos comentários. A ideia aqui também é racionalizar e conferir maior eficiência ao funcionamento da Administração.

O princípio do parcelamento⁶³, também aplicável às “compras”, estabelece que, se o objeto a ser licitado for divisível, é **obrigatório seu parcelamento**, em tantas parcelas quantas se mostre viável, sob o prisma técnico e econômico.

⁶³ Já previsto na Lei 8.666 e amplamente debatido na jurisprudência brasileira, a exemplo da SUM 247 do TCU.

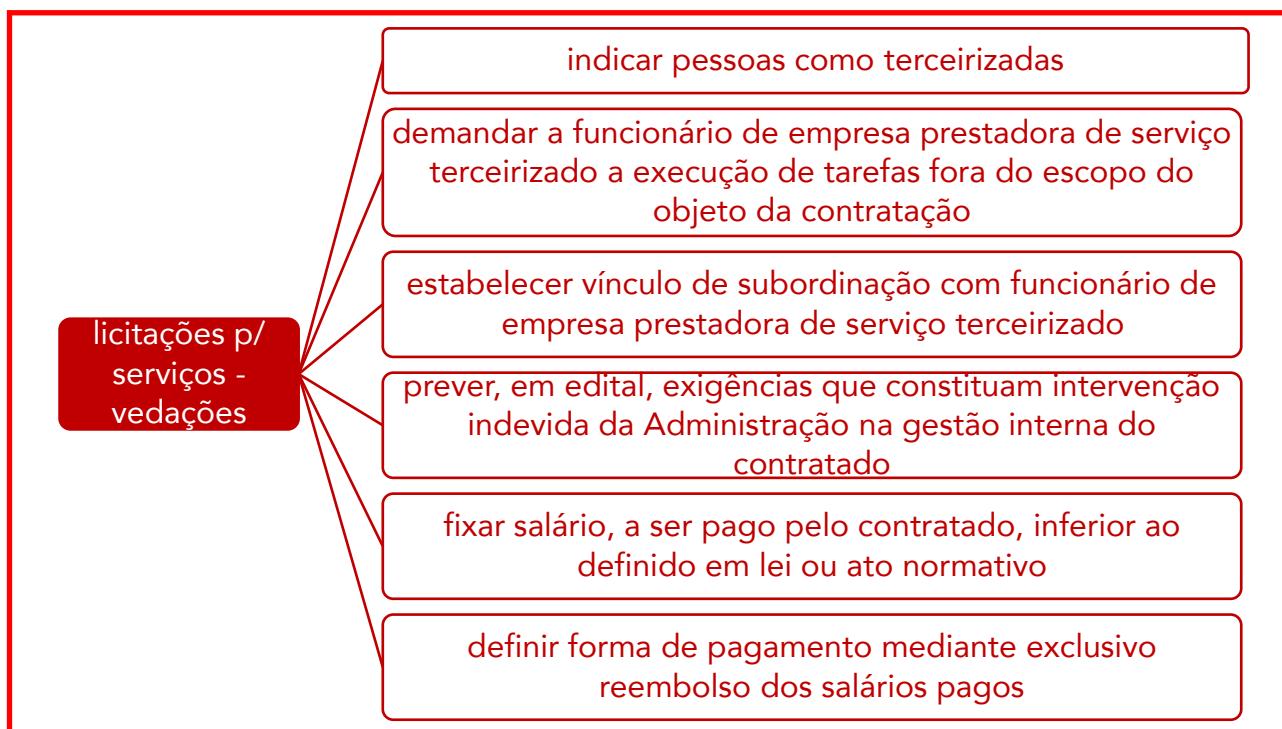
➤ Dedição exclusiva de mão de obra

Nos contratos com dedicação exclusiva de mão de obra, como já adiantado anteriormente, os terceirizados ficam **alocados apenas para determinado órgão** (isto é, sem serem “compartilhados” com outros contratos), prestando serviços nas **dependências físicas** do próprio órgão público (art. 6º, XVI).

Em tais contratos, a nova Lei prevê mecanismos para assegurar o cumprimento, por parte da empresa contratada, das obrigações trabalhistas. Assim, o art. 50 traça diretrizes para que a Administração exerça a fiscalização das questões trabalhistas relacionadas a tais contratos, podendo exigir uma série de documentos que comprovem o pagamento de verbas trabalhistas aos terceirizados, como o recibo de pagamento dos salários e vale-transporte, a folha de ponto, recolhimento do FGTS etc.

➤ Vedações aplicáveis às licitações de serviços

O art. 48 da nova Lei, além de indicar os serviços “terceirizáveis”, estabeleceu importantes vedações, que buscam resguardar a **impessoalidade** na prestação dos serviços e o respeito à **legislação trabalhista**:



Em relação aos agentes públicos **indicarem pessoas** para atuarem como terceirizados nos contratos administrativos, além de tal prática ser vedada, há que se ressaltar a vedaçāo ao “nepotismo” também na terceirização.

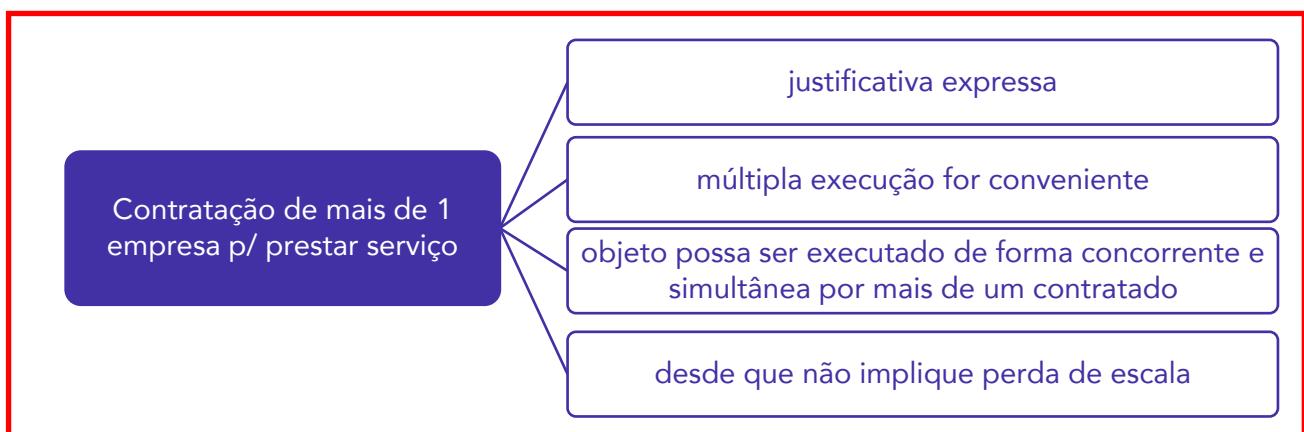
Nesse sentido, durante a vigência do contrato, é **vedado** à empresa contratada admitir **cônjugue**, companheiro ou **parente** em linha reta, colateral ou por afinidade, **até o 3º grau**, de **dirigente** do órgão ou entidade contratante ou de **agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato**, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação (art. 48, p. u.).

➤ Mais de uma empresa para o mesmo serviço

O art. 49 da nova Lei prevê a possibilidade de se contratar **mais de uma empresa** para um mesmo objeto, de modo similar ao que já constava na lei do RDC.

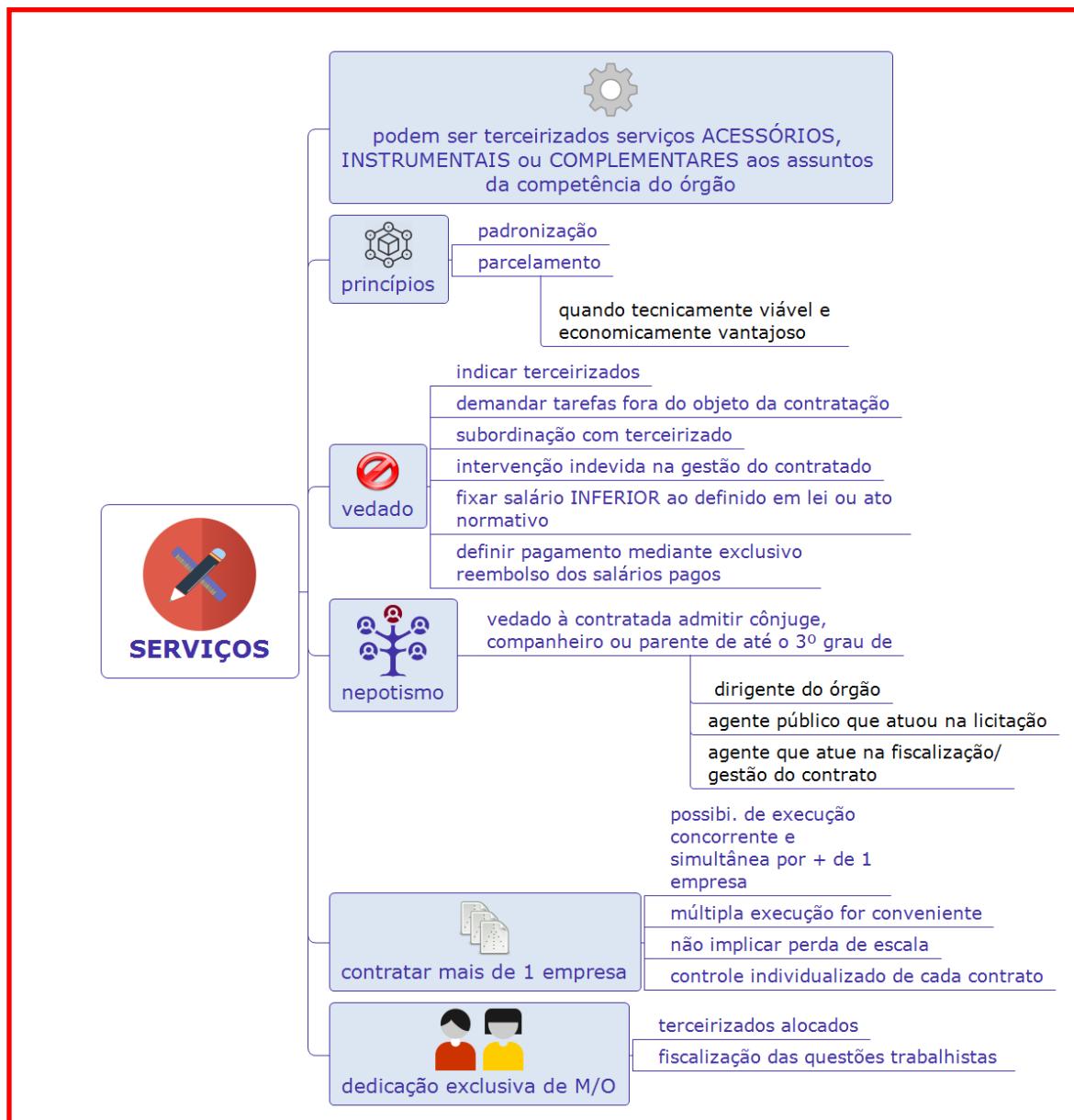
Imagine, por exemplo, um grande órgão público que precisa contratar serviços de manutenção para seu enorme parque computacional. A partir do permissivo do art. 49, ela poderá contratar duas ou mais empresas e todas elas seriam incumbidas de prestar os serviços, de acordo com a divisão estabelecida pela Administração, não “sobrecarregando” nenhuma delas.

Para que seja possível a contratação de mais de uma empresa, devem ser atendidos os seguintes requisitos cumulativos (art. 49):



No entanto, ainda que a Administração faça uso desta possibilidade, deverá manter **controle individualizado** sobre cada contrato.





Locações de bens imóveis (art. 51)

Friso que a locação de bens imóveis, em regra, deve ser precedida de **licitação**. No entanto, em caráter excepcional, é possível a locação ser realizada sem uma licitação prévia, mediante **inexigibilidade de licitação**⁶⁴ (art. 51).

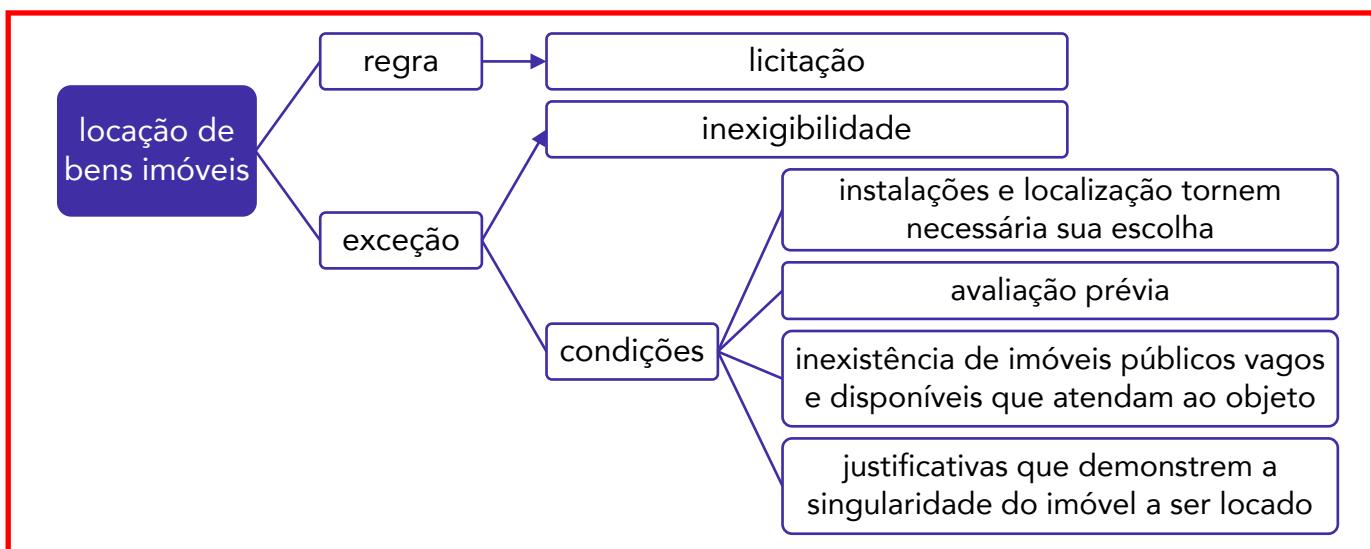
⁶⁴ Sob o regramento da Lei 8.666/1993, a locação de bens imóveis poderia se dar mediante **dispensa** de licitação.

A inexigibilidade será possível quando as características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha (art. 74, V). Ademais, a inexigibilidade requer a demonstração dos seguintes elementos:

Art. 74, § 5º, I – avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação e dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e prazo de amortização dos investimentos;

II – certificação da **inexistência de imóveis públicos vagos** e disponíveis que atendam ao objeto;

III – justificativas que demonstrem a **singularidade do imóvel** a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem **vantagem** para ela.



Licitações internacionais (art. 52)

Licitação Internacional é aquela **processada no Brasil** na qual é admitida a **participação de licitantes estrangeiros**, com a possibilidade de **cotação de preços em moeda estrangeira** ou, ainda, aquela licitação na qual o **objeto** contratual pode ou deve ser **executado no todo ou em parte em território estrangeiro** (art. 6º, XXXV).

Percebam que, na nova lei, há dois critérios para a licitação ser considerada “internacional”, a saber:

licitação ocorre no Brasil

- com possibilidade de participação de estrangeiros

ou

objeto licitado pode ou deve ser executado no exterior

- execução total ou parcial no exterior

Nestes certames, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da **política monetária e do comércio exterior** e atender às exigências dos órgãos competentes (art. 52, *caput*).

Em muitas licitações internacionais teremos a participação tanto de empresas brasileiras como de estrangeiras, disputando a proposta mais vantajosa. Nestas situações, ganha importância o preceito legal de que as propostas de **todos os licitantes** estarão sujeitas às **mesmas regras** e condições, na forma estabelecida no edital (art. 52, § 5º).

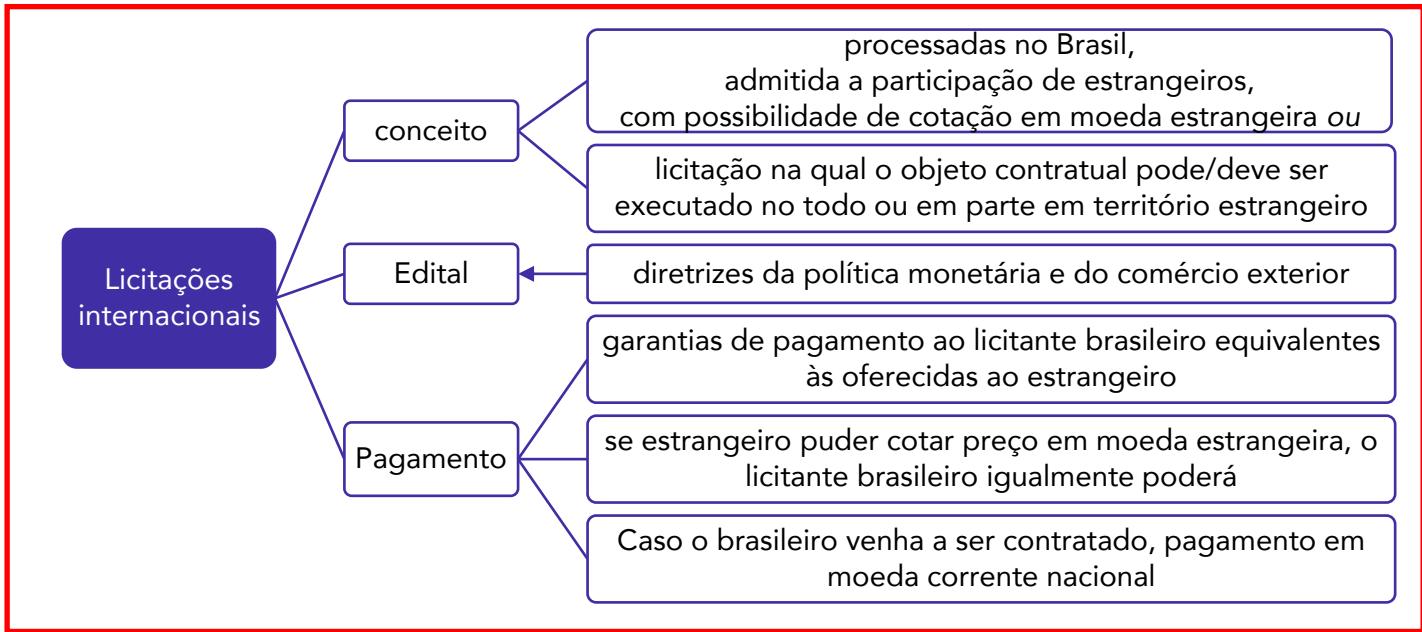
Novamente por razões de isonomia, o legislador previu que as **garantias de pagamento ao licitante brasileiro** serão **equivalentes** àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro (art. 52, § 3º).

Além disso, quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar **preço em moeda estrangeira**, o **licitante brasileiro igualmente poderá fazê-lo** (art. 52, § 1º). Apesar disso, caso o licitante brasileiro venha a ser contratado, o pagamento devido pela Administração será efetuado em **moeda corrente nacional** (art. 52, § 2º).

Vale frisar que, muito embora, em regra, não sejam admitidas condições de habilitação, classificação e julgamento que constituam barreiras de acesso ao licitante estrangeiro, excepcionalmente admite-se a previsão de **margem de preferência** para bens produzidos no País e serviços nacionais que atendam às normas técnicas brasileiras (art. 52, § 6º).



ESQUEMATIZANDO



CONVOAÇÃO DO LICITANTES PARA ASSINAR O CONTRATO

Como se sabe, o resultado esperado de uma licitação é a celebração do contrato administrativo. Assim, uma vez estudadas as principais características do procedimento licitatório, as hipóteses de contratação direta, vamos comentar as regras relacionadas ao **momento pós-llicitação**, diretamente voltadas à celebração do contrato.

Após definido o vencedor da licitação, a Administração poderá **convocá-lo para celebrar o contrato**, fixando um prazo para que ele responda à convocação (art. 90, caput, parte inicial).

Já adianto que este prazo de convocação poderá ser prorrogado, **uma vez**, por **igual período** (art. 90, §1º), mediante solicitação da parte durante seu transcurso, devidamente justificada, e desde que o motivo apresentado seja aceito pela Administração.

Por outro lado, uma vez passado o prazo de validade na proposta indicado no edital, sem que a Administração convoque para a assinatura do contrato, os licitantes ficam **liberados dos compromissos assumidos** (art. 90, §3º).



Agora, vamos supor o seguinte: o 1º colocado na licitação é convocado, mas deixa de assinar o contrato no prazo estabelecido.

O que irá ocorrer?

Nesta situação, o 1º colocado perderá a preferência que detinha para ser contratado (art. 90, *caput*, parte final) e a Administração poderá aplicar-lhe uma sanção prevista na Lei 14.133 (a exemplo da multa) e, até mesmo, reter a garantia de proposta, caso tenha sido prestada, conforme indica o art. 90, §5º.

Isto porque considera-se que a proposta ofertada pelo licitante representa, para si, um compromisso assumido de fornecer os bens ou prestar os serviços naquelas condições. Portanto, diante deste descumprimento de obrigação, o licitante estará sujeito a uma sanção.

E como fica o contrato? A Administração pode chamar o próximo colocado?

Para “resolver o problema da contratação”, a Administração poderá convocar outros licitantes, atendendo aos seguintes passos (art. 90, §§ 2º e 4º)⁶⁵:

1º

- administração convoca os demais licitantes, na ordem de classificação, para celebração do contrato nas condições propostas pelo 1º colocado (aqui estes licitantes poderão decidir se irão ou não aceitar honrar a proposta do vencedor da licitação).

2º

- se nenhum licitante aceitar, a Administração poderá convocar os demais licitantes, na ordem de classificação, com vistas à obtenção de preço melhor, mesmo que acima do preço do 1º colocado.

3º

- caso não consiga celebrar o contrato na etapa anterior, a Administração poderá celebrar o contrato nas condições ofertadas pelos demais licitantes, na ordem de classificação, quando frustrada a negociação de melhor condição.



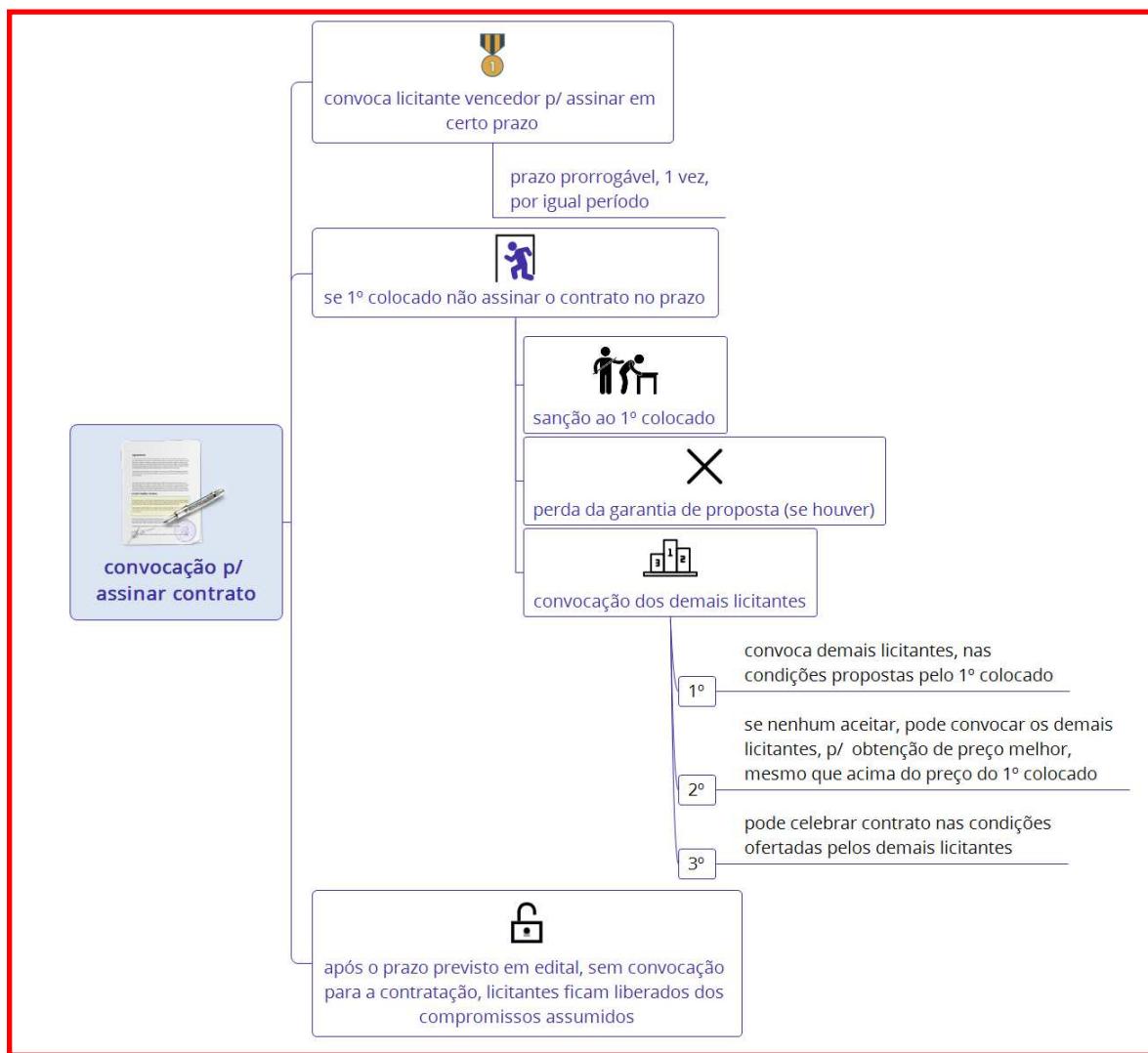
NOVIDADE!

Vejam que aqui temos outra novidade da Lei 14.133/2021. Sob o regramento da Lei 8.666, era possível convocar os próximos colocados, mas, para serem contratados, estes teriam que aceitar

⁶⁵ A Lei 8.666/1993 previa também a possibilidade de revogação da licitação, o que não mais se encontra expresso na Lei 14.133/2021.

honrar a proposta do 1º colocado. Ou seja, pela Lei 8.666/1993, a Administração **não admitia pagar a mais do que a proposta do 1º colocado**, sendo que isto passa a ser possível pela nova lei.

Portanto, pela nova Lei, a Administração irá indagar se é do interesse dos **próximos colocados**, celebrar o respectivo contrato, embora não tenham sido os vencedores da licitação. Inicialmente, ela irá buscar alguém que aceite os termos do 1º colocado, mas, se não conseguir, poderá contratar outros colocados por valor superior ao ofertado pelo 1º colocado ou, ainda, por valor proposto pelos demais colocados.



Antes de encerrar este tópico, vale frisar outra diferença importante entre a Lei 14.133 e a Lei 8.666, a respeito da **contratação do remanescente** de obra, serviço ou fornecimento.

Pela Lei 8.666, caso uma empresa rescindisse o contrato sem concluir 100% de sua execução, a Administração estaria autorizar a contratar diretamente os próximos licitantes, por meio de uma hipótese de dispensa de licitação (Lei 8.666, Art. 24, XI).

Pela nova lei, para facilitar, a Administração poderá simplesmente **convocar o próximo licitante** da lista de classificados para celebrar o contrato (Lei 14.133, art. 90, §7º), sem ter que lançar mão de um processo de dispensa de licitação:

Art. 90, § 7º Será facultada à Administração a **convocação dos demais licitantes** classificados para a **contratação de remanescente** de obra, de serviço ou de fornecimento em consequência de rescisão contratual, observados os mesmos critérios estabelecidos nos §§ 2º e 4º deste artigo.

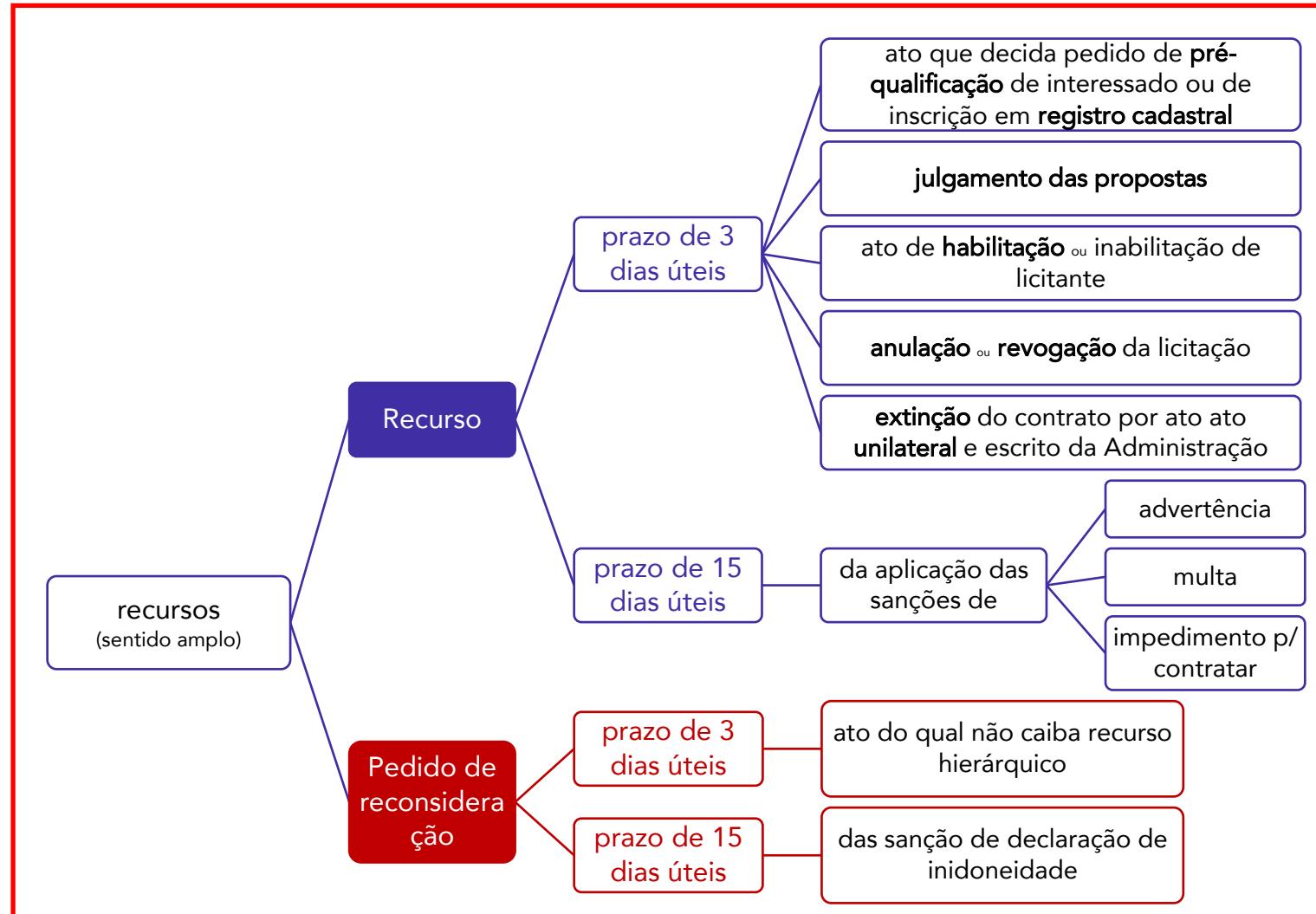
Portanto, a rescisão contratual autoriza que a Administração vá até a lista de participantes da licitação anterior e os convoque, seguindo a ordem de classificação, para a celebração de contrato destinado à execução do remanescente.

Em relação ao preço a ser pago, outra diferença com a Lei 8.666, pois aqui valem as mesmas regras comentadas acima para a hipótese de o primeiro colocado não assinar o contrato, detalhadas no art. 90, §§2º e 4º.

RECURSOS

A NLL, em seu art. 165, prevê **dois instrumentos** para que os interessados submetam os atos de licitações e contratos a uma reavaliação administrativa.

Após a leitura atenta dos dispositivos, podemos assim sintetizar estes instrumentos:



Por fim, uma diferença importante em relação à Lei 8.666 é que, na nova lei, o recurso e o pedido de reconsideração terão **efeito suspensivo** (art. 168).

CRIMES RELACIONADOS ÀS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A Lei 8.666, além de prever uma série de regras do direito administrativo, tipificava **crimes** relacionados às contratações públicas. Com o advento da Lei 14.133, os crimes da Lei 8.666 foram revogados⁶⁶, sendo que, a partir de então, os crimes relacionados a licitações e contratos passaram a compor um novo capítulo do **Código Penal** (artigos 337-E e 337-P).

São disposições que passaram a constar do título “Dos Crimes Contra a Administração Pública” do Código Penal e, portanto, perdem ainda mais a relevância para o Direito Administrativo. De toda forma, sintetizamos no quadro a seguir as condutas e respectivas penas:

Conduta	Pena	Fundamento
Contratação direta ilegal	reclusão de 4 a 8 anos + multa	CP, art. 337-E
Frustração do caráter competitivo de licitação	reclusão de 4 a 8 anos + multa	CP, art. 337-F
Patrocínio de contratação indevida	reclusão de 6 meses a 3 anos + multa	CP, art. 337-G
Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo	reclusão de 4 a 8 anos + multa	CP, art. 337-H
Perturbação de processo licitatório (Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato)	detenção de 6 meses a 3 anos + multa	CP, art. 337-I
Violação de sigilo de proposta em licitação	detenção de 2 a 3 anos + multa	CP, art. 337-J
Afastamento de licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem	reclusão de 3 a 5 anos + multa (fora a conduta de violência)	CP, art. 337-K
Fraude em licitação ou contrato	reclusão de 4 a 8 anos + multa	CP, art. 337-L
Admitir à licitação empresa ou profissional inidôneo	reclusão de 1 a 3 anos + multa	CP, art. 337-M
Contratação de empresa ou profissional inidôneo	reclusão de 3 a 6 anos + multa	CP, art. 337-M
Impedimento indevido ao registro cadastral de licitante	reclusão de 6m a 2 anos + multa	CP, art. 337-N
Omissão grave de dado ou de informação por projetista	reclusão de 6m a 3 anos + multa	CP, art. 337-O

⁶⁶ Trata-se do único trecho da Lei 8.666 que foi revogado imediatamente com a publicação da Lei 14.133.

CONCLUSÃO

Bem, pessoal,

Desta aula destaco especialmente as hipóteses de **dispensa e inexigibilidade**. Vamos compreender e decorar todos estes casos, que certamente serão exigidos em provas!

Seguem, adiante, um breve resumo e questões comentadas sobre o tema.

Espero que gostem =)

Um abraço e bons estudos,

Prof. Antonio Daud



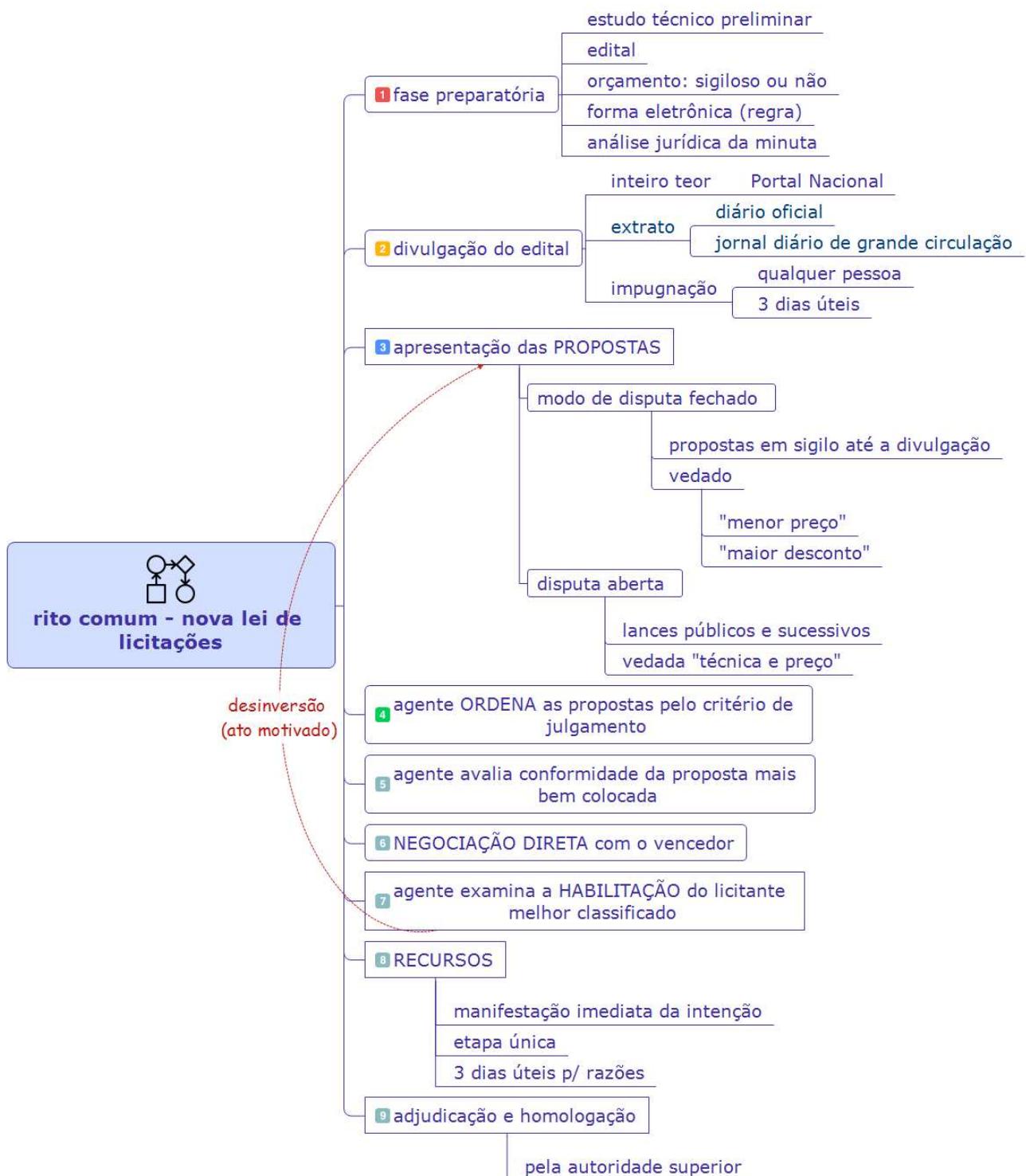
@professordaud

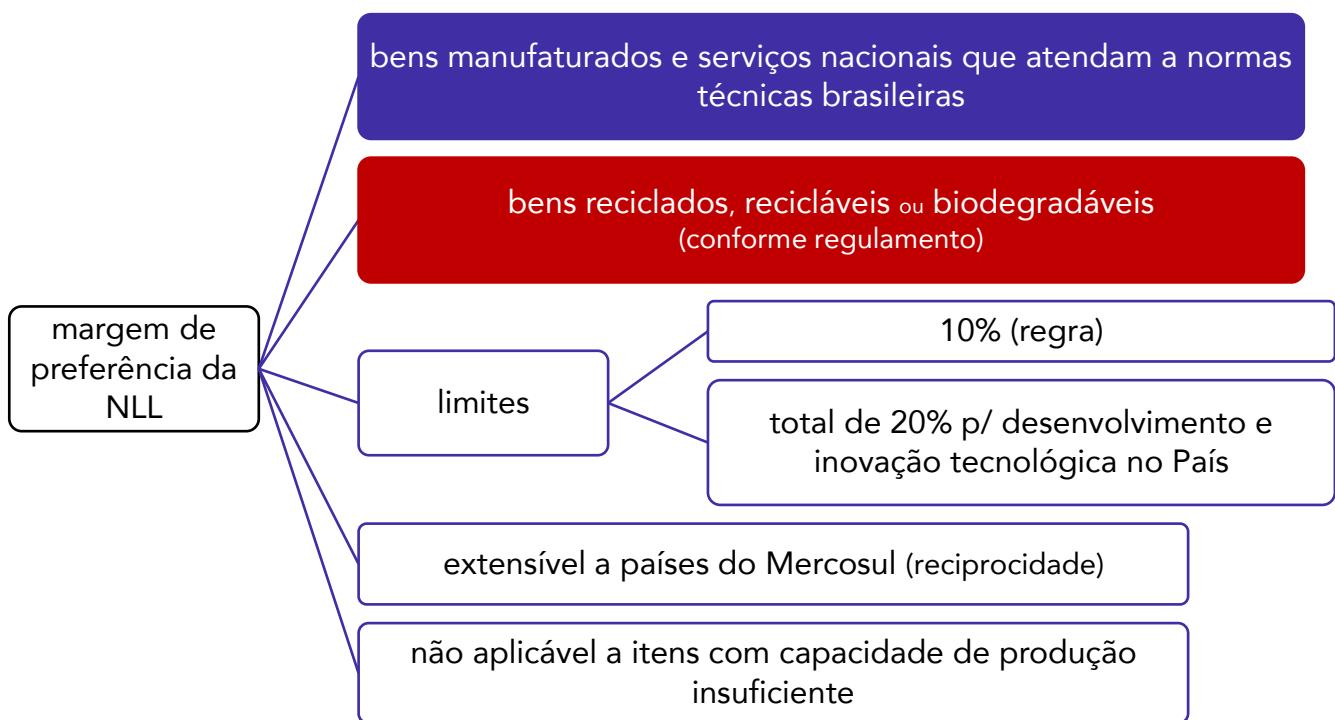


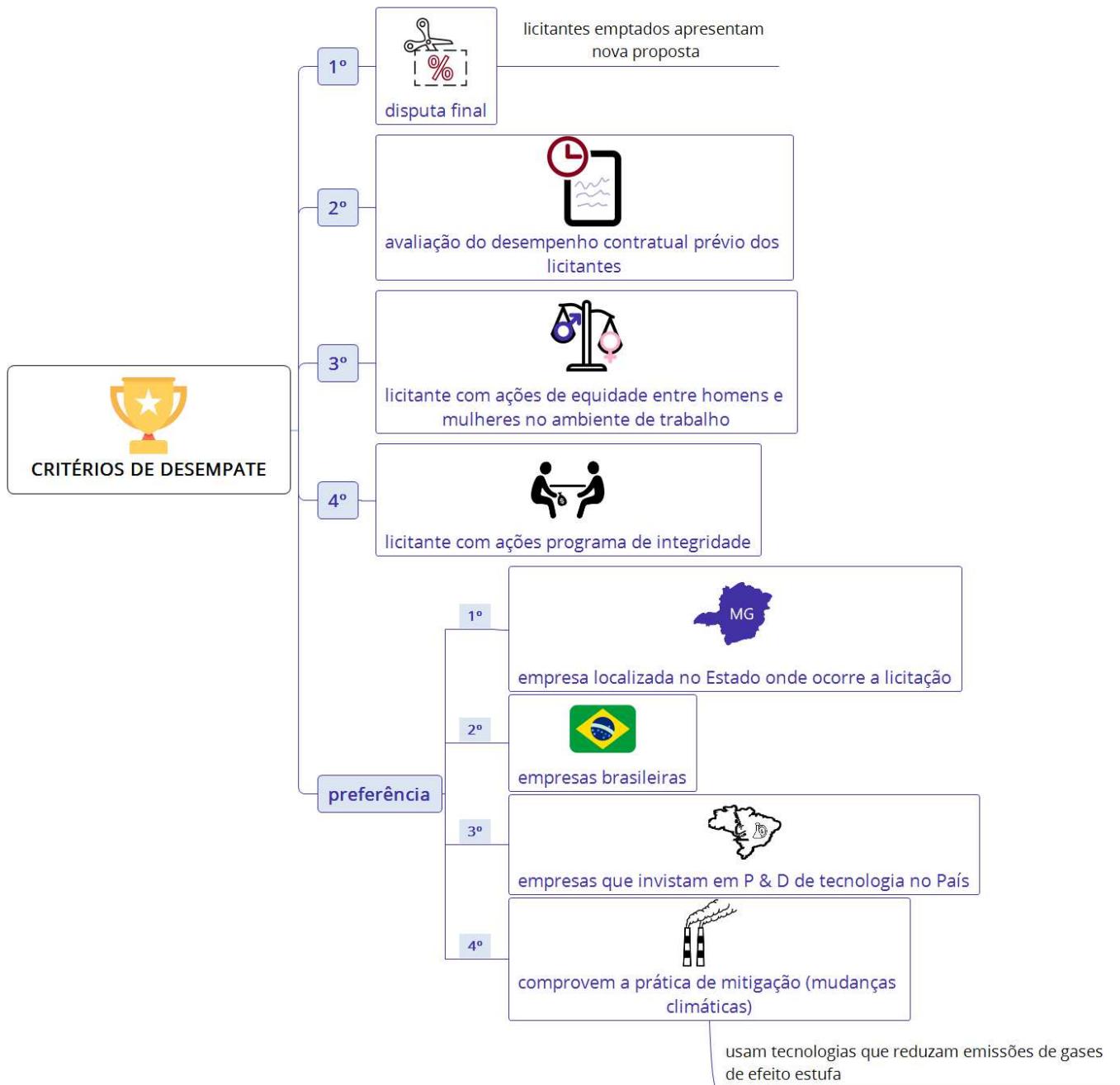
www.facebook.com/professordaud

RESUMO

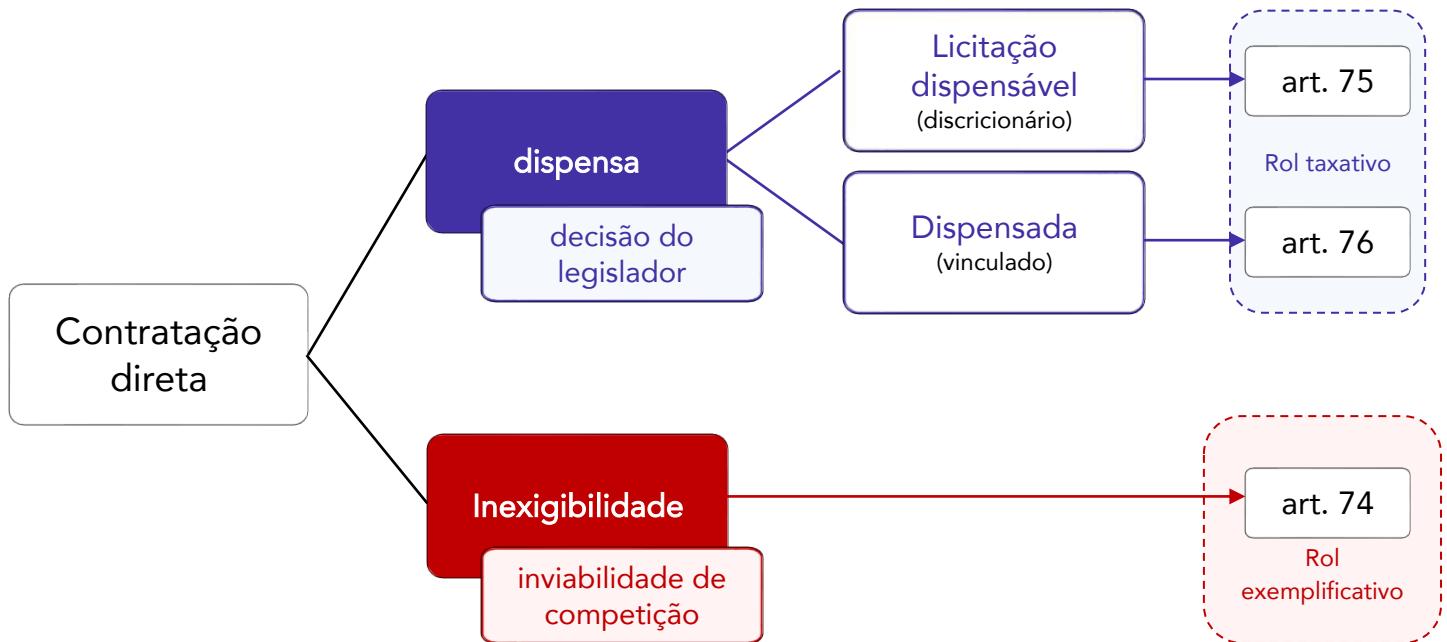
Fases da licitação:

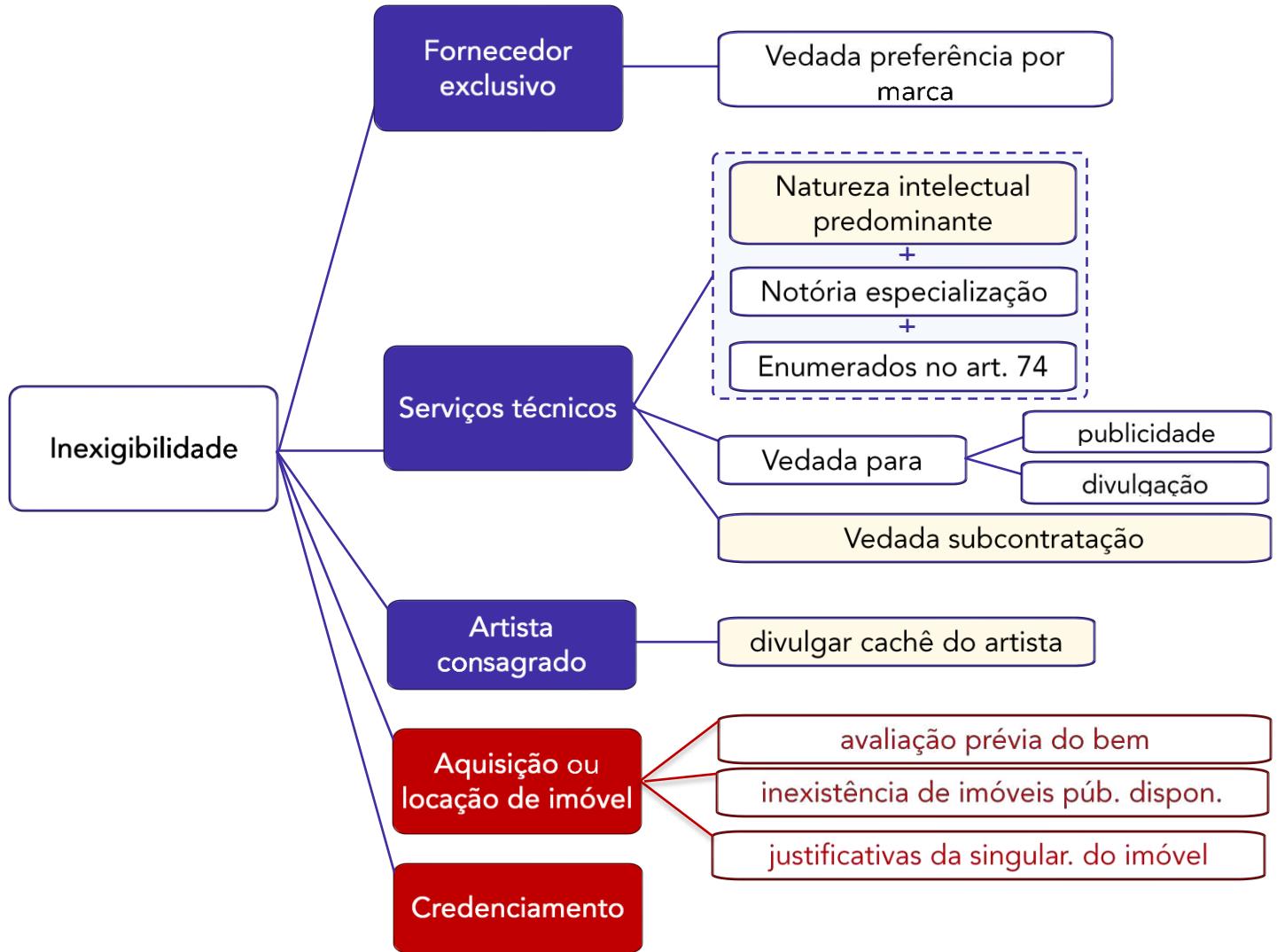


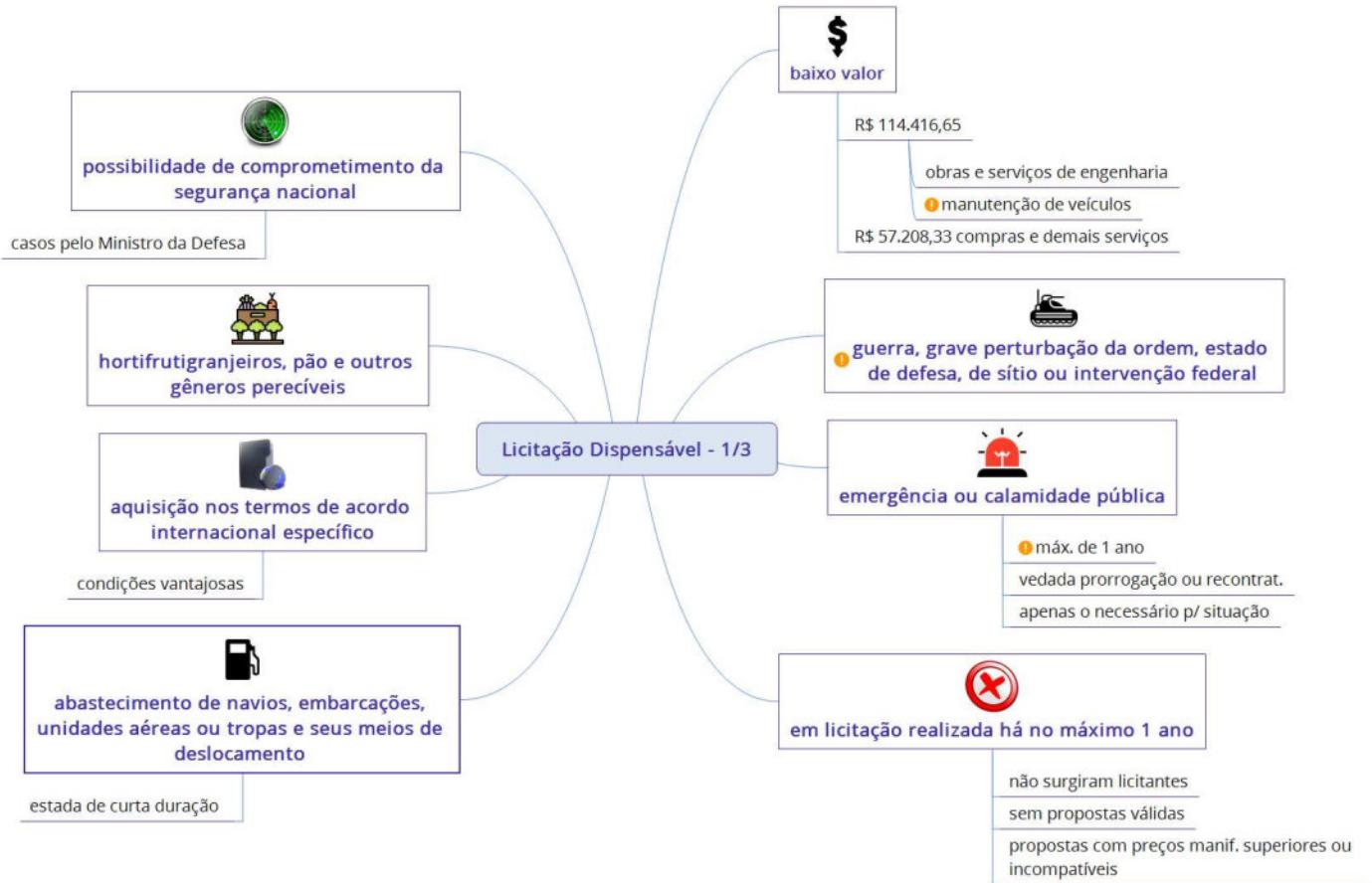


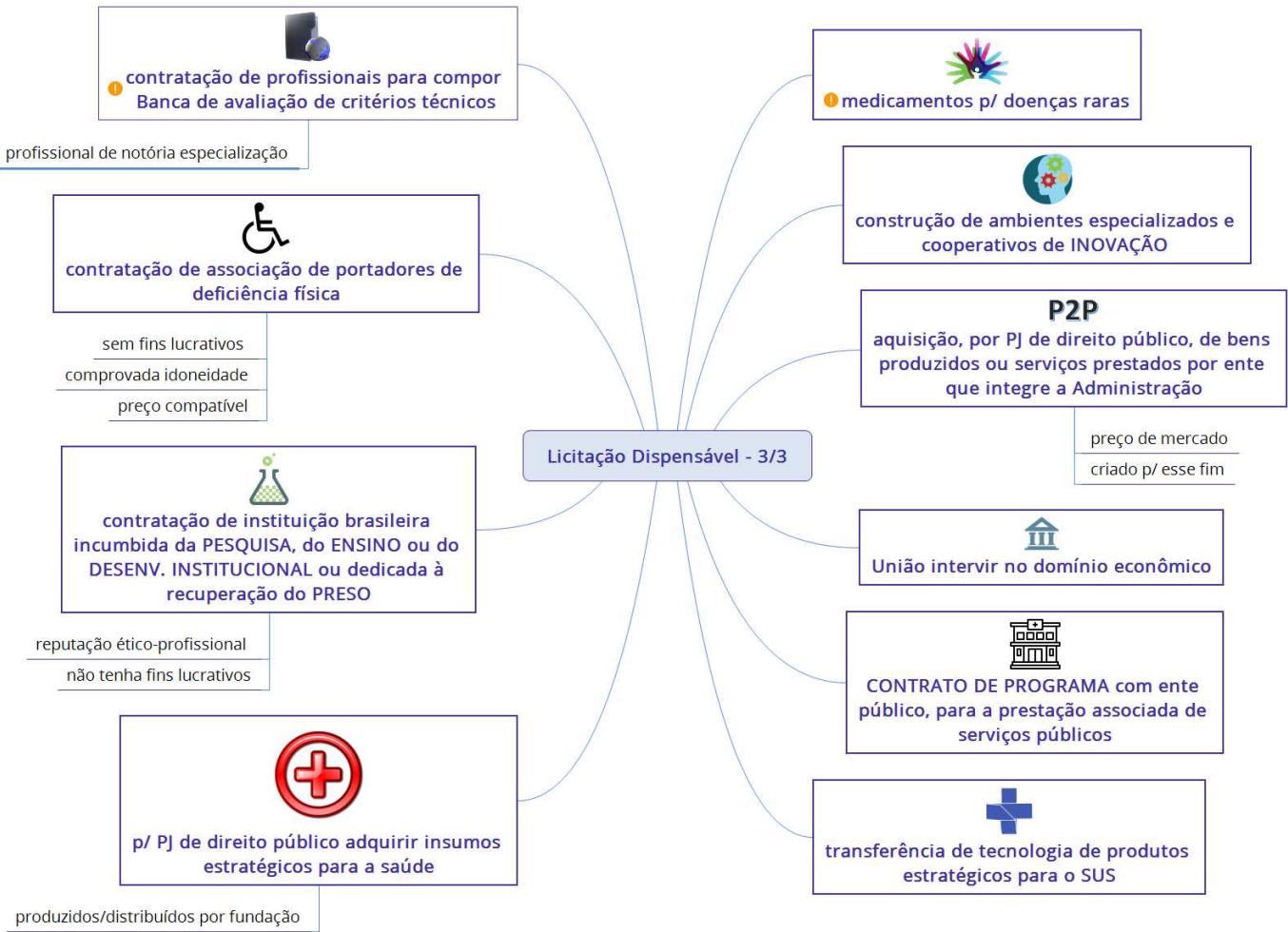


Contratação direta:









Disposições setoriais:



