

NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS: REFLEXOS NO ESTADO DO ACRE

Relatório dos reflexos da
Nova Lei de Licitações e
Contratos Administrativos
no âmbito da Administração
Pública do Estado do Acre



PGE
PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO ACRE



ACRE
VISÃO DE FUTURO.
GOVERNO DE TODOS.



NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS: **REFLEXOS** **NO ESTADO** **DO ACRE**



PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Marcos Antônio Santiago Motta



PROCURADOR-CHEFE DA
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Paulo Jorge Santos



PROCURADORA DO ESTADO

Caterine Vasconcelos de Castro



PROCURADORA DO ESTADO

Naiana Natacha Souza Carvalho Gonçalves

ÍNDICE

INTRODUÇÃO

1. APlicabilidade, VIGÊNCIA E PERÍODO DE TRANSIÇÃO

2. AGENTES PÚBLICOS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1. A DISCIPLINA DOS AGENTES PÚBLICOS EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.2. OS IMPACTOS DA SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.3. A SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES APPLICADA À ADVOCACIA PÚBLICA

3. FASE PREPARATÓRIA DA LICITAÇÃO

3.1. O PRIMADO DO PLANEJAMENTO

3.2. ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR

3.3. GERENCIAMENTO E ANÁLISE DE RISCOS

3.4. ELABORAÇÃO DE TERMO DE REFERÊNCIA, PROJETO BÁSICO E PROJETO EXECUTIVO

3.5. ELABORAÇÃO DA MINUTA DE EDITAL E O CONTROLE PRÉVIO DE LEGALIDADE

4. MODALIDADES DE LICITAÇÃO E REGIMES DE EXECUÇÃO

4.1. DIÁLOGO COMPETITIVO

4.2. A NOVA CONCORRÊNCIA E O PREGÃO

4.3. REGIMES DE EXECUÇÃO

5. O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA E PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS ESTADOS

5.1. O PAPEL DAS CONSULTORIAS JURÍDICAS

5.2. AS DISPENSAS DE ANÁLISE JURÍDICA NA NLLC

5.3. A QUESTÃO DA DEFESA DE AGENTES PÚBLICOS

6. HABILITAÇÃO E CONDIÇÕES DE CONTRATAÇÃO

6.1. DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE A FASE DE HABILITAÇÃO

6.1.1. Sistema de pós-habilitação

6.1.2. O formalismo moderado

6.2. DISPOSIÇÕES ESPECÍFICAS SOBRE A FASE DE HABILITAÇÃO

6.2.1. Garantia de proposta

6.2.2. Qualificação técnica

6.2.3. Habilitação econômico-financeira

6.3. CONDIÇÕES DE CONTRATAÇÃO

6.3.1. O CADIN Estadual e as diligências do art. 91, §4º, da NLLC

6.3.2. Garantia de execução

6.3.3. Programa de integridade

7. CONTRATAÇÕES DIRETAS

7.1. O NOVO PROCEDIMENTO PRÉVIO DAS CONTRATAÇÕES DIRETAS

7.2. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES EM HIPÓTESES ESPECÍFICAS DE CONTRATAÇÃO DIRETA

7.2.1. Dispensas em razão do valor

7.2.2. Manutenção de veículos automotores de propriedade do Poder Público

7.2.3. A contratação de remanescentes em caso de rescisão contratual

7.2.4. Contratação de entidades da Administração indireta

7.2.5. Contratações emergenciais

7.2.6. A inexigibilidade para a contratação de serviços técnicos especializados

8. REGIME JURÍDICO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

8.1. FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS

8.2. MATRIZ DE RISCOS

8.3. CLÁUSULAS EXORBITANTES

8.4. DURAÇÃO DOS CONTRATOS

8.5. EXECUÇÃO DOS CONTRATOS

8.6. ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS

8.7. PAGAMENTOS

8.8. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS

9. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E NULIDADES

9.1. UNIFICAÇÃO DA DISCIPLINA DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

9.2. AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS DO ART. 156 DA NLLC

9.2.1. Advertência

9.2.2 Multa

9.2.3. Sanções restritivas do direito de licitar e contratar

9.3. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO

9.4. DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA E REABILITAÇÃO

9.5. O NOVO REGIME DAS NULIDADES

9.5.1. As nulidades nas licitações

9.5.2. As nulidades nos contratos administrativos

10. PROCEDIMENTOS AUXILIARES

10.1. CREDENCIAMENTO

10.2 PRÉ-QUALIFICAÇÃO

10.3 PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

10.4. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

10.5. REGISTRO CADASTRAL

ÍNDICE DE FIGURAS, QUADROS E TABELAS

Figura 1 - Modalidades de licitação na Lei nº 14.133 e legislações anteriores

Figura 2 - Fluxograma da fase preparatória das licitações na NLLC

Figura 3 - Elementos obrigatórios e facultativos do Estudo Técnico Preliminar na NLLC

Figura 4 -Modelo de gerenciamento de riscos

Figura 5 - Principais funções da matriz de riscos na NLLC

Figura 6 - Procedimento do diálogo competitivo na Nova Lei de Licitações

Figura 7 - Etapas do procedimento de contratação direta na NLLC

Figura 8 - Processo administrativo de responsabilização na NLLC

Figura 9 - Procedimento de desconsideração da personalidade jurídica na NLLC

Quadro 1 - O fim do convite BEC? O passado e o futuro do convite eletrônico

Quadro 2 - O procedimento administrativo aplicável a multas e advertências na NLLC

Tabela 1 - Artigos da NLLC que dependem de regulamentação por disposição expressa

Tabela 2 - Atuação de agentes públicos na Nova Lei de Licitações e Contratos

Tabela 3 – Seguro-garantia: regra geral e hipóteses de grande vulto

Tabela 4 - Valores de dispensa de licitação em razão do valor

Tabela 5 – Prazos máximos de duração dos contratos na NLLC

Tabela 6 - Efeitos das sanções restritivas do direito de licitar e contratar no âmbito da NLLC

¹

¹ Esse material foi produzido com base no relatório desenvolvido pelo Grupo de Trabalho composto pelos procuradores Bruno Betti Costa, Caio Augusto Nunes De Carvalho, Caio Cesar Alves Ferreira Ramos, Diana Loureiro Paiva De Castro, Dulce Myriam Caçapava França Hibide Claver, Fabrício Contato Lopes Resende, Lucas De Faria Rodrigues, Luciana Augusta Sanchez, Luciana Rita Laurena Saldanha Gasparini, Rafael Carvalho De Fassio e Soraya Lima Do Nascimento.

INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que a Lei de Licitações e Contratações Públcas é, sem sombra de dúvidas, um diploma jurídico estruturante da atuação do Poder Público. Bem por isso é fácil intuir que qualquer alteração nesta lei tem impacto significativo na atuação quotidiana da Administração Pública. O que dizer então da substituição integral desse diploma legal, quase trinta anos após a sua edição?

É exatamente esta a situação que vivenciamos neste momento. A Lei 14.133, publicada em 1º de abril de 2021, vem para substituir a famosa Lei 8.666/1993.

Se de um lado o novo diploma legal mantém em grande medida as linhas mestras da antiga legislação, de outro ele consolida a evolução interpretativa decorrente das decisões do Tribunal de Contas da União e da experiência prática consolidada nas Instruções Normativas da União Federal, bem como introduz novidades relevantes como a fase de planejamento da licitação, a segregação de funções, o diálogo competitivo, a matriz de riscos dos contratos e a previsão expressa da possibilidade de utilização dos meios alternativos de solução de controvérsias.

Este cenário faz com que a aplicação da nova legislação não seja algo trivial, especialmente para Estados e Municípios. Nesse sentido, merece destaque o fato de o legislador ter permitido a utilização da Lei 8.666/1993 pelo período de dois anos após a publicação da Nova Lei Geral de Licitações e Contratos, para permitir que os entes federativos possam se preparar de maneira adequada à aplicação da nova legislação.

Os desafios para a implementação da nova lei não são pequenos e exigirão um esforço conjunto de diversos setores da Administração para permitir não apenas uma boa e adequada regulamentação, mas também a estruturação da administração e a capacitação dos agentes públicos para sua aplicação.

A intenção deste trabalho não é de exaurir os estudos e reflexões sobre a nova lei, mas ser um ponto de partida para a Administração, de forma que as dúvidas que vierem a surgir ao longo do processo de adaptação e implementação da nova lei no âmbito do Estado Acre poderão ser objeto de consulta aos órgãos da Procuradoria Geral do Estado.

1. APLICABILIDADE, VIGÊNCIA E PERÍODO DE TRANSIÇÃO

Após um longo período de tramitação no Congresso Nacional, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, conhecida como Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC), estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pretendendo substituir, por meio de um único diploma, a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993), a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) e a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (artigos 1º a 47 da Lei nº 12.462/2011).

O intento de unificar e consolidar em uma só peça as principais normas da legislação brasileira de contratações públicas resta claro no exame do rol das modalidades de licitação segundo a NLLC, como ilustra a figura a seguir:

Figura 1 - Modalidades de licitação na Lei nº 14.133 e legislações anteriores



Fonte: elaboração própria

As empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias continuam submetidas a regramento próprio, a saber, a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), exceto quanto às regras relativas a crimes em licitações e contratos administrativos, conforme o artigo 185 da nova legislação¹. A NLLC tampouco será aplicada a tais entes de forma supletiva pois, de acordo com o enunciado 17 da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal², aos contratos celebrados pelas empresas estatais, regidos pela Lei nº 13.303/2016, não é aplicada a Lei nº 8.666/1993, interpretação que possivelmente será estendida à nova legislação.

Não foi prevista, na NLLC, um período de "vacatio legis" - o que permitiria, aos destinatários da norma, maior familiaridade com as novas regras e a adoção das medidas necessárias à sua aplicação. É o caso, por exemplo, da elaboração de regulamentos, adaptações técnicas nos sistemas de compras eletrônicas, treinamento de servidores envolvidos nos procedimentos e adequação das minutas de editais de licitação e contratos.

No entanto, embora o artigo 194 da NLLC estabeleça sua vigência na data de publicação, o artigo 191 prevê sua convivência, por dois anos, com as leis que serão revogadas após completado o biênio. Durante referido prazo, haverá um **regime de transição** em que os editais de licitação e os instrumentos de contratação direta deverão indicar, de forma expressa, a legislação por eles adotada, vedada a aplicação combinada de dispositivos da nova lei com os dos regimes anteriores³. Em respeito ao ato jurídico perfeito,

¹ Art. 185. Aplicam-se às licitações e aos contratos regidos pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, as disposições do Capítulo II-B do Título XI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

² Enunciado 17: "Os contratos celebrados pelas empresas estatais, regidos pela Lei n. 13.303/2016, não possuem aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/1993. Em casos de lacuna contratual, aplicam-se as disposições daquela Lei e as regras e os princípios de direito privado".

³ Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

legislação escolhida no edital acompanha toda a execução do contrato, incluindo suas prorrogações, ainda que o instrumento tenha sido assinado após os dois anos da publicação da nova lei. Mesmo as licitações que estiverem em curso quando completado o biênio de vigência da NLLC seguem o regime antigo, se esta tiver sido a opção constante do edital. Surge então a dúvida quanto ao momento em que se considera iniciada a licitação, se no início da fase preparatória ou com a publicação do edital, que inaugura a fase externa do procedimento.

Segundo o artigo 17 da NLLC, o processo de licitação é aberto com a fase preparatória, podendo levar à interpretação de que às licitações iniciadas no biênio é possível a aplicação do regime antigo, ainda que a fase externa seja instaurada depois do encerramento do regime de transição previsto no artigo 193, inciso II.

Porém o Tribunal de Contas da União, ao analisar, em um caso concreto, a aplicação da Lei nº 13.303/2016 cujos dispositivos permitiam a aplicação do regime antecessor pelo prazo de 2 (dois) anos, entendeu que o marco deveria ser a publicação do edital. Dessa forma, os editais não publicados no biênio deveriam seguir o novo regime e impôs a revisão integral da etapa preparatória do certame em questão para que fosse adequada à Lei das Estatais ([Acórdão TCU nº 2.279/2019](#), Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes). A esse respeito, a Procuradoria-Geral do Estado do Acre está atenta a tal questão e emitirá orientações tão logo se fixe uma diretriz uniforme sobre o assunto.

Feitas tais observações tem-se que, vigente a NLLC a partir de sua publicação, desde então a Administração já poderia aplicar as novas regras para as licitações e contratos. Esta possibilidade, no entanto, tem sido bastante debatida, especialmente em razão da criação, pela NLLC, do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

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

O portal pretende divulgar, de forma centralizada e obrigatória, os atos exigidos pela nova legislação, facultando, aos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos, a realização das contratações por meio do sistema que será disponibilizado no portal (artigos 54 e 94).

O PNCP é uma das mais relevantes e ambiciosas inovações trazidas pela NLLC, com forte caráter centralizador das compras públicas no Brasil, a ser gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas (art. 174, §1º), que foi regulamentado pelo [Decreto nº 10.764/2021](#). O PNCP conterá, dentre outras informações, os planos anuais de contratação, os catálogos eletrônicos de padronização, os editais de credenciamento e de pré-qualificação, os avisos de contratação direta e os editais de licitação e respectivos anexos, as atas de registros de preços, os contratos e termos aditivos, bem como as notas fiscais eletrônicas.

Embora uma versão preliminar do PNCP já tenha sido lançada pela Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, é possível antever que o funcionamento completo da plataforma ainda demandará algum tempo. Nesse cenário, indaga-se se a disponibilização do PNCP é condição de eficácia para a utilização da NLLC, em especial considerando o teor do *caput* do artigo 94 segundo o qual a publicação no portal é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos.

O tema é bastante controvertido. A Advocacia Geral da União, no [Parecer nº 0002/2021/CNMLC/CGU/AGU](#) concluiu que, enquanto não estiver em funcionamento o PNCP, a Lei nº 14.133/2021 não possui eficácia técnica, não sendo possível sua aplicação. Esta conclusão é sustentada por uma interpretação legalista de que

o legislador poderia, seguindo a técnica realizada em outras passagens do texto legal, ter indicado que a utilização do PNCP fosse feita de forma preferencial em relação a sistemas de compras locais. Ao menos sob o ponto de vista federal - e independentemente de se entender, nesse momento, como disposição geral ou particular à União - a opção do legislador foi a de não conferir qualquer tipo de abertura quanto à utilização ou não do PNCP, tendo prescrito de maneira cogente o dever de seu uso, sob pena de ineficácia dos contratos firmados. De fato, o artigo 54 da NLLC preconiza que a publicidade do edital de licitação deverá ser realizada no PNCP, mediante a divulgação do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos. A utilização de sítio eletrônico oficial do ente federativo do órgão ou entidade responsável pela licitação só é admitida de forma adicional, como reforço à publicidade, sem substituir a publicação do ato convocatório no PNCP.

Nesse mesmo sentido, a [Procuradoria Geral do Estado do Paraná](#), o [Município do Rio de Janeiro](#) e a [Advocacia-Geral de Minas Gerais](#) orientaram a Administração a não aplicar a NLLC antes da edição de regulamentos próprios.

Em direção oposta, especialmente no âmbito do Distrito Federal e dos Estados-membros há a corrente segundo a qual a criação do PNCP não seria óbice à aplicação da NLLC, desde que a divulgação dos respectivos atos ocorra em sítio eletrônico oficial, de forma centralizada, e observe todas as exigências relativas à publicidade e transparência nela previstas⁴. Entendimento contrário configuraria vulneração às disposições referentes à eficácia imediata da NLLC e afastaria a possibilidade de opção por licitar ou contratar de acordo com a Lei nº 14.133/2021 ou, enquanto vigentes, pelas Leis nº 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011. Nesse sentido, relevante apontar o posicionamento favorável da [Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul](#), do [Estado da](#)

[Paraíba](#) e da [Procuradoria Geral do Distrito Federal](#) e da [Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União](#) pela possibilidade de aplicação imediata da NLLC⁵, ao menos para as dispensas de licitação em razão do baixo valor, com recomendação de submissão desse entendimento ao Plenário daquele Tribunal.

Embora a questão seja complexa e admita, como visto, posições antagônicas, é recomendável posicionamento oficial a respeito, em cada ente federativo, de modo a uniformizar condutas em prol da segurança jurídica na aplicação das normas, como preconizado no artigo 30 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Foi nesse sentido a proposta formulada pela Procuradoria-Geral do Estado do Acre para [edição do Decreto nº. 9.217/2021 no âmbito do Estado Acre para proibir “de contratar diretamente, licitar e realizar quaisquer procedimentos com fundamento na Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, até a edição de norma estadual que regulamente e trate da implementação gradual das disposições gerais da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos](#), dentro dos dois anos do regime de transição, com vistas a permitir a adequação dos sistemas de TI, a capacitação de servidores e a elaboração dos regulamentos e modelos de documentos necessários à aplicação da NLLC.

A aplicação imediata da NLLC também é prejudicada pelas diversas incertezas quanto a necessidade de prévia regulamentação do texto legal. Essa orientação está em consonância com o [Comunicado SDG nº 31/2021, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo](#) segundo o qual, independente da possibilidade conferida de utilização simultânea das Leis nº 8.666/1993 e nº 14.133/2021, impõe-se a avaliação de conveniência e oportunidade sobre a imediata adoção das regras da nova legislação, diante do grande número de dispositivos dependentes de regulamentação pelos entes federados.

⁴ Pareceres Jurídicos nº 235/2021 da PGDF/PGCONS e nº 18.761/21 da PGE/RS

⁵ O processo administrativo [TC-008.967/2021-0](#), distribuído ao Min. Augusto Nardes, ainda não foi julgado.

A lei é excessivamente longa e projeta um detalhismo ainda maior sobre as suas futuras normas regulamentares. Um rápido estudo da NLLC já aponta dezenas de dispositivos que exigem expressamente a edição de regulamento, trabalho hercúleo que poderá ser facilitado pela aplicação dos

regulamentos editados pela União para a execução da lei aos Estados, Distrito Federal e Municípios, como permitido pelo artigo 187 da nova legislação⁶. A tabela a seguir consolida um mapeamento inicial dos dispositivos da NLLC que dependem de regulamentação:

Tabela 1 - Artigos da NLLC que dependem de regulamentação por disposição expressa

| Dispositivo legal | Tema |
|------------------------|---|
| 1º, § 2º | Contratações realizadas em repartições sediadas no exterior |
| 8º, § 3º | Regras sobre atuação do agente de contratação, equipe de apoio, funcionamento da comissão de contratação, atuação de fiscais e gestores de contratos |
| 12, VII | Plano de contratações anual |
| 19, § 1º | Regulamentação do catálogo eletrônico de compras, serviços e obras contendo toda a documentação e os procedimentos próprios da fase interna de licitações, assim como as especificações dos respectivos objetos |
| 20, § 1º | Limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo – prazo 180 dias |
| 23, § 1º, <i>caput</i> | Apuração do valor estimado das aquisições de bens e contratações de serviços em geral |
| 23, § 1º, V | Pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas |
| 23, § 2º | Apuração do valor estimado das contratações de obras e serviços de engenharia |
| 25, § 4º | Definição das medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo descumprimento da obrigação de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto |
| 25, § 9º | Definição das regras relacionadas à exigência de que percentual mínimo da mão de obra seja constituído por mulheres vítimas de violência doméstica e oriundos ou egressos do sistema prisional |
| 26, II | Estabelecimento de margem de preferência para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis |

⁶ Art. 187. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão aplicar os regulamentos editados pela União para execução desta Lei.

| | |
|---|---|
| 26, § 2º | Definição em regulamento federal dos bens manufaturados nacionais e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no País |
| 31, <i>caput</i> | Procedimentos operacionais do leilão |
| 34, § 1º | Estabelecimento de critérios objetivos para mensuração dos custos indiretos vinculados ao ciclo de vida do objeto licitado, visando a definição do menor dispêndio |
| 36, § 3º | Consideração na pontuação técnica de desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração Pública |
| 43, § 2º | Contratações de soluções baseadas em software de uso disseminado |
| 60, III | Ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho |
| 61, § 2º | Negociação após o resultado do julgamento |
| 65, § 2º | Realização da habilitação por processo eletrônico de comunicação à distância |
| 67, § 3º | Provas alternativas para substituição das exigências dos incisos I e II do <i>caput</i> do art. 67 |
| 67, § 12 | Situações em que não serão admitidos atestados de responsabilidade técnica de profissionais que tenham dado causa à aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do <i>caput</i> do artigo 156 |
| 70, par. único | Documentação a ser apresentada por empresas estrangeiras que não funcionem no País (regulamentação federal) |
| 75, IV, “c”, e § 5º | Procedimentos específicos para dispensa para contratação de produtos para pesquisa e desenvolvimento aplicada a obras e serviços de engenharia – requer “regulamentação específica” |
| 78, 79, par. único, 81, <i>caput</i> , 82, § 5º, II e § 6º, 86, 87, <i>caput</i> e § 3º | Definição de critérios e objetivos para realização dos procedimentos auxiliares (credenciamento, pré-qualificação, procedimento de manifestação de interesse, sistema de registro de preços e registro cadastral) |
| 88, § 4º | Cadastro de atesto de cumprimento de obrigações |
| 91, § 3º | Exigências para admissão da forma eletrônica na celebração de contratos e de termos aditivos |
| 92, XVIII | Requisitos de modelos de gestão do contrato |
| 137 | Procedimentos e critérios para verificação da ocorrência dos motivos para extinção do contrato |
| 140, § 3º | Prazos e métodos para realização dos recebimentos provisório e definitivo (faculdade, pois pode constar do contrato) |
| 144, § 1º | Realização de pagamento de obras, fornecimento e serviços, inclusive de engenharia, em base percentual sobre o valor economizado em determinada despesa, quando o contrato visar à implantação de processo de racionalização, hipótese em que as despesas correrão à conta dos mesmos créditos orçamentários, na forma de regulamentação específica |
| 161, par. único | Forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos diversos, para fins de aplicação das sanções previstas nos incisos I, II, III e IV do <i>caput</i> do art. 156 |
| 169, § 1º | Implantação de práticas contínuas e permanente de gestão de riscos e de controle preventivo |
| 174, § 3º, VI, “c” e “d” | Comunicação entre a população e representantes da Administração e do contratado e divulgação de relatório final com informações sobre a consecução dos objetivos que tenham justificado a contratação e eventuais condutas a serem adotadas para aprimoramento das atividades da Administração |

| | |
|-----------|--|
| 175, § 1º | Realização das contratações por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado, desde que mantida a integração com o PNCP |
| 184 | Aplicação das disposições da Lei federal nº 14.133/2021 aos convênios e ajustes congêneres, conforme definido em regulamento federal |

Fonte: elaboração própria, com base nos dispositivos da NLLC que dependem de regulamentação por previsão expressa. Essa tabela não inclui outros dispositivos legais que também estejam sujeitos a regulamentação.

Ainda assim, é possível que o órgão normativo responsável pela regulamentação prevista na NLLC, no exercício de sua função normativa e analisando casuisticamente situações jurídicas, conclua pela aplicação de alguns determinados regulamentos já existentes, desde que compatíveis com a nova legislação. Para tanto, é altamente recomendável que a Administração edite ato normativo especificando quais os preceitos dos regulamentos existentes que poderão ser aplicados como regulamento da nova lei, de modo a preservar a coerência do ordenamento e a segurança jurídica. Esta é a conclusão a que chegou a AGU, no já mencionado [Parecer nº 0002/2021/CNMLC/CGU/AGU](#) e que se recomenda, igualmente, no âmbito do Estado Acre.

Enfim, a NLLC é um novo sistema de contratações públicas cuja operacionalização demandará o amadurecimento institucional da Administração Pública. Trata-se de uma elevada curva de aprendizado a ser percorrida, exigindo, dentre outros meios, iniciativas voltadas à **capacitação** e ao aperfeiçoamento dos servidores quanto à condução dos procedimentos licitatórios e a correta fiscalização e gestão contratual. Aqui, é necessário ir além dos tradicionais cursos de formação de pregoeiros, difundindo as novidades trazidas pela NLLC e preparando o terreno para a

aplicação de regulamentos, sistemas eletrônicos e documentos padronizados.

Por esta razão, houve efetiva preocupação do legislador com a formação dos agentes públicos que irão desempenhar funções essenciais na NLLC. É o que aparece na disciplina dos agentes públicos (art. 7º, inciso II) e, também, na disciplina dos tribunais de contas, atribuindo-lhes, por meio de suas escolas de contas, a promoção de eventos de capacitação de servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução da lei (art. 173).

Em suma, os princípios do interesse público, da probidade administrativa, do planejamento e as práticas de governança das contratações públicas recomendam que a aplicação da Lei nº 14.133/2021 não seja açodada. Diante de um tema dessa envergadura, considerando a extensão e a profundidade das alterações provocadas pela NLLC, é recomendável que a matéria seja disciplinada pelo Poder Executivo local com base em um cronograma realista, que considere a realidade e as condições específicas de cada ente federado, mantendo assim a previsibilidade, a uniformidade e a segurança jurídica nas contratações públicas em nosso país.

2. AGENTES PÚBLICOS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A NLLC trouxe renovada preocupação com os agentes públicos que atuam no processo de contratação pública. Esta seção tratará primeiramente dos diferentes papéis confiados pela legislação aos agentes públicos, diferenciando os requisitos de caráter geral daqueles exigidos especificamente para o exercício de algumas funções. Em seguida, serão discutidos os impactos da segregação de funções na área de licitações e contratos, exigindo esforços nada desprezíveis de reorganização administrativa e gestão de pessoal no setor público.

2.1. A disciplina dos agentes públicos em licitações e contratos administrativos

O art. 7º da NLLC estabelece requisitos básicos para atuação de agentes públicos em processos de contratação pública.

Em síntese, a lei exige que a designação recaia **preferencialmente sobre servidores efetivos ou empregados públicos do quadro permanente** (inciso I), que **recebam prévia capacitação adequada** (inciso II) e **não tenham vínculos de parentesco ou de natureza técnica, comercial, econômica, ou financeira com licitantes ou contratados habituais da Administração** (inciso III). Na mesma linha, o artigo 9º prevê vedações aplicáveis de modo indistinto a todos os agentes designados para atuar na área de licitações e contratos – tais como tolerar situações que restrinjam o caráter competitivo de certames licitatórios (inciso I, “a”) ou criar resistências ou embaraços ao andamento de processos (inciso III).

À diferença desses dispositivos, o artigo 8º estabelece categorias específicas de agentes públicos e cria requisitos específicos em paralelo às regras gerais, causando certa confusão acerca dos diversos papéis que podem ser desempenhados sob a nova legislação. Este é o

caso, por exemplo, do **agente de contratação**, para o qual a NLLC **exige a designação de servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração** (art. 6º, LX e 8º, NLLC). Segundo Marçal Justen Filho, ao exigir a “ausência de precariedade na posição” como requisito, a nova lei presume que agentes públicos que não gozem de estabilidade ou estejam sujeitos à demissibilidade *ad nutum* podem sofrer pressões mais intensas no sentido de condutas irregulares⁷.

Em regra, cabe ao agente de contratação conduzir o procedimento administrativo, tomando decisões de relevo e praticando, com o auxílio da sua equipe de apoio, os atos principais do processo de contratação pública. Mas a NLLC também prevê a atuação de comissões de contratação, bancas, leiloeiros oficiais e pregóeiros, com funções distintas conforme a modalidade de licitação. A tabela a seguir sintetiza as principais características dessas diferentes funções, indicando o seu cabimento à luz da nova legislação:

Tabela 2 - Atuação de agentes públicos na Nova Lei de Licitações e Contratos

| | Cabimento | Características |
|-----------------------|---|---|
| Agente de contratação | Concorrência; Concurso; Leilão, no caso de servidor designado (art. 6º, LX; art. 8º, caput e §1º) | <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Obrigatoriamente</i> será servidor efetivo ou empregado público do quadro permanente; ▪ Regra geral para conduzir a licitação nas modalidades da NLLC ▪ Auxiliado por equipe de apoio; |

⁷ JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 200.

| | | |
|--|--|--|
| Pregoeiro | Pregão (art. 8º, caput e §5º) | <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Obrigatoriamente</i> será servidor efetivo ou empregado público do quadro permanente; ▪ Auxiliado por equipe de apoio; |
| Leiloeiro oficial | Leilão (art. 31) | <ul style="list-style-type: none"> ▪ O leiloeiro deve ser contratado mediante pregão eletrônico ou credenciamento. |
| Fiscal do contrato | Execução do contrato (art. 117) | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Podem ser nomeados mais de um fiscal por contrato; ▪ É possível a contratação de terceiros, que firmarão termo de confidencialidade, para assistir o fiscal em suas atribuições. |
| Comissão de contratação | Concorrência Concurso Procedimentos auxiliares (art. 6º, L; 8º, §2º) | <ul style="list-style-type: none"> ▪ A autoridade poderá optar por substituir o agente de contratação pela comissão; ▪ Responsabilidade solidária pelos atos praticados, ressalvada posição individual divergente registrada. ▪ Formada por pelo menos 3 membros; ▪ A comissão <i>preferencialmente</i> será formada por servidor efetivo ou empregado público do quadro permanente. |
| Comissão de contratação para diálogo competitivo | Diálogo competitivo (art. 32, §1º, XI) | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Formada por pelo menos 3 membros; ▪ <i>Obrigatoriamente</i> será servidor efetivo ou empregado público do quadro permanente ▪ Possibilidade de contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão, devendo assinar termo de confidencialidade e abster-se de situações de conflito de interesses (art. 32, §1º, XI e §2º) |
| Banca | Avaliação de proposta técnica nos critérios “melhor técnica” e “técnica e preço” (art. 37, II e §1º) | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Formada por pelo menos 3 membros; ▪ Atribui notas para a proposta técnica. ▪ Formada por servidores efetivos, empregados públicos ou por terceiros especialistas. ▪ Não se confunde com agente de contratação nem com a comissão de contratação. |
| Equipe de apoio | Auxilia o agente de contratação e o pregoeiro (art. 8º, §§1º e 3º e 9º, §2º) | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Não conduz o processo de contratação, apenas auxilia o agente de contratação e o pregoeiro. ▪ A equipe será <i>preferencialmente</i> formada por servidor efetivo ou empregado público do quadro permanente. ▪ Pode abranger terceiros externos à Administração (art. 9º, §2º) |
| Comissão de processo de responsabilização | Conduz o processo de responsabilização para aplicação das sanções restritivas (art. 156, III e IV) | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Formada por 2 ou mais servidores estáveis ou por 2 ou mais empregados públicos dos quadros permanentes, preferencialmente com 3 anos de tempo de serviço no órgão ou entidade; |

Fonte: elaboração própria

Embora o art. 8º da NLLC fale apenas em “licitação”, parece difícil sustentar que a figura do agente de contratação não se aplicaria às **contratações diretas**. A respeito, vale lembrar que versões anteriores do projeto de lei falavam em “agente de licitação” ao invés de “agente de contratação”, o que já denota a intenção de abranger não somente a condução de

procedimentos licitatórios, mas contratações públicas como um todo. Ademais, soaria um contrassenso a lei proibir o vínculo precário para conduzir licitações e admiti-lo nas contratações diretas, onde a exposição a risco em tese é maior. É recomendável, por isso, que o regulamento próprio de cada ente discipline a atuação do agente de contratação nas contratações diretas,

especialmente quanto às providências elencadas no art. 72, incisos IV a VII, da NLLC.

Para reforçar, deve-se trazer à baila o entendimento do STF, no RE nº 1041210, que julgou o mérito do Tema 1010, em que se discute à luz do art. 37, incs. I, II e V, da CF os requisitos constitucionais exigíveis para a criação de cargos em comissão, decidindo que a criação de cargos em comissão somente se justifica para funções de “direção, chefia e assessoramento”, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais.

Tendo como premissa que as funções do agente de contratação, **não são** funções de direção, chefia e assessoramento, resta a conclusão pela impossibilidade de atuação de servidores comissionados nessa função.

Assim, o **primeiro grande impacto e entrave** surgido com a implantação da NLLC se traduz na impossibilidade de atuação de servidores comissionados no desempenho da função de agente da contratação.

Todavia, não se pode perder de vista que desde o ano de 2017 o Estado do Acre se encontra acima dos limites de despesas com pessoal determinado pela Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, o que o impede de criar cargos, provê-los (exceção penas para resposição na área da saúde, segurança e educação), criar vantagens etc.

De um lado se tem a intenção da nova lei de atribuir relevante função de condução e fiscalização da contratação a servidor público efetivo, visto esse usufruir de estabilidade e autonomia técnica para boa condução do processo de contratação. Doutro lado, a LRF que, preocupada com a saúde fiscal dos Entes, impede a majoração de gasto com pessoal quando atingido determinados limites. Assim, resta a hercúlea tarefa de compatibilizar os dois mandamentos legais à realidade do Estado do Acre.

É de questionável constitucionalidade, sob o aspecto eminentemente formal, quando a União edita norma, notadamente sobre servidor público, que acaba por tangenciar a autonomia federativa dos outros Entes federados. É exatamente o caso em questão.

Sendo assim, propõe-se como resolução da questão que não havendo possibilidade de se nomear um servidor público efetivo para a função de agente de contratação, que esta seja ocupada excepcionalmente por servidor comissionado. Todavia, tão logo o Estado do Acre fique abaixo dos limites de gastos com servidor público constantes da LRF, **deverá providenciar a criação de uma carreira específica para atuar como agente de contratação ou providenciar concurso público para cargo que possa assumir tal função (como, por exemplo, gestor público).**

Outro ponto, não confundam o agente público do art. 7º com o agente de contratação do art. 8º. A preferência determinada no art. 7º não se aplica aos agentes de contratação.

Outro aspecto foi suscitado pela AGU no PARECER n. 00860/2021/CONJUR-MD/CGU/AGU que, embora analisasse a questão específica dos militares, asseverou que o art. 8º da NLLC não abre margem para que o regulamento disponha em sentido diverso às suas disposições, haja vista sua redação afirmar que o agente de contratação DEVE pertencer aos quadros permanentes da Adm.

Ponderando os argumentos acima, não é possível que, por meio de regulamento, mesmo que Decreto, se transija em relação ao atributo da efetividade legalmente exigido, a fim de autorizar a designação de servidores comissionados para a função em tela, sob pena de ilegalidade do respectivo ato.

É inconstitucional que Estados e Municípios, sob o argumento de se trata o art. 8º da NLLC de suposta norma específica federal, editem decretos regulamentares abrindo a possibilidade de cargos comissionados e/ou temporários para agentes de contratação.

Cita-se, neste sentido e por analogia, o julgamento do TJ-SP na ADI 2045018-15.2020.8.26.0000 entendendo que o ocupante de cargo comissionado não pode ser pregoeiro.

Outra dúvida deixada pela legislação diz respeito ao tipo de agente público que deve atuar em **procedimentos auxiliares**. No silêncio do art. 8º, o art. 6º, inciso L, da NLCC alude expressamente à comissão de contratação, em caráter permanente ou especial, para receber, examinar e julgar documentos

nesses casos. Isso parece pacífico no credenciamento, no registro cadastral e no procedimento de manifestação de interesse, mas há ainda alguma dúvida em relação aos procedimentos auxiliares que antecedem, necessariamente, a realização de licitação futura. É o caso da pré-qualificação (art. 8º, §3º, II e §10) e do sistema de registro de preços (art. 82), que admite licitação nas modalidades pregão, quando o objeto tiver caráter comum, ou concorrência, em caso de bens ou serviços especiais. Nesses casos, tendo em vista o caráter acessório dos procedimentos auxiliares, parece plausível admitir que o registro de preços e a pré-qualificação devam seguir a disciplina prevista para as modalidades licitatórias em que se realizarem,

abrangendo, por exemplo, o pregoeiro (art. 8º, §5º, NLLC), no caso do pregão; ou, em alternativa, as figuras do agente de contratação ou da comissão de contratação (art. 8º, §2º, NLLC), na concorrência.

Por fim, cabe um comentário final sobre o papel do **fiscal do contrato**. Segundo o art. 117 da NLLC, o acompanhamento da gestão e execução contratuais poderá ser confiado a mais de um fiscal, além da possibilidade de contratação de terceiros para auxiliá-los nessa função (§4º). Para a advocacia pública, o §3º apresenta uma regra importante ao disponibilizar os órgãos de consultoria e assessoramento jurídico para dirimir dúvidas do fiscal do contrato. Embora isso já ocorra na prática, existe um potencial de adensamento de consultas sobre aspectos variados da gestão contratual. Nessa linha, pode ser necessário reforçar nos pareceres a necessidade de limitação das consultas a aspectos jurídicos, excluindo questões de ordem técnica, como já previsto, por exemplo, no art. 21, §2º, das [Rotinas da Consultoria Jurídica \(Resolução PGE-77/2010\)](#) da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

2.2. Os impactos da segregação de funções na Administração

O segundo ponto relacionado à disciplina dos agentes públicos na NLLC diz respeito à previsão expressa, no art. 7º, §1º, da **segregação de funções**. A regra não é nova na praxe administrativa e pode ser compreendida, à luz da jurisprudência recente do TCU, em dois sentidos diferentes.

Na primeira acepção, aplicada *externamente* à Administração Pública, a segregação de funções visa a impedir o surgimento de situações de conflito de interesses entre fornecedores em contratações que, de alguma maneira, sejam

ligadas, conexas ou acessórias⁸. Nesses casos, a jurisprudência do TCU aponta haver justificativa para impedir a participação em licitações de fornecedores que já tenham vínculos com o Poder Público, atraindo por analogia as vedações do artigo 14 da NLLC para impedir a ocorrência do conflito de interesses no caso concreto⁹.

A NLLC adota a segregação de funções em seu segundo sentido, que é o mais frequente na

⁸ “Os serviços de vigilância ostensiva e os de central de monitoramento não devem ser contratados junto à mesma empresa, diante do princípio da segregação de funções. A Administração deve impedir, por meio dos seus editais de licitação, que empresa por ela contratada para um desses serviços participe de licitação cujo objeto seja o outro serviço em questão”. Acórdão TCU nº 589/2016, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.

⁹ “Em observância ao princípio da segregação de funções, não se deve permitir, em certames licitatórios para a contratação de serviços de monitoramento ambiental, a participação de empresa já contratada para a execução de outros serviços que podem causar impacto no ambiente a ser monitorado”. Acórdão TCU nº 4204/2014, Segunda Câmara, Rel. Min. Ana Arraes.

jurisprudência do TCU¹⁰. Aqui, voltando-se *internamente* à Administração, a segregação veda a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em atividades distintas no âmbito de uma mesma contratação pública, reduzindo assim a possibilidade de erros e fraudes ao longo do processo. Nessa leitura, a segregação de funções surge como linha de defesa do controle interno¹¹ e alcançou projeção nacional por meio de diversas Instruções Normativas editadas pelo governo federal¹².

No que se refere especificamente a licitações e contratos, a jurisprudência do TCU traça uma linha divisória de segregação de funções que considera três etapas bem definidas: a **fase interna ou preparatória** da licitação¹³; a condução da sessão pública, na **fase externa**¹⁴; e as atividades de monitoramento e fiscalização durante a **gestão e execução contratual**¹⁵. Consequentemente, o atendimento ao art. 7º, §1º da NLLC tornaria impositiva a participação de agentes públicos diferentes nas três fases, evitando, assim, a atuação concomitante de uma mesma pessoa nessas etapas. Em outras palavras, o modelo legal pressupõe a atuação de diversos agentes para fases distintas do processo de contratação, não se admitindo a participação da mesma pessoa nas fases preparatória, externa e de gestão contratual.

O atendimento à regra da segregação de funções demanda grandes adaptações ao Poder Público, em especial ante as limitações técnicas e de pessoal atualmente vivenciado pelo Estado do Acre e por suas entidades da Administração indireta. Trata-se, a

rigor, de um problema de gestão de recursos humanos – motivo pelo qual, por exemplo, o TCU recomenda o planejamento para a reposição de quadros próximos à aposentadoria ([Acórdão TCU nº 5.749/2014, 2ª Câmara](#); e [Acórdão TCU nº 1.545/2015, 1ª Câmara](#)). No Estado do Pará, por exemplo, o [Decreto Estadual nº 870/2013](#) adota uma solução radical: não sendo possível atender aos requisitos necessários à atuação de servidores, a autoridade deverá sustar a celebração de novos contratos até que seja solucionada a necessidade de pessoal.

A despeito da relevância desses argumentos e de seu apelo pragmático, é altamente improvável que se consolide nos órgãos de controle uma interpretação que afaste o caráter geral das regras dos artigos 7º e 8º da NLLC. A intenção de abranger a Administração brasileira como um todo fica clara no art. 176, inciso I, que excepcionou apenas os Municípios de até 20 mil habitantes, pelo prazo de 6 anos, do seu cumprimento.

Aplicada com rigor, a segregação de funções irá demandar uma severa reorganização interna das atividades de seções, núcleos e departamentos atualmente dedicados a licitações e contratos em órgãos e entidades estaduais, com tendência à concentração de equipes e processos para contornar a rigidez do sistema de admissão de pessoal. Portanto, é importante pensar em medidas de reestruturação de quadros e estruturas administrativas urgentemente, de modo a impedir o

¹⁰ “A segregação de funções, princípio básico de controle interno que consiste na separação de atribuições ou responsabilidades entre diferentes pessoas, deve possibilitar o controle das etapas do processo de pregão por setores distintos e impedir que a mesma pessoa seja responsável por mais de uma atividade sensível ao mesmo tempo”. Acórdão TCU nº 2829/2015, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas.

¹¹ Cf., o capítulo VII, seção VIII, item 3, inciso IV da [Instrução Normativa SFC/MF nº 1/2001](#), que aprovou o Manual do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, bem como o art. 11, III, “b” da [Instrução Normativa Conjunta MP/CGU nº 01/2016](#) e a [Instrução Normativa SFC/CGU nº 3/2017](#).

¹² Artigo 50 da [Instrução Normativa SEGES/MP nº 5/2017](#) “Exceto nos casos previstos no art. 74 da Lei nº 8.666, de 1993, ao realizar o recebimento dos serviços, o órgão ou entidade deve observar o princípio da segregação das funções e orientar-se pelas seguintes diretrizes: (...)”

¹³ “A atribuição, ao pregoeiro, da responsabilidade pela elaboração do edital cumulativamente às atribuições de sua estrita competência afronta o princípio da segregação de funções adequado à condução do pregão, inclusive o eletrônico, e não encontra respaldo nos normativos legais que regem o procedimento”. Acórdão TCU nº 3381/2013, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo.

¹⁴ “Na realização de processos licitatórios deve ser observada a segregação de funções, não se admitindo o acúmulo de atribuições em desconformidade com tal princípio, a exemplo de um mesmo servidor ser integrante da comissão de licitação e responsável pelo setor de compras”. Acórdão TCU nº 686/2011, Plenário, Rel. Min. André de Carvalho.

¹⁵ “É vedado o exercício, por uma mesma pessoa, das atribuições de pregoeiro e de fiscal do contrato celebrado, por atentar contra o princípio da segregação das funções”. Acórdão TCU nº 1375/2015, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas.

engessamento de licitações e contratações ao longo da implantação e aplicação integral da NLLC.

2.3. A segregação de funções aplicada à Advocacia Pública

Por fim, vale destacar que o §2º do artigo 7º estende a regra da segregação de funções aos órgãos de controle interno e de assessoramento jurídico, alcançando, portanto, a atuação de órgãos de execução da área da Consultoria Geral.

Preliminarmente, assim como em outros trechos da NLLC, como já dito aqui em linhas pretéritas sobre o agente de contratação, seria possível sustentar algum grau de inconstitucionalidade da lei pela invasão de competências constitucionais dos Estados- membros, tendo em vista que a atribuição de requisitos para a atuação de servidores e a auto- organização de suas Procuradorias seria matéria administrativa (art. 25, 37 e 132), indo além da competência privativa da União para fixar normas gerais de licitação e contratação (art. 22, XXVII, da Constituição). No mérito, contudo, o amplo acolhimento da segregação de funções pela jurisprudência do TCU torna improvável que essa regra venha a ser afastada em relação a órgãos jurídicos em sede de controle externo das contratações pelo Tribunal de Contas.

Superada essa questão, a observância integral dos requisitos do *caput* do artigo 7º e do seu §1º pode vir a demandar adaptações internas por parte da Procuradoria Geral do Estado. Por exemplo, será preciso definir se, no exame de procedimentos licitatórios e contratações diretas regidas pela Lei nº 14.133/2021, a observância à segregação de funções exige que não sejam distribuídos ao

mesmo Procurador do Estado processos relacionados à análise inicial de editais, contratos e consultas posteriores, relacionadas a prorrogações, aditamentos e questões relacionadas à execução contratual, ou em que tenha atuado perante a Administração em atividade de assessoramento.

3. FASE PREPARATÓRIA DA LICITAÇÃO

3.1. O primado do planejamento

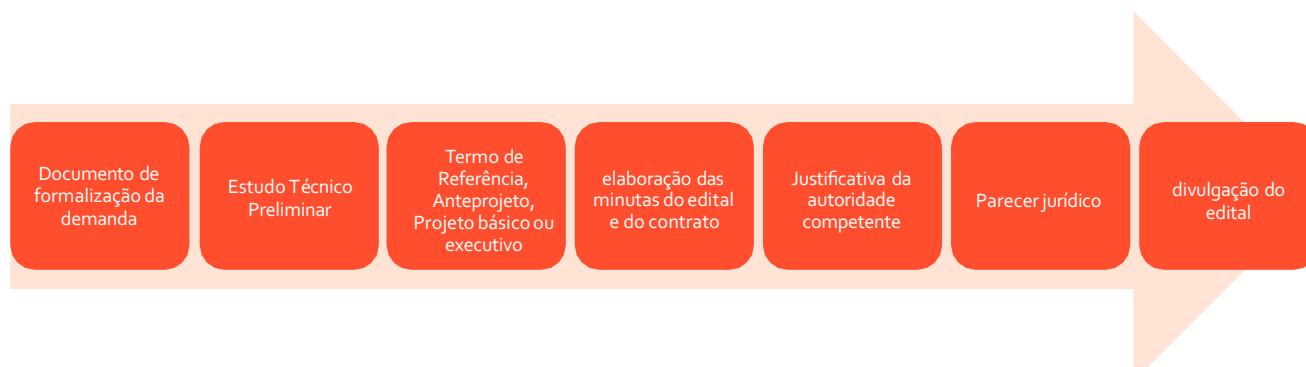
O planejamento foi alçado à condição de princípio (art. 5º) na NLLC, evidenciando a relevância dada pelo legislador a essa importante ferramenta administrativa nas contratações públicas.

Grosso modo, o planejamento sob a ótica da NLLC envolve compatibilizar as necessidades da Administração com o seu planejamento estratégico e orçamentário, visando buscar o melhor modo de atendê-las, levando em consideração todo o ciclo de vida do objeto da contratação, inclusive quanto a aspectos ambientais e de

sustentabilidade, valendo-se, sempre que possível, de mecanismos de centralização de contratações e de padronização de procedimentos, documentos, bens, serviços e obras.

Segundo o art. 18 da NLLC, o planejamento da contratação é realizado por meio da fase preparatória do processo licitatório, com a abordagem de aspectos técnicos, mercadológicos e de gestão, seguindo, em linhas gerais, o fluxograma abaixo:

Figura 2 - Fluxograma da fase preparatória das licitações na NLLC



Fonte: elaboração própria

Os principais instrumentos de planejamento constantes da NLLC são o **plano de contratações anual** (PCA), o **catálogo eletrônico** de padronização de compras, serviços e obras e o **Estudo Técnico Preliminar** (ETP), o qual será analisado adiante.

A despeito de sua elaboração ser facultativa (art. 12, inciso VII), o PCA constitui importante ferramenta de gestão das compras governamentais. Com efeito, além dos objetivos elencados no sobredito artigo, dentre os quais se destaca o de racionalizar e centralizar as

contratações – porquanto identifica as aquisições e contratações de bens e serviços que podem ser centralizadas, trazendo ganhos de economia de escala e evitando a sobreposição de processos (art. 19, inciso I) -, a elaboração do PCA resulta num quadro geral de despesas que favorece à tomada de decisões acerca, por exemplo, do parcelamento de compras e da priorização de gastos e, além disso, amplia o controle social, pois deverá ser divulgado no sítio eletrônico oficial do ente. O PCA deverá ser regulamentado pelos entes federativos, se adotado, sendo permitido o uso da regulamentação federal (art. 187).

De todo modo, é importante que o Estado Acre avalie a conveniência e a oportunidade de instituir Centrais de Compras, como adotado na [União](#) e em [Minas Gerais](#), ou aproveitar o advento da NLLC para promover uma reorganização profunda da área de licitações e contratos, capacitando os servidores na medida em que reduz a repetição desnecessária de procedimentos.

O catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, como o nome indica, constitui sistema informatizado para a padronização de bens, serviços e obras a serem adquiridos pela Administração e deve conter toda a documentação relativa à fase interna da licitação, inclusive a composição dos respectivos preços referenciais. No que se refere às compras, os bens a serem adquiridos devem preferencialmente constar do catálogo eletrônico, revelando a importância dada a este instrumento na nova lei, que passou também a admitir o fornecimento contínuo (art. 40, inciso III).

Com efeito, segundo o comando contido no *caput* do art. 19 da NLLC, o catálogo eletrônico é de criação obrigatória, devendo ser regulamentado pelos entes federativos, os quais, todavia, poderão adotar o catálogo do Poder Executivo federal consoante disposto no art. 19, inciso II, da NLLC. De ver-se, ainda, que a Administração poderá utilizar-se da pré-qualificação para a inclusão de bens e serviços no catálogo eletrônico (art. 80, § 5º).

Além do catálogo eletrônico, a NLLC exige que os três Poderes dos entes federativos (o que vale também para TCE-AC, DPE-AC e MPE-AC), no prazo de 180 dias, contados da publicação da lei, definam em regulamentos os limites para enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo (artigo 20, §§ 1º e 2º). No âmbito do Poder Executivo do Estado do Acre, referida tarefa já foi materializada no Decreto Estadual nº 10.472, de 11/11/2021.

3.2. Estudo técnico preliminar

O ETP é tido pela nova lei como documento estrutural do planejamento da contratação. É por seu intermédio que se definirá como melhor atender a necessidade apontada pela Administração, analisando e comparando as soluções passíveis de serem implementadas, podendo, inclusive, concluir ao final dos estudos que a contratação é inviável.

Na NLLC a formalização da demanda pela Administração não se confunde com o ETP, antecedendo-o.

Tampouco o ETP se confunde com o anteprojeto, termo de referência ou projeto básico, sendo, na realidade, o documento que sustentará a elaboração desses, caso se conclua pela viabilidade da contratação.

Conforme o art. 18, § 1º, da NLLC, o ETP deve conter os seguintes elementos:

Figura 3 - Elementos obrigatórios e facultativos do Estudo Técnico Preliminar na NLLC

| | | | | |
|---|--|--|--------------------------------------|---|
| descrição da necessidade da contratação | plano de contratações anual | requisitos da contratação | estimativas das quantidades | levantamento de mercado |
| estimativa do valor da contratação | descrição da solução como um todo | justificativas para o parcelamento ou não da contratação | descrição dos resultados pretendidos | providências a serem adotadas antes da celebração do contrato |
| contratações correlatas ou interdependentes | descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras | | viabilidade da contratação | |

Fonte: elaboração própria

A elaboração do ETP é, em regra, obrigatória, admitindo-se, mediante justificativa, a elaboração de estudo simplificado com, apenas, os elementos referidos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º do artigo 18 (em vermelho no quadro acima), sendo sua elaboração facultativa nas contratações diretas. Tal conclusão é extraída da leitura conjugada dos artigos 6º, XX, 18, § 2º, e 72, inciso I, da NLLC.

A [Instrução Normativa SEGES/ME nº 40/2020](#), editada pelo Poder Executivo Federal sob a égide da Lei nº 8.666/1993, faculta a elaboração do ETP nas hipóteses dos incisos I, II, III, IV e XI do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993, e dispensa-a nas prorrogações contratuais relativas a objetos de prestação de natureza continuada. Nova instrução normativa está sendo elaborada pela União e, da consulta pública realizada pela Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, extraí-se que no âmbito federal pretende-se que a elaboração do ETP seja facultativa nas hipóteses de dispensa de licitação previstas no artigo 75, incisos I e II (valor), III (licitação deserta ou fracassada), VII (casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou de grave perturbação da ordem), VIII (emergência e calamidade pública), e na hipótese do § 7º do artigo 90, que se refere à contratação de remanescente de obras, dispensando-se a elaboração do ETP, igualmente,

nas prorrogações de contratos de natureza contínua.

Da minuta do regulamento federal se extrai, também, que o ETP deve ser elaborado, conjuntamente, por servidores da área técnica e requisitante ou, quando houver, pela equipe de planejamento da contratação do órgão. A NLLC é silente quanto ao ponto, cabendo a cada ente federativo regulamentar a matéria, ainda que, também quanto a esse aspecto, não haja determinação legal. Não obstante, considerando a importância do ETP na fase preparatória do processo licitatório e o princípio da segregação de funções (art. 5º), parece-nos de todo salutar que os entes federativos regulamentem a matéria ou adotem a regulamentação federal, no intuito de estabelecer diretrizes para a elaboração desse instrumento estruturante da contratação.

Destaque-se que a Administração Pública federal já utiliza ferramenta informatizada para a elaboração dos ETPs, denominada “Sistema ETP digital”, cujo uso será franqueado aos demais entes federativos, mediante a celebração de “Termo de Acesso”, de acordo com o § 2º, do art. 3º, do texto levado à consulta pública. Além dos requisitos contidos no § 1º do artigo 18, a NLLC aponta outras circunstâncias que cabem ser

abordadas no ETP, tais como as previstas nos artigos 18, § 3º, 25, § 2º, 36, § 1º, 40, § 4º e 44.

Considerando o disposto no artigo 19, § 1º, da NLLC e a ênfase dada pelo legislador ao planejamento da contratação, com especial realce aos instrumentos de centralização e padronização, parece-nos possível que o catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras traga para cada item de contratação o correspondente **modelo de ETP padronizado**, contemplando os requisitos elencados no § 1º do artigo 18 da NLLC que sejam passíveis de padronização, cabendo ao contratante abordar, em cada caso, os elementos obrigatórios apontados na referida norma que não sejam padronizáveis (como a demonstração da previsão no plano de contratações anual, se adotado, e estimativas das quantidades para a contratação).

Sendo o ETP o documento de suporte à elaboração do anteprojeto, do termo de referência e do projeto básico, é natural que haja sobreposição entre os elementos constantes dessas peças, como se verifica facilmente da leitura dos artigos 6º, incisos XXIII, XXIV e XXV, e 18, § 1º, da NLLC.

Como exemplo de justaposição, podemos citar a estimativa do valor da contratação, que é um dos requisitos mínimos do ETP e, também, do termo de referência e do projeto básico. Segundo consta do manual on-line "[Riscos e Controles nas Aquisições \(RCA\)](#)", elaborado pelo TCU, "(...) a estimativa de preços nos estudos técnicos preliminares tem por objetivo a análise de viabilidade da contratação, logo poderá haver necessidade de refinar a estimativa elaborada nesta etapa", cabendo ser sopesado, em cada caso, se a

coleta de preços realizada no ETP é suficiente para o estabelecimento do valor referencial da contratação, ou se convém ser ampliada. No ETP a pesquisa de preços pode ter por finalidade ajudar na decisão quanto à melhor solução a ser adotada para suprir a necessidade da Administração – quando existente mais de uma -, enquanto no termo de referência e no projeto básico a pesquisa de preços visa à formação do preço referencial da solução que será licitada. Assim, a depender do número de soluções em estudo ou de sua complexidade, pode não ser viável a realização de pesquisa de preços pormenorizada na fase de elaboração do ETP, a exigir sua ampliação na elaboração do termo de referência e do projeto básico.

Note-se que a NLLC não aponta diferenças entre as estimativas do valor da contratação que devem compor o ETP, o termo de referência ou o projeto básico. Atentando-se para os princípios da eficácia, da celeridade e da economicidade, previstos no art. 5º da NLLC, parece-nos salutar que se busque, sempre que possível, o aproveitamento da pesquisa de preços realizada no ETP, assim como de outros elementos que sejam coincidentes entre esse e o anteprojeto, termo de referência e projeto básico.

Para tanto, é de todo recomendável que se observe, nessa fase, o disposto no regulamento para a realização de pesquisa de preços a ser editado no âmbito de cada ente federativo, possibilidade que decorre do § 3º do artigo 23 da NLLC. A corroborar a conclusão de que os parágrafos do artigo 23 constituem norma especial, a [Instrução Normativa SEGES/ME nº 65/2021](#), que dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da administração pública federal, contém norma que impõe a utilização da referida instrução aos demais entes federativos apenas "(...) quando executarem recursos da União decorrentes de transferências voluntárias" (artigo 1º, § 2º, da IN), abrindo espaço

para a competência suplementar de cada ente federado.

Convém destacar que os artigos 59, inciso III e 61, § 1º, da NLLC, indicam não ser possível a aceitação de propostas que estejam acima do preço referencial estimado para a contratação. É dizer, para a NLLC o preço referencial é o preço máximo a ser contratado, diferentemente da Lei nº 8.666/1993 que os distingue, segundo o entendimento adotado pelo [Tribunal de Contas da](#)

[União \(Acórdão TCU nº 1549/2017, Plenário\).](#)

Considerando-se a conceituação de sobrepreço dada no artigo 6º, LVI da NLLC, tem-se que a verificação da adequação do preço ofertado deverá ser feita por item, quando se tratar do regime de execução por preço unitário, e pelo valor global, quando se tratar do regime de execução por preço global, podendo, no edital, ser definido outro critério que observe as especificidades do mercado, quando se tratar de obras e serviços de engenharia (art.59, § 3º).

3.3. Gerenciamento e análise de riscos

O artigo 18, inciso X, da NLLC determina que na fase preparatória seja, também, realizada **análise dos riscos** envolvidos na contratação, sem excepcionar contratações de menor complexidade ou de baixo valor, indicando que o gerenciamento de riscos deve ser realizado em qualquer procedimento licitatório. Segundo Joel Niehbur¹⁶, “(...) a análise de riscos pressupõe a identificação, a avaliação, a qualificação e o tratamento dos riscos e costuma se materializar em algum tipo de documento, mapa de riscos ou documento equivalente”.

O parágrafo único do artigo 11 da NLLC determina à alta administração do órgão ou entidade que implante processos e estruturas de gestão de riscos para o monitoramento dos processos licitatórios e execução contratual, o que, em certa medida, pode facilitar o cumprimento do disposto no sobredito inciso, sobretudo se definidas as metodologias. Um exemplo de estrutura matricial de gerenciamento de riscos pode ser encontrada no [Manual de Gestão de Riscos do TCU](#), que se baseia em experiências e melhores práticas internacionais:

Figura 4 -Modelo de gerenciamento de riscos



Fonte: Manual de Gestão de riscos do TCU, p. 29.

¹⁶ NIEHBUR, Joel. “Fase Preparatória das Licitações”. In: NIEHBUR, Joel (org.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 2ª edição, Curitiba: Zênite, 2021, pp. 80-95. Disponível em https://www.zenite.com.br/books/nova-lei-de-licitacoes/nova_lei_de_licitacoes_e_contratos_administrativos.pdf. Acessado em 03/07/2021.

Sendo a lei silente quanto ao momento, na fase preparatória, para realização da análise de riscos, convém que a matéria seja tratada em regulamento. No âmbito federal, a [Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 5, de 2017](#), que regula a contratação de serviços sob a égide da Lei nº 8.666/1993, estabelece que a etapa de gerenciamento de riscos deve ser realizada logo após a elaboração do ETP, pela mesma equipe de planejamento da contratação que o preparou.

A depender do resultado da análise de riscos, o edital poderá contemplar **matriz de riscos** da contratação, sendo, contudo, sua elaboração obrigatória nas contratações de obras e serviços de grande vulto e nas contratações integrada e semi-integrada (artigo 22, “caput” e § 3º, da

NLLC). Conquanto não esteja expresso na lei, parece-nos que a matriz de riscos deve ser elaborada concomitante ou após a análise de riscos, parecendo-nos, ante o conteúdo mínimo de natureza essencialmente técnica exigido no artigo 6º, XXVII, que a análise de riscos da futura contratação e, portanto, os contornos da matriz de riscos devem ser estabelecidos no ETP ou pelos servidores responsáveis por sua elaboração, para, após, ser alocada nas minutas do edital e do contrato. Essa é, aliás, a recomendação do TCU, consoante se verifica no já mencionado manual on-line “Riscos e Controles nas Aquisições (RCA)”. Convém, como dito, que a matéria seja definida pelos entes federativos em regulamento próprio.

Figura 5 - Principais funções da matriz de riscos na NLLC



Fonte: elaboração própria

3.4. Elaboração de termo de referência, projeto básico e projeto executivo

Após a elaboração de ETP que tenha concluído pela viabilidade da contratação, passa-se à confecção do termo de referência (bens e serviços), do anteprojeto (peça técnica com subsídios para elaboração do projeto básico) ou do projeto básico (obras ou serviços de engenharia), e, se for o caso, do projeto executivo (obras ou serviços de engenharia). As definições e requisitos

mínimos desses documentos, constam, respectivamente, no art. 6º, incisos XXIII, XXIV XXV e XXVI, da NLLC, de conteúdo, na realidade, bastante maximalista. Mostra-se conveniente que, por meio de regulamento, **sejam também definidos os responsáveis pela elaboração dessas peças no âmbito do Estado do Acre**, devendo ser observado o princípio da segregação

de funções (artigo 5º). Do mesmo modo, deve-se sopesar a conveniência de padronização dos termos de referência, consoante dispõe o artigo 19, IV, da NLLC, na mesma linha hoje feita para minutas de editais e contratos.

Além dos elementos que se sobrepõem ao ETP, o termo de referência ou o projeto básico devem conter o modelo de execução do objeto¹⁷, do qual deriva o regime de execução da contratação, a ser definido no edital de licitação, e também o modelo de gestão do contrato, que demonstra como a execução do objeto será fiscalizada pelo órgão ou ente contratante. Essas peças devem, ainda, indicar de que forma o contratante será escolhido, isto é, se por uma licitação (modalidade, critério de julgamento e modo de disputa), indicando, inclusive, os critérios de seleção do fornecedor (requisitos de habilitação, aceitabilidade de preços global e unitário, etc.) ou se por uma contratação direta (dispensa ou inexigibilidade de licitação).

3.5. Elaboração da minuta de edital e o controle prévio de legalidade

Após a elaboração do anteprojeto, termo de referência ou projeto básico, deve-se elaborar a minuta de edital, da qual constituirão anexos, e a minuta do termo de contrato, se necessária, valendo-se, preferencialmente, de modelos padronizados elaborados com o auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno (artigo 19, IV da NLLC). Atente-se que a lei admite a utilização pelos entes federativos das minutas padronizadas de edital, de termos de referência e de contratos elaboradas pelo Poder Executivo federal.

Os autos devem então ser submetidos à autoridade competente – consoante definido em regulamento - para os fins indicados no art. 18, inciso IX, da NLLC -, e ao órgão de assessoramento jurídico, que exercerá, sob a ótica jurídica, controle

Como antes mencionado, a estimativa do valor da contratação deve também fazer parte do termo de referência, na forma prevista no artigo 6º, inciso XXIII, alínea “i”, e do projeto básico, conforme artigo 6º, inciso XXV, alínea “f”, da NLLC. Curial atentar que, nos termos do artigo 24 da NLLC, admite-se, mediante justificativa, que o orçamento estimado para a contratação tenha caráter sigiloso, em qualquer modalidade licitatória, exceto quando adotado o critério de julgamento por maior desconto¹⁸. O sigilo do orçamento, quando motivadamente imposto, poderá ser mantido até o encerramento da etapa de negociação.

Assim, quanto o valor estimado da contratação seja requisito legal do termo de referência e do projeto básico, sempre que se optar pela publicidade diferida do orçamento, tal informação deverá ser excluída do anexo do edital de licitação destinado a essas peças.

prévio de legalidade da contratação, consoante prescrito no artigo 53 da mesma lei.

Uma discussão relevante suscitada pela redação do art. 53 é se houve ampliação das atribuições do órgão jurídico, em comparação com o regime da legislação anterior (artigo 38, inc. VI e parágrafo único da Lei nº 8.666/1993), como se verá mais adiante. De ver-se, também, que a NLLC possibilita a dispensa de análise jurídica, mediante edição de ato da autoridade jurídica competente, disciplinando as hipóteses, consoante indicado no § 5º do referido artigo. Após atendidas as recomendações feitas pelo órgão jurídico, a autoridade competente determinará a divulgação do edital, nos termos do artigo 54 da NLLC, encerrando-se, com isso, a etapa preparatória do processo de licitação.

¹⁷ Segundo consta no manual on-line “Riscos e Controles nas Aquisições (RCA)”, elaborado pelo TCU, o modelo de execução do objeto “(...) trata de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos, desde o seu início até o seu encerramento”. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/riscos-e-controles-nas-aquisicoes-rca.htm>. Acessado em 03/07/2021.

¹⁸ Nesse caso, o valor estimado da contratação constitui a base de cálculo sobre a qual serão feitas as propostas de desconto por parte dos licitantes - se fosse sigiloso, inviabilizaria a própria competição.

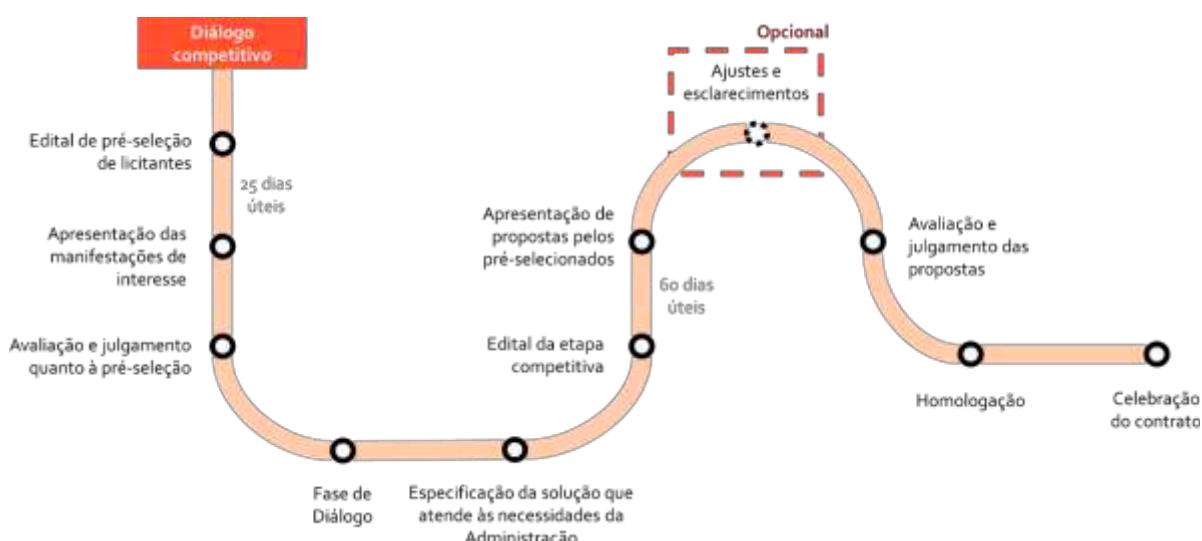
4. MODALIDADES DE LICITAÇÃO E REGIMES DE EXECUÇÃO

A NLLC disciplinou as modalidades de licitação em seu art. 28, segundo o qual o pregão, a concorrência, o concurso, o leilão e o diálogo competitivo seriam as modalidades licitatórias a serem aplicadas pela Administração Pública. Houve, ainda, a extinção do convite, como será detalhado mais à frente, bem como da tomada de preços. É de se destacar que a NLLC consagrou o registro cadastral como um procedimento auxiliar, de modo que o art. 87, §§ 2º e 3º permitem que a Administração realize licitação restrita a fornecedores cadastrados, atendidos os critérios, as condições e os limites estabelecidos em regulamento, admitindo a possibilidade de

fornecedor realizar o seu cadastro dentro do prazo previsto no edital para apresentação de propostas. Essa situação se aproxima da tomada de preços, disciplinada na Lei nº 8.666/1993.

O pregão, até aqui disciplinado pela Lei 10.520/2002, foi abarcado pela NLLC, sendo também criada outra modalidade de licitação, o diálogo competitivo, ao qual será destinado um tópico próprio. Esta seção não pretende esgotar os inúmeros aspectos relacionados às modalidades de licitação, ficando centrada em alguns pontos específicos trazidos pela NLLC, diante dos seus impactos para a Administração.

Figura 6 - Procedimento do diálogo competitivo na Nova Lei de Licitações



Fonte: elaboração própria.

4.1. Diálogo competitivo

Uma das principais inovações da NLLC foi a criação de uma nova modalidade de licitação denominada diálogo competitivo, em que a "a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades" (art. 6º, XLII). A utilização do

diálogo competitivo está limitada a algumas situações específicas, em que o objeto seja altamente complexo, e o procedimento está disciplinado no artigo 32 da NLLC.

A novidade do diálogo competitivo está em trazer o particular para o processo de desenho da solução a ser contratada, ao contrário do que sempre se

fez nas licitações típicas regidas pela Lei nº 8.666/1993, em que a Administração define prévia e exaustivamente o objeto a ser contratado – algo que nem sempre é viável e em muitas vezes mostra-se falho.

Para utilização do diálogo competitivo é necessário que as soluções existentes no mercado não sirvam ao atendimento da demanda da Administração, ou ao menos que haja uma relevante **incerteza** sobre a aplicação das alternativas existentes – um campo tipicamente reservado à inovação tecnológica. No diálogo competitivo, a competição está centrada essencialmente em um momento anterior, mais precisamente na fase de planejamento, cujo edital deverá prever na partida as necessidades da Administração, cabendo aos licitantes apresentarem as soluções. Há critérios para pré-seleção de interessados, que, uma vez ultrapassados, inauguram uma fase de diálogos,

por meio de reuniões, em que a Administração passa a ter um papel relevante no processo de construção. Ao final do processo de diálogo, a Administração divulgará um edital com as especificações da solução que atenda às suas necessidades, contendo também os critérios objetivos para a seleção da proposta mais vantajosa, possibilitando que todos os pré-selecionados apresentem suas propostas. O diálogo será conduzido por comissão de contratação formada por servidores, podendo ser formalizada a contratação de profissionais externos para assessoramento técnico.

Por fim, importante observar que a NLLC alterou a Lei nº 8.987/1995 (art. 2º, II e III), bem como a Lei nº 11.079/2004 (art. 10) para permitir a utilização do diálogo competitivo como modalidade de licitação para a contratação de concessionárias de serviço público.

4.2. A nova concorrência e o pregão

O art. 17 da NLLC consagrou **procedimento comum** para as modalidades de licitação concorrência e pregão – agora por intermédio de lei nacional, sanando qualquer dúvida sobre a aplicação ampla da inversão de fases. O que se tem de forma inovadora é a possibilidade de manter excepcionalmente no edital a habilitação antes da fase de lances, tudo a depender de motivação específica, com demonstração dos benefícios decorrentes¹⁹. Para além desta medida, houve clara e inequívoca aproximação entre o pregão e a concorrência, ambos com rito processual comum.

O pregão continua sendo a modalidade preferencial para os casos em que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado (art. 29). A

aproximação entre o pregão e a concorrência impõe como regra comum a adoção da forma eletrônica, mesmo para as concorrências (art. 17, §2º), **reservando as sessões presenciais para situações excepcionais, após a devida motivação, devendo, neste último caso, serem gravadas em áudio e vídeo.**

A gravação, embora decorra de determinação legal, deve ser informada a todos os licitantes, constando do edital sua previsão, exigindo-se **termo de consentimento** como condição de participação, para o qual o licitante e seu preposto deverão apresentar expressa concordância para o uso e retenção da imagem, sons, palavras e demais atos, inclusive no tocante à disponibilização a terceiros interessados – algo que se extrai de uma leitura conjunta da NLLC e da LGPD. O acesso a tais gravações, observadas tais premissas, deve ser franqueado a todos os

¹⁹ Importante consignar que a inversão de fases não impõe a duplidade da fase recursal - é mantida uma única oportunidade de apresentação de recursos.

eventuais interessados, participantes ou não do ato.

O pregão segue consagrado como modalidade de licitação na NLLC, sendo obrigatório para a aquisição de bens e serviços comuns. Para além de alguns aperfeiçoamentos, o pregão mantém sua estrutura básica – a mesma que mudou drasticamente o panorama das contratações públicas no Brasil quando da edição da Lei nº 10.520/2002. Uma das soluções trazidas pela NLLC foi a incorporação de entendimento já consagrado pelo Tribunal de Contas da União, por meio da súmula 257²¹: não pode ser utilizado para obras, mas é cabível no caso de **serviços comuns de engenharia** (artigo 6º, inciso XXI, alínea “a”).

Com efeito, os serviços de engenharia, segundo a definição legal, podem ser subdivididos em serviços comuns, aqueles que têm por “objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens” e, de outro lado, os serviços especiais, que por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não podem se enquadrar na definição anterior.

4.3. Regimes de execução

Especificamente sobre o **regime de execução** de obras e serviços de engenharia, a NLLC trouxe outro avanço importante: os modelos de *contratação integrada* e *contratação semi-integrada*. No primeiro, “o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto” (artigo 6º, inciso XXXII). Nesta situação, a licitação seria realizada apenas com um anteprojeto, delegando ao contratado diversos ônus que tradicionalmente seriam de responsabilidade da Administração e compartilhando com ele grande parcela dos riscos decorrentes da execução do projeto. No segundo caso, a contratação semi-integrada, a diferença é muito sutil, mesmo na redação legal, distinguindo-se apenas por não delegar ao contratado a elaboração do projeto básico, o que a indicaria para situações de menor complexidade, nas quais a Administração possa, a partir do conhecimento previamente existente e das suas capacidades, desenhar as características elementares do projeto.

A atribuição de uma parcela bem mais significativa de riscos ao contratado no caso da contratação integrada e da contratação semi-integrada tem como decorrência a **vedação de alteração dos valores contratuais por meio de aditivos**, imposta pelo artigo 133 da NLLC. Diferente de uma licitação de obras ou serviços de engenharia executada hoje com fundamento na Lei nº 8.666/1993, em que a Administração apresenta previamente os projetos básico e executivo, assumindo o ônus por eventual problema na configuração destes documentos, na *contratação integrada* e na *contratação semi-integrada* esta é uma atribuição do contratado, excluindo parcela significativa da responsabilidade pelo desenho

dos projetos e, como consequência, na execução do contrato. Esta forma diferenciada de alocar os riscos torna ainda mais relevante a definição da **matriz de riscos**, voltada à prévia atribuição de responsabilidade por eventos supervenientes – que passou, igualmente, a ter um papel de relevo na NLLC.

Porém, a vedação aos aditivos não é absoluta, cabendo ao próprio artigo 133 a especificação das hipóteses excepcionais: (i) para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; (ii) por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado, observando os limites previstos na lei; (iii) por necessidade de alteração do projeto nas contratações semi-integradas, quando houver necessidade de alteração do projeto básico, desde que demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, assumindo o contratado a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico; (iv) por ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração.

Um ponto a se observar é que o dispositivo não mencionou a alteração de preços em razão do *reajuste*, o que parece não ser um óbice para a previsão contratual, por se tratar de mera correção monetária do valor pactuado inicialmente; porém é tópico a merecer uma orientação geral fixada no âmbito do Estado do Acre.

Outro regime de execução previsto na NLLC é o de **fornecimento e prestação de serviço associado**, no qual, além do fornecimento do objeto, o

contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado (art. 6º, inciso XXXIV). Neste caso, o diferencial é a existência de um objeto complexo, envolvendo obrigações distintas qualitativamente, mas que, se separadas fossem, atingiriam o núcleo central da contratação. Em outras palavras, sua conjugação permite que seja concebido um **objeto contratual próprio**, dotado de certas peculiaridades só advindas desta reunião. Embora a disciplina normativa seja bastante sucinta, é recomendável uma justificativa robusta para a escolha do modelo, que demonstre a vantagem (técnica e econômica) de se atribuir a uma mesma empresa a obra e o serviço associado.

O prazo de vigência é igualmente peculiar, ao se admitir a possibilidade de soma do prazo relativo ao fornecimento inicial ou à entrega da obra com o prazo relativo ao serviço de operação e manutenção, este limitado a cinco anos contados da data de recebimento do objeto inicial, admitida a prorrogação, até o limite de 10 anos (art. 113 c/c art. 107 da NLLC).

Esta aproximação ao regime dos serviços contínuos, permite depreender do comando normativo que a prorrogação até o limite de 10 anos se dará apenas no tocante aos serviços posteriores à execução da obra/fornecimento, sem prejuízo de eventuais causas de prorrogação da obra ou da entrega, dada a natureza de contrato de escopo, que impõe a prorrogação da vigência de forma automática, observadas as regras do artigo 111. Aqui uma dúvida a ser sanada futuramente pela Procuradoria-Geral do Estado do Acre diz respeito ao eventual desconto no prazo total de prestação dos serviços, em caso de não conclusão da obra/fornecimento no tempo pactuado contratualmente.

Não se pode negar uma semelhança muito grande entre o regime de fornecimento e prestação de serviço associado, com a concessão administrativa prevista na Lei nº 11.079/2004 e aqui caberá um esforço para o delineamento de linhas claras de distinção por parte da Procuradoria-Geral do Estado do Acre no futuro²¹.

²¹ “É viável estabelecer uma distinção entre as figuras. A concessão administrativa se caracteriza por um regime remuneratório próprio dos contratos de delegação. O concessionário assume riscos mais elevados, inclusive em vista da ausência de elaboração pela Administração de projeto executivo. A sua remuneração é proporcional à qualidade e à utilização dos serviços e objetos fornecidos. Já o contrato de fornecimento e prestação de serviço associado não se subordina ao modelo da concessão. Embora o tema ainda esteja em aberto, pode-se reputar que não seria cabível adotar contratação integrada ou semi-integrada para esse modelo contratual” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021).

5. O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA E PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS ESTADOS

5.1. O papel das Consultorias Jurídicas

A NLLC foi influenciada por tendência à consolidação e nacionalização de procedimentos licitatórios e contratos administrativos, chegando a sugerir – com norma facultativa – a adoção das minutas de editais e de catálogos de compras do Poder Executivo federal por todos os demais entes federativos (art. 19, II e IV), além da criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (art. 174).

Por um lado, o texto da NLLC reacende as discussões do que são, propriamente, as “(...)*normas gerais de licitação e contratação*”, assim como do alcance do artigo 22, XXVII, da Constituição e da autonomia dos demais entes federativos. Por outro lado, o novo diploma suscita argumentação no sentido de que o estabelecimento de parâmetros e procedimentos uniformes para todo o país, independentemente de qual seja o ente contratante, pode resultar em menores custos de transação para os fornecedores.

Um debate relevante suscitado pela redação do art. 53 da NLLC é se houve ampliação das atribuições da Advocacia Pública no exercício da atividade de consultoria, em virtude da previsão expressa do controle prévio de legalidade da contratação pelo órgão de assessoramento jurídico e do estabelecimento de diretrizes para elaboração do parecer jurídico, em comparação com o regime da legislação anterior.

O artigo 38, inc. VI e parágrafo único da Lei nº 8.666/1993 já estabelecia a exigência de parecer jurídico emitido sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade, bem como prévio exame e

aprovação pela assessoria jurídica da Administração das minutas de editais de licitação e contratos.

Diferentemente da legislação anterior, o art. 53 da NLLC utiliza a expressão “(...) *controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação*”.²² Além disso, a NLLC estabelece diretrizes e aspectos mínimos a serem observados na emissão de parecer jurídico no art. 53, § 1º, ficando claro que a apreciação jurídica se dá sobre todo “(...) *o processo licitatório*”, assim como o art. 53, § 4º estabelece o “*controle prévio de legalidade*” sobre as contratações diretas.

Essa disciplina da NLLC suscita indagação se o novo diploma legal exige análise jurídica de extensão mais ampla do que a prevista pela legislação anterior.

No regime da Lei nº 8.666/1993, relevante controvérsia surgiu acerca do papel a ser desempenhado pelo órgão jurídico no desempenho da atividade de consultoria em processos de licitação ou de contratação direta, com destacada manifestação doutrinária no sentido de competir à Advocacia Pública, à luz daquele diploma legal, a participação no controle interno de legalidade da Administração Pública, inclusive no que concerne à verificação da presença nos autos que contêm as minutas de edital/contrato dos demais elementos exigidos por lei²³. Assim, para essa corrente interpretativa, a redação do art. 53 da NLLC não significa uma ampliação das atribuições da Advocacia Pública exercidas à luz do regime de licitações e contratações anterior. A despeito da controvérsia,

²² Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

²³ Cf. DI PIETRO, M. S. Z.; MOTTA, F. “Advocacia pública e sua atuação no procedimento licitatório: fundamentos, limites e responsabilização”. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, 2015, pp. 285-299. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/58744/57542>. Acessado em 03/09/2021.

é certo que a NLLC trouxe previsão expressa para essa atuação no controle de legalidade.

Questão relevante é se a análise jurídica prevista no art. 53 da NLLC envolveria controle sobre aspectos como a valoração da justificativa de viabilidade da licitação ou o conteúdo de manifestações que guarde caráter técnico, tais como a escolha do objeto que atenda às necessidades que serão satisfeitas com a contratação. A resposta a essa questão é negativa, por ser o controle prévio centrado na “*legalidade*”, isto é, nos aspectos jurídicos, de modo que não se confunde com atividades que exijam conhecimentos técnicos estranhos às atribuições da Procuradoria-Geral do Estado do Acre.

Nesse sentido, tem-se como exemplo o § 2º do art. 21 das Rotinas da Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de São Paulo (Resolução PGE-77/2010) que contém disposição expressa no sentido de que a atribuição das Consultorias Jurídicas abrange a análise dos documentos sob o aspecto jurídico, devendo ser ressalvada a ausência de atribuição para o exame de questões de ordem técnica²⁴. No mesmo sentido, o Enunciado nº 7 do “[Manual de Boas Práticas Consultivas](#)” da AGU²⁵ recomenda que a manifestação consultiva evite posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, seja pela prevalência do aspecto técnico ou pela presença de juízo discricionário que estão afetos à atribuição do administrador e do agente público técnico na área e delimitam sua responsabilidade pela prática do ato, seja porque

devem ser resguardados os conhecimentos técnicos de outras áreas.

Além da disposição do art. 53 sobre o controle prévio de legalidade da contratação, a NLLC tratou expressamente do auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico na gestão e execução do contrato, inclusive com indicação de que regulamento contenha previsão específica sobre esse apoio (arts. 8º, § 3º e 117, § 3º); bem como previu a atuação da Consultoria Jurídica para dirimir dúvidas da autoridade competente para decidir sobre recursos administrativos e pedidos de reconsideração apresentados durante o certame licitatório ou relativos à aplicação de sanções ao longo da execução contratual (art. 168, parágrafo único).

Ademais, a previsão no art. 117, § 3º, da NLLC para que os órgãos de assessoramento jurídico dirimam dúvidas foi estabelecida em geral durante a fase de execução dos contratos, para subsidiar o fiscal do contrato com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual.

Não se entrevê nessas disposições da NLLC que versam sobre a atuação da Advocacia Pública para além da fase preparatória da licitação uma mudança paradigmática na atuação da Procuradoria-Geral do Estado do Acre, sendo certo que diversas questões jurídicas surgidas após a fase preparatória do certame já são encaminhadas para análise da Procuradoria Administrativa da PGE-AC²⁶.

²⁴ De acordo com o artigo 21, §§ 1º e 2º das Rotinas da Consultoria Jurídica (Resolução PGE-77/2010): “Artigo 21. Nos processos que visam a celebração de contratos, é obrigatório o exame das respectivas minutas, a verificação da existência de recursos orçamentários para a despesa e autorização da autoridade competente.

Parágrafo 1º. Em caso de serem precedidos de licitação, é também obrigatório o exame da minuta de edital e seus anexos.

Parágrafo 2º. Todos os documentos devem ser analisados sob o aspecto jurídico (projeto básico, memorial descritivo, caderno de especificações técnicas...), devendo ser ressalvada a ausência de atribuição da Consultoria para o exame de questões de ordem técnica.”

²⁵ “A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.”

²⁶ A esse respeito, recorda-se o disposto no artigo 10, inc. VII das Rotinas da Consultoria Jurídica (Resolução PGE-77/2010): “Artigo 10. Compete ao Chefe da Consultoria:

(...)

VII – atender a Administração, diretamente ou mediante a designação de um Procurador do Estado que atue na Consultoria Jurídica, com a observância do seguinte:

a) o atendimento deverá abranger todos os órgãos integrantes da Secretaria de Estado ou da Autarquia, salvo se houver no âmbito do órgão ou entidade regramento próprio dispondo de modo diferente;

b) o atendimento não deve se restringir às autoridades superiores da Secretaria ou da Autarquia;

c) o Procurador do Estado Chefe de Consultoria, em conjunto com as autoridades superiores da Secretaria ou da Autarquia, poderá estabelecer canais de acesso ao órgão consultivo que viabilizem o atendimento mencionado na alínea “a” deste inciso;

Vale ainda mencionar o voto ao inciso III do art. 53, § 1º da Lei nº 14.133/2021,²⁷ por violação da separação de poderes ao entender que dispunha sobre “*organização administrativa e procedimento interno na Administração*”. O dispositivo estabelecia uma série de formalidades e um requisito de “conclusividade” para o parecer, recomendando que a conclusão seja destacada da fundamentação. O dispositivo legal vetado corresponde, em parte, ao Enunciado nº 2 do “Manual de Boas Práticas Consultivas” da AGU²⁸, que recomenda o emprego de redação clara, objetiva e conclusiva, atendendo também ao princípio da eficiência na Administração Pública.

Também foi vetado o § 6º do art. 53, que estabelecia a responsabilidade civil do parecerista

quando agisse “com dolo ou fraude na elaboração do parecer” por razão de contrariedade ao interesse público em vista da existência de diversos diplomas legais que já tratam da responsabilidade do advogado público ou privado²⁹.

A disciplina prevista na NLLC, aliada à existência de outras disposições sobre responsabilização de profissionais da Advocacia Pública (tais como o art. 184 do CPC³⁰ e o art. 32 do [Estatuto da OAB](#)³¹), prolonga a discussão sobre “culpa grave” ou “erro grosseiro” na jurisprudência do TCU³². Dessa forma, é certo que a NLLC perdeu uma boa oportunidade de encerrar divergências com disposição legal expressa.

5.2. As dispensas de análise jurídica na NLLC

A NLLC dispensa a análise jurídica em determinadas hipóteses definidas em “(...) ato da autoridade jurídica máxima competente”, considerando-se o baixo valor, baixa complexidade da contratação, entrega imediata

do bem ou utilização de minutas “de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes” previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico (art. 53, § 5º).³³

d) o atendimento poderá ser verbal ou escrito.”

²⁷ “III – dar especial atenção à conclusão, que deverá ser apartada da fundamentação, ter uniformidade com os seus entendimentos prévios, ser apresentada em tópicos, com orientações específicas para cada recomendação, a fim de permitir à autoridade consultante sua fácil compreensão e atendimento, e, se constatada ilegalidade, apresentar posicionamento conclusivo quanto à impossibilidade de continuidade da contratação nos termos analisados, com sugestão de medidas que possam ser adotadas para adequá-la à legislação aplicável.” (VETADO)

²⁸ “As manifestações consultivas devem ser redigidas de forma clara, com especial cuidado à conclusão, a ser apartada da fundamentação e conter exposição especificada das orientações e recomendações formuladas, utilizando-se tópicos para cada encaminhamento proposto, a fim de permitir à autoridade pública consultante sua fácil compreensão e atendimento.”

²⁹ § 6º do art. 53: “§ 6º O membro da advocacia pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude na elaboração do parecer jurídico de que trata este artigo.”

Razões do voto: “A propositura dispõe que o membro da advocacia pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude na elaboração do parecer jurídico de que trata este artigo. Todavia, em que pese a boa intenção do legislador, no objeto específico deste artigo, o advogado, público ou privado, já conta com diversas outras disposições sobre a sua responsabilização profissional (Lei nº 8.906, de 1994; art. 184 do CPC; e, para os profissionais da Advocacia Geral da União, também na Lei nº 13.327, de 2016), as quais não estão sendo revogadas e nem harmonizadas com essa propositura. Ademais, o artigo não faz referência a eventual responsabilização administrativa ou mesmo penal daquele advogado, o que pode causar incerteza jurídica quanto à eventual instituição de responsabilidade “cível” (excludente das possíveis responsabilidades administrativa e/ou penal, em indevido recrudescimento do sistema atualmente vigente). Por fim, o dispositivo parece potencializar a geração de celeuma acerca do nível de responsabilização dos pareceristas jurídicos junto aos procedimentos licitatórios, razões todas essas que justificariam o seu voto por contrariedade ao interesse público.”

³⁰ Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

³¹ Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

³² Acórdão TCU nº [615/2020](#), Plenário, Rel. Min. Ana Arraes e Acórdão TCU nº [9294/2020](#), Primeira Câmara, Rel. Min. Bruno Dantas. Esse último ainda cita excerto do Acórdão TCU nº 462/2003, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues: “Sempre que o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública.”

³³ § 5º É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico.

Embora nem o art. 53 e nem seus parágrafos mencione expressamente a figura dos **pareceres referenciais**, entende-se que permanece possível a sua emissão. Afinal, a hipótese se afina à dispensa do art. 53, § 5º, podendo ser entendida como uma dispensa de análise específica do caso concreto por existir orientação jurídica uniforme aplicável ao caso. Para tanto, bastaria incluir a emissão de parecer referencial como hipótese de dispensa de parecer jurídico mediante Ato do Procurador-Geral do Estado, com base no art. 80-A, da [Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado do Acre](#), bem como no art. 53, § 5º da NLLC.

E mais: a NLLC possui um norte diretor na centralização e padronização de orientações e condutas para contratação³⁴, valendo mencionar que o art. 19, inciso IV, dispõe que os órgãos da Administração com competência regulamentar em licitações e contratos deverão instituir “(...) *com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e*

de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos”³⁵.

Além de minutas de editais e contratos padronizados, a nova legislação permite que “outros documentos” sejam uniformizados e padronizados, o que contribui para incentivar a elaboração de listas de verificação (*checklists*) e roteiros de contratação para facilitar a instrução de processos recorrentes na Administração, privilegiando a intenção da NLLC de dar mais segurança jurídica, eficiência e eficácia às contratações.

5.3. A questão da defesa de agentes públicos

Um último ponto da NLLC que merece destaque é a defesa de agente público que pratique ato em “(...) *estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 53*” pela Advocacia Pública, a critério do próprio agente público, disposta no art. 10 da Lei nº 14.133/2021.

O art. 10 suscita uma série de dúvidas, tais como a sua aplicabilidade aos casos de contratação direta e celebração de convênios (art. 53, § 4º), bem como, quando usadas minutas de editais e de instrumentos de contratos previamente

padronizados (art. 53, § 5º), a quem competiria verificar se atuação se deu “(...) *com estrita observância*” do parecer. Existe também uma grande probabilidade de que a defesa do agente público esteja intrincada com diversas teses de defesa, como p. ex., o aspecto subjetivo da conduta (culpa ou dolo), a culpabilidade e até mesmo questões probatórias que eventualmente estarão dissociadas do parecer jurídico ou mesmo do próprio processo licitatório.

A isso tudo se somam questões de ordem constitucional, tais como: (a) o papel da Advocacia

³⁴ A exemplo do art. 19, I, II, IV, art. 53, § 5º, art. 87, art. 92, art. 169 e art. 174.

³⁵ No âmbito da União, o Parecer nº 00002/2021/CNMLC/CGU/AGU entendeu que se trata meramente de norma de competência, que não inviabiliza a contratação sem o uso de documentos padronizados, mas que pode haver eventual determinação de que se aguarde essa regulamentação: “67. De qualquer sorte, o art. 19, muito embora possa vir a trazer instrumentos de governança que tenham, potencialmente, alta relevância para as contratações públicas, reveste-se, materialmente, da natureza de uma norma de competência. Vale dizer, o art. 19 limita-se a dar competência aos “órgãos da Administração com competências regulamentares” de proceder às medidas previstas no dispositivo (e, no caso do inciso IV, em ação concertada com a Advocacia Pública e o Controle Interno). Não se extrai unicamente desse dispositivo qualquer efeito jurídico para a ausência de tais instrumentos - sem prejuízo de que, no entender do órgão normatizador ou do próprio contratante, eventualmente, opte-se por aguardar uns ou outros, utilizando-se a Lei nº 8.666/1993 enquanto isso. (...) 69. Desse modo, tem-se que a ausência de quaisquer dos instrumentos previstos no art. 19, incluindo modelos de documento ou catálogos padronizados, não afetam ou prejudicam a realização de contratação, ressalvada a possibilidade de determinação de se aguardar por sua elaboração, desde que emanada de autoridade competente.”

Pública, que é de defesa dos interesses dos entes públicos e não dos agentes públicos que o integram ou já o integraram (advocacia de Estado); (b) a possibilidade do artigo 10 da NLLC não veicular “*normas gerais de licitação e contratação*”; e, por fim, a (c) a violação ao pacto federativo (art. 25, da Constituição) e da iniciativa do Chefe do Poder Executivo de cada ente por imiscuir-se na autonomia dos entes locais para a organização de suas próprias Advocacias Públicas.

Essas preocupações já foram levadas ao STF na [ADI 2.888](#), proposta pelo Conselho Federal OAB, e na [ADI 6.915](#), intentada pela ANAPE, sem apreciação definitiva. A título de interesse, já há posicionamento oficial da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo no [Parecer PA nº 31/2021](#), que concluiu que o art. 10 da NLLC “*(...) não possui abrangência nacional, pelo que vincula tão somente a União, na medida em que ela, a União, não possui competência para dispor sobre organização e competências dos órgãos de advocacia pública estadual, municipal e do Distrito Federal*””, com manutenção dessa posição até o julgamento do mérito da ADI 2888, ou caso seja efetivada, na ADI 6915, alguma medida definindo que o art. 10 da NLLC é autoaplicável a todos os entes da federação. O parecer menciona diversas leis de Estados que regulam de modo diverso a atuação das Advocacias Públicas, reforçando essa linha interpretativa.

6. HABILITAÇÃO E CONDIÇÕES DE CONTRATAÇÃO

6.1. Disposições gerais sobre a fase de habilitação

6.1.1. Sistema de pós-habilitação

A NLLC prevê, como regra, a adoção do sistema de pós-habilitação, em que a fase habilitatória é realizada posteriormente ao julgamento das propostas (art. 17), salvo a inversão destas etapas, mediante ato motivado e previsão expressa no edital (art. 17, §1º). Consequentemente, em linha com esse modelo, a NLLC segue a trilha do pregão ao optar: (i) pela avaliação dos documentos de habilitação somente da licitante vencedora (art. 63, II); e (ii) pela previsão de uma fase recursal única para julgamento de recursos interpostos contra o julgamento das propostas e a habilitação/inabilitação de licitantes (arts. 17, VI, e 165, §1º, II).

demonstração da higidez das licitantes, inclusive por meio eletrônico (art. 68, §1º).

Na mesma linha, a NLLC, inovando em relação à Lei nº 8.666/1993: (i) não demanda, como regra, a autenticação dos documentos de habilitação apresentados em cópia (art. 70, I), tampouco o reconhecimento de firma (art. 12, V); (ii) admite que, nos casos em que necessária, a prova de autenticidade seja realizada por declaração de advogado (art. 12, IV); e (iii) preconiza a habilitação exclusivamente por meio eletrônico, conforme regulamento a ser editado (art. 65, §2º).

6.1.2. O formalismo moderado

A Lei nº 14.133/2021, tal qual a Lei nº 8.666/1993, não aludiu expressamente ao princípio do formalismo moderado entre aqueles que a informam (art. 5º), porém apresenta uma série de disposições que positivam a sua racionalidade.

Nesse sentido, no que atine à fase de habilitação, destacam-se as previsões concernentes à possibilidade de: (i) superação do desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação das licitantes (art. 12, III); (ii) saneamento, pela comissão de licitação, de erros e falhas dos documentos de habilitação (art. 64, §1º); (iii) realização de diligência para a complementação de informações relativas a documentos de habilitação, inclusive com a substituição ou apresentação de documentos novos (art. 64, I e II); e (iv) substituição ou supressão dos documentos de regularidade fiscal, social e trabalhista legalmente previstos por outros hábeis à

6.2. Disposições específicas sobre a fase de habilitação

6.2.1. Garantia de proposta

Diferentemente da Lei nº 8.666/1993 (art. 31, III e §2º), a NLLC não qualificou a garantia de proposta como um requisito de qualificação econômico-financeira, mas sim como um requisito de pré-habilitação que pode ser exigido, a critério da Administração, no momento da apresentação das propostas (art. 58).

Trata-se de uma pré-habilitação porque a NLLC parte da premissa de que o julgamento antecede a

habilitação, como dito acima, e a garantia acompanha as propostas.

6.2.2. Qualificação técnica

A Lei nº 14.133/2021 apresenta inovações significativas no que se refere à qualificação técnica, sendo as principais relativas à:

- i) **Vistoria prévia.** Disciplina da realização de vistorias prévias, em conformidade à jurisprudência do TCU e do TCE/SP sobre o tema (art. 63, §§2º e 3º, da NLLC);
- ii) **Capacidade técnica.** Comprovação de capacitação técnico-operacional mediante: (i) certidões/atestados emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso; ou (ii) documentos emitidos na forma do art. 88, §3º, da Lei nº 14.133/2021, que trata dos registros mantidos pela Administração acerca do desempenho dos seus contratados (art. 67, II, da NLLC). Sob a Lei nº 8.666/1993, a comprovação de capacidade técnico-operacional dava-se por atestados emitidos pelos próprios tomadores de obras ou serviços anteriormente executados pelas licitantes, ao passo que a capacidade técnico- profissional ficava restrita ao registro ou inscrição na entidade profissional competente. A literalidade da Lei nº 14.133/2021, além de alterar esse quadro, tende à revisão da atual jurisprudência do [TCU \(e.g. Acórdão nº 7.620/2016 da Segunda Turma\)](#), que reputa ilegal a exigência de registro de atestados de capacitação técnico- operacional no conselho profissional competente, restringindo-a à

capacitação técnico-profissional.

- iii) **Parcelas elegíveis para exigência de atestados.** Restrição da exigência de atestados de capacidade técnica às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto licitado, assim consideradas as com valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor estimado da contratação (arts. 18, IX, e 67, §1º, da NLLC). A Lei nº 14.133/2021 estabelece um critério para a definição das parcelas que autorizam a exigência de atestados de capacitação técnica, suprindo lacuna existente na Lei nº. 8.666/1993. Difere-se, ainda, do marco legal precedente ao aludir a parcelas de maior relevância “ou” valor significativo do objeto licitado e não a parcelas de maior relevância “e” valor significativo da contratação (art. 30, §§1º e 2º, da LLC). A alteração pode dar base à revisão da atual jurisprudência do [TCU \(e.g. Acórdão nº 2.282/2011 do Plenário\)](#) que aponta para a necessidade de os atestados de capacitação técnica se referirem a parcelas, simultaneamente, de maior relevância e de valor significativo da contratação. Logo, a adoção da expressão “ou” em substituição ao termo “e” parece sugerir a possibilidade da exigência de atestados de capacitação técnica em relação a parcelas do objeto licitado que, embora não atendam ao critério legal do valor individual, sejam de maior relevância para a contratação.

iv) **Quantitativos mínimos.** Possibilidade de exigência de atestados de capacitação técnica com quantitativos mínimos limitados a 50% (cinquenta por cento) das parcelas do objeto licitado a que se referem (art. 67, §2º, da NLLC). Suprindo lacuna existente na Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 14.133/2021 estabelece um critério máximo de quantitativos mínimos exigíveis em atestados de capacitação técnica, o que tende à revisão dos parâmetros jurisprudencialmente fixados no Enunciado nº 24 da Súmula do TCE/SP. A norma também inova na medida em que equipara capacitação técnico-operacional e técnico-profissional, para efeito da exigência de quantitativos mínimos em atestados.

v) **Deslegalização para comprovação alternativa de capacidade técnica.** Possibilidade de ser admitida a substituição dos atestados ou certidões de capacitação técnico-operacional e técnico-profissional por provas alternativas, a critério da Administração, nos termos de regulamento, exceto na contratação de obras e serviços de engenharia (art. 67, §3º, da NLLC).

vi) **Experiência anterior.** Possibilidade de exigência de comprovação de experiência anterior na execução de serviços similares ao objeto licitado, em períodos sucessivos ou não, por prazo mínimo não superior a 3 (três) anos, em licitações destinadas à contratação de serviços contínuos (art. 67, §5º, da NLLC). A Lei nº 14.133/2021 encerra controvérsia existente no âmbito do TCU acerca da compatibilidade destas estipulações com a vedação à exigência de comprovação de capacitação técnica com limitações de tempo (art. 30, §5º, da LLC e art. 67, §2º, da NLLC). De todo modo, cabe ressaltar que, mesmo nos julgados em que admitida, o entendimento adotado pelo [TCU \(e.g. Acórdão nº 14.951/2018 da Primeira Câmara\)](#) foi de que a exigência de comprovação de experiência anterior por prazo mínimo deve ser adstrita ao prazo inicial de vigência dos contratos de serviços contínuos a

que se referem, o que tende a ser mantido, a despeito da previsão legal relativa ao limite trienal.

vii) **Capacidade técnica comprovada por subcontratados.** Possibilidade de ser admitida a comprovação de capacidade técnica referente a aspectos específicos do objeto licitado, no limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor estimado da contratação, por meio de atestados relativos a potencial subcontratado, o qual poderá ser indicado por mais de uma licitante (art. 67, §9º, da NLLC). A Lei nº 14.133/2021 positivou o instituto da subcontratação qualificada, que já era admitido pelo [TCU \(e.g. Acórdão nº 2.992/2011 do Plenário\)](#) como forma de assegurar a competitividade dos certames, nas hipóteses em que, excepcionalmente, faz-se necessária a exigência de demonstração de capacidade técnica relativa a tipologias específicas de obras ou serviços pertinentes ao objeto licitado.

viii) **Comprovação de capacidade técnica em consórcios.** Disciplina específica da comprovação de capacitação técnica mediante a apresentação de atestado ou certidão emitida em favor de consórcio, sem a identificação da atividade desempenhada por cada consorciado individualmente (art. 67, §§10 e 11, da NLLC);

ix) **Atestados emitidos para apenados em sanções restritivas.** Impossibilidade de aceitação de atestados de capacitação técnico-profissional emitidos em nome de profissionais que tenham dado causa à aplicação das sanções de impedimento ou declaração de inidoneidade para licitar e contratar, conforme o disposto em regulamento (art. 67, §12, da NLLC);

x) **Certificação por ente acreditado pelo INMETRO.** Possibilidade de exigência, como condição de aceitação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento indicados pelas licitantes para a comprovação de qualificação técnica, de certificação por organização independente acreditada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia ("Inmetro") (art. 17, §6º, III, da NLLC). A inovação introduzida pela Lei nº 14.133/2021 tende à revisão do atual entendimento do [TCU \(e.g. Acórdão nº 545/2014 do Plenário\)](#) também constante do Enunciado nº 17 da Súmula do TCE/SP, em sentido refratário à exigência de certificação de qualidade como requisito de habilitação.

6.2.3. Habilidade econômico-financeira

A NLLC também apresenta algumas inovações importantes no que tange à habilitação econômico-financeira, sendo as principais relativas à:

- i) **Balanço patrimonial e demonstrações contábeis.** Exigência de apresentação de balanço patrimonial e de demonstrações contábeis relativos aos 2 (dois) últimos exercícios sociais das licitantes (art. 69, I, da NLLC). A Lei nº 8.666/1993 restringe a referida exigência ao último exercício social (art. 31, I), o que, nos termos da NLLC, somente é aplicável a pessoas jurídicas constituídas há menos de 2 (dois) anos (art. 69, §6º). Nada obstante, as licitantes constituídas no exercício financeiro da licitação poderão substituir os demonstrativos contábeis por balanço de abertura (art. 65, §1º).
- ii) **Declaração de profissional da área contábil.** Possibilidade de exigência de apresentação de declaração, assinada por

profissional habilitado da área contábil, que ateste o atendimento pelas licitantes dos índices econômicos previstos no edital (art. 69, §1º, da NLLC). Esse ponto pode dar base à revisão do entendimento do [TCE/SP \(e.g. TC-001557/003/11, Segunda Câmara\)](#) que, à luz da Lei nº 8.666/1993, posicionou-se em sentido contrário à exigência de certificação por contador das peças contábeis apresentadas pelas licitantes;

- iii) **Qualificação econômico-financeira de consórcios.** Aplicação de acréscimo, entre 10% (dez por cento) e 30% (trinta por cento) do valor exigido de licitantes individuais, para efeito de qualificação econômico-financeira de licitantes organizadas em consórcio, salvo justificação (art. 15, §1º, da NLLC). A Lei nº 14.133/2021 inova em relação ao regramento constante da Lei nº 8.666/1993 (art. 33, III, da LLC), uma vez que: (i) trata o referido acréscimo como um dever, somente excepcionável mediante ato motivado, e não como mera faculdade da Administração; e (ii) estabelece um limite mínimo a ser observado nos casos em que aplicado.

6.3. Condições de contratação

6.3.1. O CADIN Estadual e as diligências do art. 91, §4º, da NLLC

A Lei nº 14.133/2021 elenca as providências preliminares à formalização ou à prorrogação do prazo de vigência de contratos (art. 91, §4º). A norma, entretanto, não alude à realização de consulta ao cadastro informativo de créditos não quitados com o ente contratante ("CADIN"), o que, a princípio, pode suscitar dúvida quanto à manutenção do cabimento e da juridicidade da medida sob o novo regime. Nada obstante, a lacuna em questão não parece constituir óbice à continuidade da exigência de consulta ao CADIN.

6.3.2. Garantia de execução

Sobre a garantia de execução, as principais alterações da NLLC são as seguintes:

- i) **Prazo-mínimo para prestação de seguro-garantia.** Fixação do prazo mínimo de 1 (um) mês, contado da data da homologação da licitação, para a

prestação na modalidade de seguro-garantia (art. 96, §3º);

ii) **Base de cálculo.** Fixação do valor anual do contrato como base de cálculo, nas contratações de serviços ou fornecimento contínuos com prazo de vigência superior a 1 (um) ano (art. 98, parágrafo único), em linha com a jurisprudência firmada pelo [TCE/SP \(e.g. TC-002715/003/06, Tribunal Pleno\)](#);

iii) **Seguro-garantia de obras e serviços de engenharia de grande vulto.** Possibilidade de exigência da modalidade de seguro-garantia, no limite de 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato, nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto (art. 99 da NLLC), ou seja, acima de 200 milhões de reais (art. 6º XXII, NLLC). O maior valor da garantia nesses casos fez com que se cogitasse da adoção de um *performance bond* no Brasil, muito embora bastante limitado, em face das práticas internacionais, quando se compara a diferença entre a indenização e o valor total do contrato. De todo modo, esta é uma importante exceção às regras gerais sobre garantia de execução, já presentes na Lei nº 8.666/1993 e que foram reproduzidas pela Lei nº 14.133/2021, segundo as quais: (i) cabe ao contratado a indicação da modalidade de garantia, nos casos em que exigida (art. 56, §1º, da Lei nº 8.666/1993 e art. 96, §1º, da NLLC); e (ii) o valor da garantia deve ser limitado a 5% (cinco por cento) do valor inicial do contrato, podendo esse percentual ser majorado até 10% (dez por cento), desde que com justificativa derivada da análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos (art. 56, §§2º e 3º, da LLC e art. 98 da NLLC).

iv) **Cláusula de retomada (*step in rights*).** Possibilidade de exigência de garantia de execução na modalidade de seguro-garantia, com previsão de cláusula de retomada, nas contratações de obras e serviços de engenharia (art. 102 da NLLC). Aqui, a seguradora assume a obrigação de concluir o objeto contratual em caso de inadimplemento pelo contratado. Nesse caso, a seguradora deverá firmar o contrato e os respectivos aditamentos na qualidade de

interveniente-anuente, gozando de determinadas prerrogativas contratuais, incluindo a possibilidade de subcontratação (total ou parcial) do objeto contratado, bem como de emissão de empenho em seu nome ou de quem indicar para executar o contrato. De todo modo, havendo o inadimplemento pelo contratado, a seguradora poderá optar por: (i) assumir a execução e concluir o objeto contratado, ficando isenta de pagar a importância indicada na apólice; ou (ii) não assumir a execução e pagar à Administração a integralidade da indenização indicada na apólice (art. 102, parágrafo único, da NLLC).

Tabela 3 – Seguro-garantia: regra geral e hipóteses de grande vulto

| | Regra geral (art. 96, NLLC) | Obras e serviços de engenharia de grande vulto (art. 99, NLLC) |
|-----------------------------|--|--|
| Modalidade da garantia | Indicada pelo contratado | Administração pode exigir seguro-garantia |
| Limite do valor da garantia | 5% do valor inicial do contrato, majorável, motivadamente, até 10% | 30% do valor inicial do contrato |

Fonte: elaboração própria

6.3.3. Programa de integridade

A Lei nº 14.133/2021 impõe que os editais voltados à contratação de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto prevejam a implantação de programa de integridade pelo contratado em até 06 (seis) meses, contados da celebração do contrato (art. 25, §4º, da NLLC).

A hipótese não é, portanto, de uma condição prévia à formalização do ajuste, mas de uma verdadeira obrigação do contratado³⁶, a qual

poderá ser objeto de declaração compromissória específica e regramento próprio em cláusula contratual.

As medidas a serem adotadas para o adimplemento dessa obrigação e sua comprovação, bem como as penalidades pelo seu descumprimento, deverão ser disciplinadas em regulamento de cada ente federado.

³⁶ JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei nº 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 417.

7. CONTRATAÇÕES DIRETAS

De acordo com o art. 37, XXI da Constituição, a regra geral na Administração Pública é realizar licitação para compras, obras, serviços e alienações que se fizerem necessárias, sendo a contratação direta uma hipótese nitidamente excepcional no sistema brasileiro.

A NLLC manteve a classificação doutrinária, incorporada ao direito positivo desde o [Decreto-Lei nº 2.300/1986](#), segundo a qual a contratação direta é um gênero do qual são espécies a inexigibilidade e a dispensa. A inexigibilidade, prevista no art. 74 em rol exemplificativo, funda-se na inviabilidade de competição no caso concreto. A dispensa, a seu turno, decorre de expressa

disposição legal que excepciona o dever de licitar, mas requer a observância de critérios que assegurem transparência, isonomia e economicidade ao processo³⁷.

Esta seção discutirá, primeiramente, os avanços introduzidos pela NLLC ao instituir um procedimento comum para contratações diretas (art. 72), conferindo maior processualidade e transparência às etapas prévias de dispensas e inexigibilidades. O item seguinte estabelece um recorte para enfocar as alterações havidas em algumas hipóteses específicas de contratação direta, propondo caminhos para a adaptação do Estado de São Paulo nessa serra.

7.1. O novo procedimento prévio das contratações diretas

A contratação direta exige um procedimento próprio para justificar a não realização da licitação no caso concreto. Esse procedimento deve obedecer aos requisitos previstos no art. 72 da NLLC, como ilustra a figura a seguir:

Figura 7 - Etapas do procedimento de contratação direta na NLLC



Fonte: elaboração própria

O parágrafo único do art. 72 estabelece que 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, criando uma exceção ao papel predominante do PNCP na publicidade de contratações públicas no Brasil (art. 54 e 94, NLLC).

Comparativamente ao art. 26 da Lei nº 8.666/1993, que estabelece os requisitos para a justificação de dispensas e inexigibilidades na legislação anterior, percebe-se que a NLLC trouxe um rol de requisitos bem mais extenso e complexo, contribuindo para conferir processualidade às contratações diretas.

A rigor, todos os casos de contratação direta sob a NLLC exigirão a realização desse procedimento, inclusive as dispensas em razão do valor (art. 75, incisos I e II), diferente da Lei nº 8.666/1993, que

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed, rev. atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 530.

previa um procedimento mais singelo para esses casos (art. 24, incisos I e II).

Há, aqui, uma importante diferença: examinando o inciso VIII do art. 72, é possível constatar que a **NLLC não exige mais a ratificação do ato que declara a dispensa ou a inexigibilidade pela autoridade superior**, mas se refere apenas à necessidade de prévia autorização da autoridade competente. Esse ponto pode suscitar a necessidade de alguma reorganização administrativa, inclusive criando valores de alçada para que gestores de unidades de despesa e unidades orçamentárias possam realizar contratações diretas até determinados valores.

Por fim, cabe analisar quem será o agente público referido no art. 73 da NLLC para fins de responsabilização. De acordo com o dispositivo, 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.

Dessa forma, como a NLLC não mais exige a ratificação da dispensa ou da inexigibilidade pela autoridade superior, uma das interpretações possíveis seria a de que o agente público responsável seria o dirigente de unidade de despesa ou de unidade orçamentária, conforme o caso, à luz das regras de competência que vierem a ser estabelecidas pelo Estado do Acre para cada modalidade de contratação.

Entretanto, ainda que não seja possível saber qual interpretação será adotada pelos Tribunais de Contas, a jurisprudência do TCU em circunstâncias análogas, à luz do regime anterior, sugere uma tendência à interpretação de que pode ocorrer a responsabilização não somente do agente que assinar o contrato, mas também daquele que, mesmo não tendo autorizado o ato, dele tenha participado, ou tenha colaborado para sua realização com dolo, fraude ou erro grosseiro (e.g. [Acórdão nº 3045/2013, Plenário](#); [Acórdão nº 2318/2017, Plenário](#); [Acórdão nº 3178/2016, Plenário](#); e [Acórdão nº 3579/2020, Segunda Câmara](#)).

7.2. Principais alterações em hipóteses específicas de contratação direta

Passadas as questões introdutórias da contratação direta, passa-se a analisar algumas hipóteses relevantes de dispensa e inexigibilidade de licitação no regime da NLLC.

7.2.1. Dispensas em razão do valor

A alteração mais evidente da NLLC reside na majoração dos limites de dispensa em razão do valor (art. 75, incisos I e II). Após dois ensaios previamente realizados no direito positivo – o primeiro, na Lei das Estatais (artigo 29, I e II); o segundo, nas contratações firmadas durante o

período de pandemia (artigo 1º, I, "a" e "b", da Lei nº 14.065/2020) – os novos limites foram fixados em R\$ 50 mil, para compras e serviços em geral, e em R\$ 100 mil, para obras, serviços de engenharia e manutenção de veículos automotores.

Tabela 4 - Valores de dispensa de licitação em razão do valor

| OBJETO | Lei nº 8666/1993 | Decreto nº 9.412/2018 | Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais) | Lei nº 14.065/2020 (Pandemia) | Lei nº 14.133/2021 (NLLC) |
|------------------------------------|------------------|-----------------------|--|----------------------------------|------------------------------|
| Outros serviços e compras | R\$ 8 mil | R\$ 17,6 mil | R\$ 50 mil | R\$ 50 mil | R\$ 50 mil |
| Manutenção de veículos automotores | R\$ 8 mil | R\$ 17,6 mil | R\$ 50 mil | R\$ 50 mil | R\$ 100 mil |
| Obras e serviços de engenharia | R\$ 15 mil | R\$ 33 mil | R\$ 100 mil | R\$ 100 mil | R\$ 100 mil |

Fonte: elaboração própria.

O impulso dado à dispensa eletrônica, já presente no Decreto Federal nº 10.024/2019, recebeu regra específica na nova lei. O tema foi regulamentado pela União na [Instrução Normativa SEGES/ME nº 67/2021](#) e demandará disciplina específica no Estado do Acre à luz da NLLC. A norma é bastante ampla, incluindo não somente bens e serviços, mas também a contratação de obras e serviços de engenharia por dispensa eletrônica. Aqui, a maior flexibilidade advinda do uso de cartão de pagamento é compensada pela necessidade de divulgação do extrato no PNCP (art. 75, §4º).

7.2.2. Manutenção de veículos automotores de propriedade do Poder Público

Os casos de manutenção de veículos automotores não só foram enquadrados na categoria de valor maior de dispensa de licitação como também receberam uma regra específica para a aferição dos valores em cada exercício financeiro (art. 75, §7º). Este dispositivo afirma que as regras para somatório de despesas previstas no §1º do art. 75 não serão aplicadas para as contratações de até R\$ 8.000,00, incluído o fornecimento de peças, quando os veículos automotores forem de propriedade do órgão ou entidade contratante.

A não aplicação do art. 75, §1º neste caso parece ser uma resposta legislativa à identificação de que as contratações de pequeno valor para manutenção de veículos automotores de

propriedade do Poder Público demandam uma disciplina específica não sujeita aos limites de somatório do § 1º. Assim, evita-se a ocorrência de situações que pudessem ser caracterizadas como fracionamento indevido, problema que tem sido verificado em relação a manutenção de veículos em sede de controle externo de contratações (na jurisprudência do TCE/SP, cf. e.g. acórdão no [TC-800455/358/12, Segunda Câmara](#)).

7.2.3. A contratação de remanescentes em caso de rescisão contratual

A contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento em caso de rescisão contratual deixou de ser considerada uma hipótese de dispensa de licitação na NLLC, mas a possibilidade de contratação ainda existe sob a nova legislação.

A rigor, a previsão do art. 24, inciso XI da Lei nº 8.666/1993 era atécnica, pois a contratação do próximo colocado para o remanescente era, de fato, precedida de licitação. Nesse sentido, é importante notar que a NLLC continua autorizando a Administração a convocar os demais licitantes classificados no certame, nos termos dos §§ 2º a 4º do art. 9º, para a contratação do remanescente de obra, serviço ou fornecimento em consequência de rescisão contratual (art. 9º, § 7º).

7.2.4. Contratação de entidades da Administração indireta

O art. 75, IX, da NLLC disciplina a contratação direta de órgãos ou entidades que integram a Administração Pública. Para tanto, o dispositivo legal exige a presença de quatro requisitos: (i) o contratante ser pessoa jurídica de direito público; (ii) sejam os bens produzidos ou os serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública; (iii) a entidade ou órgão contratado tenham sido criados para esse fim específico; e, por fim, (iv) o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

Note que a NLLC afastou a necessidade de que o órgão ou entidade a ser contratado tenha sido criado anteriormente à publicação da lei, como é exigido pelo art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/1993. Assim, no âmbito da nova lei, basta que o órgão ou a entidade tenham sido criados para o fim específico de atuar em face da Administração, independentemente da sua data de criação.

A despeito disso, a redação adotada pela NLLC não permite saber se as Cortes de Contas considerarão regular a contratação direta, sob a nova lei, de empresas estatais com atuação concorrencial no mercado. Segundo o TCU, à luz do regime anterior, a dispensa nesses casos implicaria em vantagem indevida, quebrando a isonomia entre os sujeitos atuantes no mercado (v. [Acórdão TCU nº 2.063/2005](#), do Plenário).

Ademais, também não está claro se a dispensa do art. 75, inciso IX, da NLLC poderá ser aplicada à contratação de entidades que integrem a Administração indireta de outros entes federados.

Há, contudo, uma discussão recente que pode influenciar a futura interpretação e aplicação da NLLC. No [MS nº 34.939/DF](#), o Supremo Tribunal Federal cassou decisões do TCU e deu respaldo à posição da Advocacia Geral da União, manifestada no Parecer 00101/2017/DECOR/CGU/AGU, segundo a qual a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) poderia ser contratada por qualquer ente federado, com base no art. 24, inciso VIII da Lei nº 8.666/1993, para serviços postais não exclusivos. A questão foi suscitada e analisada à luz do regime anterior, mas é possível que a decisão do STF nesse caso influencie a interpretação que venha ser dada pela doutrina e jurisprudência ao art. 75, inciso IX, da NLLC.

7.2.5. Contratações emergenciais

O art. 75, inciso VIII, da NLLC disciplina a contratação emergencial, autorizando a contratação direta nas situações em que o decurso do tempo necessário para a realização do procedimento licitatório impediria a adoção de medidas essenciais e indispensáveis para fazer frente à emergência. Aqui, é preciso demonstrar, em cada caso concreto, dados e informações que comprovem os prejuízos ou comprometimento à continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

A interpretação mais adequada segue sendo restritiva, cabendo inclusive a apuração de responsabilidade dos agentes públicos causadores da situação emergencial, quando houver³⁸. As principais novidades trazidas pela NLLC dizem

³⁸ Art. 75, § 6º: Para os fins do inciso VIII do caput deste artigo, considera-se emergencial a contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade do serviço público, e deverão ser observados os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 desta Lei e adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa à situação emergencial.

respeito (i) à ampliação do prazo máximo para a conclusão das obras e serviços, que foi majorado de 180 dias para 1 ano; e (ii) à vedação não só da prorrogação, mas também da recontratação de empresa anteriormente contratada pela Administração com fundamento no disposto nesse inciso VIII.

7.2.6. A inexigibilidade para a contratação de serviços técnicos especializados

Por fim, cabe um comentário sobre a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos especializados, disciplinada no art. 74, III, da NLLC. A respeito, vale lembrar que o art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993 exigia expressamente a natureza singular do serviço técnico especializado como um dos requisitos para formalizar a contratação direta nesse caso.

Contudo, em 2016, a Lei das Estatais previu a mesma hipótese de inexigibilidade para empresas públicas e sociedades de economia mista sem mencionar a expressão “natureza singular” como requisito da contratação direta em seu art. 30, II. Interpretando a omissão, o Plenário do Tribunal de Contas da União, no [Acórdão nº 2.436/2019](#), entendeu que o art. 30, II, da Lei das Estatais deveria ser interpretado à luz da Súmula 252³⁹ do

próprio Tribunal, exigindo, portanto, a natureza singular do serviço técnico especializado como requisito da inexigibilidade.

A NLLC renova esse debate ao reproduzir, em seu artigo 74, III, praticamente a mesma redação adotada pela Lei das Estatais. A singularidade, portanto, não integra expressamente a hipótese de inexigibilidade para contratação de serviços técnicos especializados na Lei nº 14.133/2021. Contudo, a posição do TCU em relação ao art. 30, II, da Lei nº 13.303/2016 não pode ser desconsiderada, e pode sinalizar a adoção de uma interpretação semelhante para a NLLC no futuro, exigindo assim a singularidade nas inexigibilidades relativas a serviços técnicos especializados.

³⁹ Súmula 252 do TCU: “A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado”.

8. REGIME JURÍDICO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

8.1. Formalização dos contratos

O artigo 95, inciso I, da NLLC prevê a possibilidade de se dispensar o instrumento de contrato em todas as contratações diretas em que haja dispensa de licitar em razão do valor, permitindo a opção da Administração pela substituição por outro instrumento, dentre os ali relacionados, que deverão conter, no que for cabível, as informações do artigo 92 da NLLC.

Trata-se de opção do administrador que, salvo melhor juízo, deverá levar em conta as características do objeto e de sua execução, sendo “(...) *indispensável disciplinar o relacionamento entre as partes de modo adequado*”.⁴⁰

8.2. Matriz de riscos

A NLLC também inova ao estabelecer a *possibilidade* de previsão de matriz de alocação de riscos nos contratos administrativos em geral (art. 103). Antes, a matéria da repartição de riscos entre as partes era objeto de disciplina esparsa na Lei das Estatais (arts. 42, X, 69, X, 81, § 8º), na Lei do RDC (art. 9º, § 5º) e na Lei nº 11.079/2004 (arts. 4º, VI, e 5º, III).

A matriz de riscos é uma cláusula contratual específica que define os riscos e as responsabilidades entre as partes e caracteriza o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, contendo as informações mínimas indicadas no art. 6º, XXVII, da NLLC. A lógica é a de que o risco deve ser alocado a quem tem melhor condição de gerenciá-lo (art. 103, §§ 1º e

Além disso, a NLLC inova ao estabelecer a possibilidade de celebração de contratos e termos aditivos na forma eletrônica (art. 91, § 3º). Nisso, a nova legislação já se apresenta alinhada com o art. 3º, XXII da Lei nº 14.129/2021 (“[Lei do Governo Digital](#)”). Esse diploma incentiva o uso de assinaturas eletrônicas nas comunicações entre órgãos públicos e nas interações entre esses e os cidadãos, o que indica o potencial de seu emprego em larga escala para a prática de diversos atos administrativos no futuro⁴¹.

2º), promovendo, assim, uma alocação eficiente em cada contrato (art. 22, § 1º, NLLC).

Como já dito acima, a matriz de riscos tem reflexo importante na fase preparatória e no valor estimado da contratação (arts. 22, *caput*, e 103, § 3º, NLLC). Assim, se o risco foi assumido por um dos contratantes, este não poderá pedir o restabelecimento do equilíbrio relacionado a esse risco.

São alocados legalmente como **riscos da Administração** os referentes (art. 103, § 5º, I e II, NLLC): (i) às alterações unilaterais por ela determinadas, nas hipóteses do inciso I do *caput* do art. 124 da NLLC; (ii) ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato. Nessas duas hipóteses, o

⁴⁰ JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, pp. 1252-1253.

⁴¹ No entanto, vale destacar que a aplicação da Lei do Governo Digital ao Estado de São Paulo depende ainda da edição de atos normativos próprios (art. 2º, III), em futura regulamentação.

contratado poderá pleitear o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro.

O art. 92, IX, da NLLC prevê que a matriz de risco constitui cláusula necessária ao contrato administrativo, quando for o caso. O dispositivo deve ser lido conjuntamente com o artigo 22, § 3º, da NLLC, segundo o qual a matriz de riscos será obrigatória para:

- **obras e serviços de grande vulto**, cujo valor estimado supera R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) (art. 6º, XXII, NLLC);
- **contratação integrada**, em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os *projetos básico e executivo*, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (art. 6º, XXXII, NLLC);
- **contratação semi-integrada**, em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o *projeto executivo*, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (art. 6º, XXXIII, NLLC).

8.3. Cláusulas exorbitantes

A NLLC manteve, em seu art. 104, a previsão de cláusulas exorbitantes em favor da Administração, como já dispunha o art. 58 da Lei nº 8.666/1993. Consequentemente, mantém-se o entendimento anteriormente consolidado no sentido de que as cláusulas exorbitantes são inerentes aos contratos

Sobre o tema da obrigatoriedade da matriz de riscos, parece ser importante traçar um paralelo entre a Lei nº 14.133/2021 e a Lei nº 13.303/2016. Na Lei das Estatais, também há previsão sobre a obrigatoriedade de matriz de riscos para a contratação semi-integrada e integrada (art. 42, § 1º, inciso I, alínea "d"). Contudo, apesar da literalidade da lei, a jurisprudência do TCU passou a recomendar a elaboração de matriz de riscos também em casos que envolvam incertezas significativas, inclusive em contratações a preço global ([Acórdão TCU nº 2.616/2020, Plenário](#)). Parece possível (e até mesmo provável) que a mesma questão se coloque para a NLLC, com recomendação de utilização da matriz de riscos em situações de incertezas significativas, independentemente do regime de contratação⁴².

Por fim, o contrato deverá prever a possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessivamente os encargos contratuais ou impedir a continuidade da execução contratual⁴³. Trata-se, portanto, de hipótese de resolução contratual que se soma às previstas no artigo 137 da NLLC. Além disso, o contrato também deverá prever a contratação de seguros obrigatórios, cujo custo refletirá no preço ofertado. Isso tem relação direta com a disposição do art. 103, § 2º, da NLLC, no sentido de que os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão, preferencialmente, transferidos ao contratado.

administrativos, independentemente de previsão contratual expressa⁴⁴.

Mas se reconhece a existência de exceções à previsão de cláusulas exorbitantes. No Estado de São Paulo, por exemplo, foi fixado o entendimento por ocasião do [Parecer PA-3 nº 114/2001](#). Neste precedente, concluiu-se

⁴² JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, pp. 377-378.

⁴³ JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1279.

⁴⁴ DE TORRES, R. C. L. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 742.

que, em contratos que se assemelham a um contrato de adesão (art. 54, CDC), é possível, excepcionalmente, a aceitação dos termos impostos pela contratada, mesmo com previsões divergentes das usualmente utilizadas pela Administração, como a ausência de cláusulas

exorbitantes. Isso ocorrerá se configurados os seguintes pressupostos: a) essencialidade do serviço; b) monopólio da atividade pelo prestador; c) inviabilidade de licitação e d) inflexibilidade da empresa na discussão dos termos de seu contrato-padrão, impondo a sua adoção.

8.4. Duração dos contratos

A NLLC alterou os prazos máximos de duração dos contratos administrativos, em relação ao que previa a Lei nº 8.666/1993. A nova disciplina pode ser assim resumida:

Tabela 5 – Prazos máximos de duração dos contratos na NLLC

| Tipo de contrato | Duração máxima |
|---|---|
| Serviços e fornecimentos contínuos (arts. 106 e 107, NLLC) | até 5 anos, prorrogáveis até 10 anos |
| Contratos relativos ao uso e transferência de tecnologias específicas, forças armadas e segurança nacional, ciência e inovação ⁴⁵ (art. 108, NLLC) | até 10 anos |
| Casos em que a Administração for usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio (art. 109, NLLC) | prazo indeterminado |
| Contratação que gere receita e contratos de eficiência, <u>sem</u> investimento (art. 110, I, NLLC) | até 10 anos |
| Contratação que gere receita e contratos de eficiência, <u>com</u> investimento (art. 110, II, NLLC) | até 35 anos |
| Contrato por escopo (art. 111, NLLC) | Vigência será automaticamente prorrogada se o objeto não for concluído no período |
| Regime de fornecimento e prestação de serviço associado (art. 113, NLLC) | Vigência máxima definida pela soma do prazo relativo ao fornecimento inicial ou à entrega da obra com o prazo relativo ao serviço de operação e manutenção, limitado a 5 anos contados do recebimento. É autorizada a prorrogação até 10 anos |
| Operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação (art. 114, NLLC) | até 15 anos |

Fonte: elaboração própria

O artigo 105 da Lei nº 14.133/2021 dispõe que deve ser observada, no momento da contratação e a

cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários. O dispositivo também se

⁴⁵ FERRAZ, L. "Contratos na nova lei de licitações e contratos". In: DI PIETRO, M. S. Z. (org.). *Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 197.

refere à previsão, no plano plurianual, dos contratos que ultrapassam um exercício financeiro. Veja-se que a redação do art. 105 da NLLC, ao fazer expressa menção à previsão no plano plurianual, é diferente do anterior artigo 57 da Lei nº 8.666/1993. Diante da expressa referência do artigo 105 da NLLC à previsão no plano plurianual de contrato que ultrapasse um exercício financeiro, parece que a Procuradoria Geral do Estado precisará analisar a repercussão dessa disposição em relação às orientações atualmente observadas no que concerne ao tema, para verificar se a inclusão no plano plurianual será necessária em todos os casos de contrato que ultrapasse um exercício financeiro.

Para as hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, a NLLC previu, como visto, o prazo de vigência inicial de até cinco anos (art. 106), prorrogáveis até dez anos (art. 107). Os artigos 106 e 107 trazem, de forma expressa, os requisitos e as diretrizes que devem ser observados pela Administração em cada caso concreto. As condições previstas no art. 107 também se aplicam para a hipótese de contrato firmado sob o regime de fornecimento e prestação de serviço associado (art. 113, NLLC).

A maior controvérsia parece se colocar em relação à previsão do artigo 106, inciso III e § 1º, da NLLC. O debate sobre a interpretação do dispositivo ainda é incipiente e poderá ser objeto de maior conformação pela jurisprudência no futuro. Nesse momento inicial de vigência da lei, a interpretação a ser dada ao dispositivo parece ser a de que, nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, a Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 anos, observadas, dentre outras, as seguintes diretrizes:

- a Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de

créditos orçamentários para sua continuidade;

- a Administração terá a opção de extinguir o contrato quando entender que este não mais lhe oferece vantagem. Neste caso, a extinção só ocorrerá na próxima data de aniversário do contrato, sendo garantido um prazo mínimo de 2 meses, contado da referida data (art. 106, § 1º, NLLC). Quanto a essa hipótese, há entendimento doutrinário de que a extinção terá ônus para o Poder Público, aplicando-se a lógica do art. 137, VIII, da NLLC⁴⁶. No entanto, a matéria deve ser objeto de exame mais aprofundado no futuro, considerando que a redação do inciso III do art. 106 não é expressa quanto à existência de ônus, envolve evento com maior previsibilidade (delimitada pelo § 1º do art. 106) do que o previsto no art. 137, VIII, e não faz remissão a essa última disposição.

Lembre-se, ainda, que o disposto no artigo 106 também se aplica ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática (art. 106, § 2º, NLLC). Registre-se, de outra parte, que os prazos contratuais previstos na NLLC não excluem nem revogam os prazos contratuais previstos em lei especial (art. 112, NLLC).

Nos casos em que a Administração for usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio, o art. 109 autoriza, como visto, o estabelecimento de vigência por prazo indeterminado, mas estabelece que deve ser comprovada, a cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação. A admissibilidade do prazo indeterminado nessas hipóteses já era o entendimento consolidado na

⁴⁶ JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1.299.

esfera federal (Orientação Normativa AGU nº 36/2011).

Cabe registrar, ainda, que a NLLC positivou a distinção já anteriormente consagrada entre os

contratos por prazo certo e os contratos por escopo (definidos no art. 6º, XVII, da NLLC).⁴⁷ Nesses últimos, o prazo tem natureza meramente moratória, do que decorre a disciplina do artigo 111 da Lei nº 14.133/2021.

8.5. Execução dos contratos

O art. 121 da Lei nº 14.133/2021 trouxe § 2º destinado apenas às contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, contemplando a **responsabilidade solidária da administração quanto aos encargos previdenciários** não adimplidos pelo contratado (tal como no § 2º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993), mas acrescentou a previsão de **responsabilidade subsidiária da administração pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado**.

Acerca da comprovação dessa falha na fiscalização, é necessário acompanhar o entendimento que será firmado pelo Supremo Tribunal Federal [no RE 1.298.647](#) (Tema 1.118 de Repercussão Geral), que diz respeito ao ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de

responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931 (tema 246).

A respeito, o art. 121, §3º, inciso I, da NLLC prevê a possibilidade de se exigir **garantia com cobertura para obrigações trabalhistas não adimplidas pelo contratado**. Contempla, ainda, outras medidas que, aliadas à fiscalização, podem contribuir para reduzir condenações trabalhistas da Administração, decorrentes do inadimplemento da contratada de serviços terceirizados, como condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas, depósito em conta vinculada, pagamento direto ao empregado, com respectiva dedução do pagamento ao contratado, retenção de verbas não exigíveis de imediato, para pagamento apenas na ocorrência do fato gerador, como férias e 13º salário.

8.6. Alteração dos contratos

O art. 125 da NLLC repete os limites de alteração unilateral do contrato de 25% e (para reformas) de 50%, que já constavam do art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. No entanto, o art. 125 da NLLC não repete a previsão do art. 65, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, no sentido de que nenhum acréscimo ou supressão poderia exceder os referidos limites, salvo as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

Fica, então, a dúvida de se, sob a égide da Lei nº 14.133/2021, continua sendo possível que **supressões resultantes de acordo celebrado** entre os contratantes ultrapassem os referidos limites percentuais.

A resposta é positiva. O art. 125 da NLLC apenas trata das “(...) alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124” da lei. Ou seja, o art. 125 somente disciplinou as alterações impostas, de forma unilateral e compulsória, pela

⁴⁷ OLIVEIRA, R. C. R. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: comparada e comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 516.

Administração, não tratando, por outro lado, das modificações por acordo entre as partes. Assim, parece ser possível inferir que a supressão poderá superar os limites legais se houver acordo entre as partes⁴⁸.

Em resumo, a Lei nº 14.133/2021 não modificou, na substância, o tema em exame. Permanecem vigentes os entendimentos consagrados por ocasião da Lei nº 8.666/1993, inclusive a possibilidade de compensação entre acréscimos e supressões em casos excepcionais e de forma consensual, desde que cumpridos, por analogia, os requisitos fixados na [Decisão nº 215/1999 do Plenário do Tribunal de Contas da União](#), conforme orientação firmada por ocasião do [Parecer SubG Cons. nº 66/2016](#).⁴⁹

A NLLC também contempla a previsão de que as alterações unilaterais não poderão transfigurar o objeto da contratação (art. 126). Esse já era o entendimento consagrado sob a égide da Lei nº 8.666/1993, por meio de construção doutrinária.⁵⁰

Ademais, a NLLC traz duas novas previsões, em seu art. 124, §§ 1º e 2º, aplicáveis a alterações de contratos de obras e serviços de engenharia:

- se as alterações dos contratos decorrerem de falhas do projeto, deverá haver a apuração de responsabilidade do responsável técnico e adoção das providências necessárias para o resarcimento dos danos causados à Administração;

- deverá haver reequilíbrio contratual, nos termos do art. 124, II, "d", da Lei nº 14.133/2021, quando a execução do contrato for obstada pelo atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental, por circunstâncias alheias ao contratado.

Outra inovação da Lei nº 14.133/2021 diz respeito à hipótese em que aditamento contratual se faz necessário, mas o contrato não contempla um preço unitário específico para a obra ou para o serviço a ser acrescido. Nesse caso, a NLLC dispõe, em seu artigo 127, que os preços serão fixados por meio da aplicação da relação geral entre os valores da proposta e o do orçamento-base da Administração sobre os preços referenciais ou de mercado vigentes na data do aditamento, respeitados os limites estabelecidos no art. 125 da lei. Trata-se da positivação, pela via legislativa, do [método de desconto](#) sugerido no [Acórdão TCU nº 1.755/2004, Plenário](#). Assim, em todos os aditamentos será mantido o desconto percentual obtido na licitação.⁵¹

No mesmo sentido, o art. 128 da Lei nº 14.133/2021, visando a "(...) complementar a prevenção das práticas de jogo de planilhas"⁵², prevê que, nas contratações de obras e serviços de engenharia, ainda que ocorram aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária, a diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1.413.

⁴⁹ "Em suma, somente poderá haver compensação entre acréscimos e supressões em casos excepcionais, com minuciosa justificativa nos autos, desde que cumpridos, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) a alteração seja consensual; b) não acarrete para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; c) não possibilite a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; d) decorra de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; e) não ocasionie a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; f) seja necessária à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; g) demonstre-se que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência" (Parecer SubG Cons. nº 66/2016).

⁵⁰ OLIVEIRA, R. C. R. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: comparada e comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 559.

⁵¹ JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, pp. 1.424-1.428.

⁵² JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1.429.

O art. 130 da NLLC traz importante garantia ao contratado, prevendo que o **equilíbrio econômico-financeiro seja restabelecido no mesmo termo aditivo em que contemplada a alteração unilateral do contrato**. A Administração não pode, portanto, exigir alteração do contrato que repercuta nos encargos do contratado sem a correspondente recomposição da equação econômico-financeira, pois ambos devem constar do mesmo termo aditivo⁵³.

A Lei nº 14.133/2021 ainda inova em prever que o **pedido de reequilíbrio econômico-financeiro** deverá ser formulado durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação (art. 131, parágrafo único). Disso decorrem duas implicações importantes:

- se o pedido tiver sido formulado pelo particular durante a vigência do contrato, o fato de o pleito ainda não ter sido decidido pela Administração quando o contrato vier a se extinguir, não impede o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, hipótese em que será concedida indenização por meio de termo indenizatório (art. 131, *caput*, NLLC);
- por outro lado, se o pedido não for formulado antes do fim da vigência do contrato ou da efetivação de eventual prorrogação, verifica-se a preclusão do direito do particular ao reequilíbrio contratual, que, portanto, não será concedido⁵⁴.

De mais a mais, o art. 132 da Lei nº 14.133/2021

permite a realização de alterações contratuais antes da necessária formalização por termo aditivo, desde que haja justificativa da necessidade e que a formalização ocorra nos 30 dias seguintes.

Vale lembrar que o art. 92, X e XI da NLLC determinam, de forma salutar, que seja fixado prazo para resposta da Administração a pedidos da contratada para repactuação de preços (preferencialmente de um mês, conforme o § 6º) e para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, como medida para tornar mais eficiente a gestão contratual.

Ainda quanto à disciplina da alteração dos contratos, merece destaque o artigo 133 da NLLC, que se dedica exclusivamente às **alterações dos valores contratuais nas contratações integradas e semi-integradas**. A regra estabelecida no caput do art. 133 da NLLC é a da vedação de alteração dos valores contratuais. Portanto, as exceções trazidas nos incisos I a IV do art. 133 da NLLC representam elenco taxativo. Parte desse elenco – os incisos I e II – reproduz disposições que estão presentes na Lei do RDC (art. 9º, § 4º, incisos I e II). O inciso III destina-se apenas às contratações semi-integradas, enquanto os demais, salvo melhor juízo, se aplicam às duas espécies de contratação.

De outra parte, as nuances do tema do reequilíbrio econômico-financeiro nas contratações integradas e semi-integradas demandam uma análise sistemática dos art. 22, § 4º, e 46, § 5º, da NLLC. Especificamente para tais espécies de contratação, o § 4º do art. 22 da NLLC determina que riscos decorrentes de fatos supervenientes à

⁵³ JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, pp. 1432-1433.

⁵⁴ OLIVEIRA, R. C. R. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: comparada e comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 559-560.

contratação que estejam relacionados à escolha de solução do projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos. No caso das contratações semi-integradas, esse dispositivo parece dever ser interpretado em conjunto com o art. 46, § 5º, da NLLC, versando sobre a situação de alteração do projeto básico proposta pelo contratado. Ou seja, na contratação semi-integrada, o contratado assume a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico que propôs.

Em relação a outros regimes de contratação, os artigos 134 a 136 da Lei nº 14.133/2021, assim como o artigo 124, inciso II, alínea "d", da NLLC, tratam da alteração dos preços contratados com a finalidade de assegurar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro original. Vale lembrar, aqui, a distinção entre reajuste, revisão e repactuação.

De acordo com o art. 6º, inciso LVIII, da NLLC, o **reajuste** (ou "reajustamento em sentido estrito") é forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais. Nos termos do art. 25, §7º e do art. 92, §3º, independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital e no contrato de índice de reajustamento de preço com data-base vinculada à data do orçamento estimado, com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos, observado o prazo mínimo de 1 ano. Trata-se de instituto utilizado para remediar os efeitos da desvalorização da moeda, em razão da inflação. Aplica-se o reajuste, de forma geral, aos contratos cuja duração supere um ano, à exceção dos que envolvam dedicação exclusiva ou predominância de mão de obra (arts. 25, §§ 7º e 8º, inciso I, e 92, §4º, inciso I, NLLC). O reajuste é aplicado de forma

automática, conforme previsão contratual, e não depende de pleito do contratado.

Outro relevante instituto é o da **revisão**, relacionada ao reequilíbrio do contrato administrativo em razão de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizam a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato, conforme dispõe o art. 124, inciso II, alínea 'd', da NLLC. A revisão de preços decorre da necessidade de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato após a ocorrência de situações inesperadas que acarretem ônus excessivo a alguma das partes da relação contratual (arts. 124, inciso II, alínea "d", e 134, NLLC). Pelo fato de decorrer de fatores imprevisíveis, a revisão independe de previsão contratual, assim como de um lapso temporal mínimo, ensejando a realização de termo aditivo, não podendo ocorrer somente por simples apostila.

Por fim, deve ser destacado o instituto da **repactuação**. Conforme dispõe o art. 6º, LIX, da NLLC, a repactuação consiste em forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra.

A repactuação foi a forma eleita pela NLLC para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro apenas dos contratos de serviços contínuos, com regime de dedicação exclusiva ou predominância de mão de obra, e ocorrerá pela análise de variação dos custos na planilha de preços.

O legislador optou por estender a nível nacional o emprego deste instituto, que já estava positivado no regramento federal ([Decreto Federal nº 2.271/1997](#), já revogado, e [Decreto Federal nº 9.507/2018](#)). Deve-se registrar que a previsão do art. 135 da NLLC indica que será necessária revisão do atual regramento estadual e edição de regulamento para a aplicação da repactuação e para a análise e deliberação do pedido da contratada.

As condições e os requisitos para a repactuação estão detalhados no artigo 135 da NLLC, destacando-se a possibilidade de seu fracionamento em parcelas e em momentos distintos, desde que respeitado o princípio da anualidade, em relação aos custos de insumos e categorias de mão-de-obra envolvidas na execução.⁵⁵

8.7. Pagamentos

A Lei nº 14.133/2021 trouxe um capítulo específico sobre o tema do pagamento das obrigações contratuais (Capítulo X), o que não existia na Lei nº 8.666/1993. Destacam-se os seguintes pontos:

- necessidade de observância de ordem cronológica dos pagamentos para cada fonte diferenciada de recursos, subdividida nas seguintes categorias de contratos: (i) fornecimento de bens; (ii) locações; (iii) prestação de serviços; (iv) realização de obras (art. 141, NLLC);
- possibilidade de que disposição expressa no edital ou no contrato preveja pagamento em conta vinculada ou pagamento pela efetiva comprovação do fato gerador (art. 142, NLLC);
- existindo controvérsia sobre a execução do objeto, quanto a dimensão, qualidade e

A repactuação depende de iniciativa do contratado, a quem foi carreado o ônus do requerimento e da demonstração analítica da variação de seus custos (art. 135, § 6º, NLLC). Inexiste previsão de vinculação a índice ou fórmula previamente definidos em contrato. Note que não há dispositivo na lei que preveja a obrigatoriedade da Administração em realizar a repactuação caso não seja provocada pelo contratado, de forma a suprir a inércia do particular. A ausência de pedido de repactuação atrai a previsão do artigo 131, parágrafo único, da NLLC, configurando, como visto, hipótese de preclusão.

quantidade, a parcela incontroversa deverá ser liberada no prazo previsto para pagamento (art. 142, NLLC);

- possibilidade de previsão do chamado contrato de *performance* ou de desempenho, em que é estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado (art. 144 da NLLC);
- possibilidade de pagamento antecipado em situações excepcionais, quando propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço (art. 145, § 1º, NLLC).

Dentre todas essas novas previsões, a Lei nº 14.133/2021 se preocupou em detalhar especialmente a questão da **ordem cronológica**

⁵⁵ Em relação à repactuação, devem ser também observadas as disposições dos artigos 25, §8º, e 92, inciso X, §4º, inciso II, e §6º, da Lei nº 14.133/2021.

de pagamentos. Em âmbito estadual, será necessário regulamentar essa matéria, sem desbordar dos limites estabelecidos pelo artigo 141⁵⁶. Passa-se a analisar tais limites.

A ordem cronológica de pagamentos somente poderá ser alterada nas situações previstas nos incisos I a V do § 1º do art. 141 da Lei nº 14.133/2021 e precisará, ainda, observar as exigências procedimentais de: (i) prévia justificativa da autoridade competente e (ii) posterior comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao tribunal de contas competente. Além disso, o art. 141, § 3º, da NLLC contempla o dever de publicidade quanto à ordem cronológica de pagamento e às justificativas que fundamentam a sua eventual alteração, por meio de disponibilização mensal, por parte do órgão ou entidade, em seção específica do acesso à informação em seu sítio na internet.

Sublinhe-se que a inobservância imotivada da ordem cronológica de pagamentos ensejará a apuração de responsabilidade do agente responsável (art. 141, § 2º, NLLC), sendo acompanhada e fiscalizada por órgãos de controle interno e externo^{57,58}.

Outra nova previsão que merece destaque é a relativa ao **pagamento antecipado**. Embora a proibição de antecipação de pagamento continue

sendo a regra, a Lei nº 14.133/2021 se preocupou em detalhar as hipóteses excepcionais em que a antecipação é admitida: (i) quando propiciar sensível economia de recursos ou (ii) se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço.

A antecipação de pagamento deverá ser objeto de justificativa prévia no processo licitatório e de previsão expressa no edital de licitação. Também é admitida na contratação direta, mediante previsão expressa no instrumento formal de contratação (art. 145, § 1º, NLLC). Evidentemente, se o objeto não for executado no prazo contratualmente fixado, o valor antecipado deverá ser devolvido (art. 145, § 3º, NLLC).

Dante do maior risco envolvido, o art. 145, § 2º, da NLLC, permite que a Administração exija a prestação de garantia adicional como condição para o pagamento antecipado. Pela literalidade do art. 145, § 2º, da NLLC, não parece haver obrigatoriedade nessa exigência de garantia adicional quando estipulado o pagamento antecipado. Todavia, a dispensa da garantia adicional demandará a apresentação de justificativas pela Administração a respeito de sua desnecessidade naquele caso concreto⁵⁹.

8.8. Contratação de serviços terceirizados

Por fim, cabe sublinhar a previsão do artigo 48 da Lei nº 14.133/2021, que trata da contratação de serviços terceirizados. De acordo com o dispositivo “(...) poderão ser objeto de execução por

terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade”. A terminologia utilizada pela lei

⁵⁶ Registre-se que o Governo Federal disponibilizou, para consulta pública, em abril de 2021, minuta de nova instrução normativa que irá regulamentar a observância da Ordem Cronológica de Pagamentos de obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, prestação de serviços e realização de obras, no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, já de acordo com a Lei nº 14.133/2021 (Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/in-ordem-cronologica-de-pagamentos>). Acessado em 24/07/2021).

⁵⁷ Segundo o art. 169 da NLLC, no que concerne ao controle das contratações, a primeira linha de defesa é integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade. A segunda linha de defesa, por sua vez, é composta pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade. Já a terceira linha de defesa é formada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

⁵⁸ FERRAZ, L. “Contratos na nova lei de licitações e contratos”. In: DI PIETRO, M. S. Z. (org.). *Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 202.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1.537.

(“atividades acessórias, instrumentais ou complementares”) gera, aparentemente, a reintrodução do debate quanto à vedação de terceirização de atividade-fim.

9. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E NULIDADES

9.1. Unificação da disciplina de sanções administrativas

A Lei nº 14.133/2021 unificou a disciplina de sanções administrativas aplicável a hipóteses de licitações e contratações que, no âmbito da legislação que a precedeu, se encontram sujeitas a regimes jurídicos diferentes conforme a lei aplicável (a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002 ou a Lei nº 12.462/2011).

Em comparação com a Lei nº 8.666/1993, a NLLC descreve de forma mais detalhada as condutas que caracterizam infração administrativa em seu art. 155, e as hipóteses de incidência das sanções enumeradas em seu art. 156. A NLLC também dispõe sobre parâmetros para dosimetria na aplicação das sanções no § 1º do art. 156.

Grande parte das condutas descritas como infração administrativa no art. 155 da NLLC assemelha-se ao rol constante do art. 47 da Lei do RDC, mas houve inclusão de novas hipóteses de infração, com destaque para a incorporação no inc. XII dos atos lesivos discriminados no art. 5º da [Lei nº 12.846/2013](#) (“Lei Anticorrupção”).

Quando se tratar de conduta que seja tipificada como infração administrativa em leis de licitações

e contratos e, concomitantemente, ato lesivo previsto na Lei nº 12.846/2013, deverá haver apuração e julgamento conjunto, nos mesmos autos, pela autoridade competente para apurar, em processo administrativo de responsabilização, o ato lesivo previsto na referida Lei, tendo em vista o disposto no art. 159 da NLLC.

A competência para instaurar e julgar processo administrativo de responsabilização por atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção é estabelecida pelo art. 8º desta Lei. Assim, autoridade que tome conhecimento da prática de conduta tipificada como ato lesivo previsto na Lei nº 12.846/2013 e que não possua a competência para sua apuração deverá dar ciência à autoridade competente para instaurar o processo administrativo de responsabilização⁶⁰.

Por sua vez, a celebração de acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção acarreta a suspensão do prazo de prescrição em relação à correspondente infração administrativa relacionada a licitação ou contrato, conforme determina o inc. II do § 4º do art. 156 da NLLC.

9.2. As sanções administrativas do art. 156 da NLLC

Há quatro espécies de sanção aplicáveis às infrações administrativas praticadas em licitações ou contratos regidos pela NLCC: (i) advertência; (ii) multa; (iii) impedimento de licitar e contratar; e (iv) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

9.2.1. Advertência

A NLLC estabelece que a advertência é aplicável exclusivamente na hipótese de infração tipificada

no inciso I do art. 155 (dar causa à inexecução parcial do contrato), quando não se justificar

⁶⁰ Cf. MARRARA, T. “Infrações, sanções e acordos na nova lei de licitações”. In: DI PIETRO, M. S. Z. (coord.). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133/21*, Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 234-235. Edição do Kindle.

penalidade mais grave (§ 2º do art. 156).

As advertências correspondem à sanção menos gravosa. No entanto, a NLLC valoriza o desempenho dos fornecedores e prevê o registro

9.2.2 Multa

A multa é sanção aplicável a qualquer das infrações administrativas previstas em seu art. 155, podendo ser aplicada cumulativamente com advertência, impedimento de licitar e contratar, ou declaração de inidoneidade (§§ 3º e 7º do art. 156). A admissibilidade de aplicação cumulativa de multa já era prevista no regime da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 10.520/2002, razão pela qual já faz parte da praxe administrativa.

Uma inovação da NLLC na disciplina das multas diz respeito à previsão legal de limites máximos e mínimos para o seu cálculo, e a inclusão de

9.2.3. Sanções restritivas do direito de licitar e contratar

O impedimento e a declaração de inidoneidade são espécies de sanção administrativa que geram restrições a um mesmo direito subjetivo: o de participar em procedimentos licitatórios e de contratar com o Poder Público. A diferença reside no grau de restrição imposto pela sanção, que deve ser compatível com a gravidade da conduta praticada pelo fornecedor.

O **impedimento de licitar e contratar** será aplicado nas hipóteses de infrações administrativas tipificadas nos incisos II a VII de seu art. 155, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, pelo prazo máximo de 3 (três) anos (§ 4º do art. 156).

A **declaração de inidoneidade para licitar ou contratar** será aplicada nas hipóteses de infrações administrativas tipificadas nos incisos VIII a XII de seu art. 155, e nas mesmas hipóteses de infrações administrativas que, em princípio, estão sujeitas à aplicação de impedimento de licitar e contratar, quando se justificar a imposição de penalidade

de eventuais penalidades no registro cadastral (art. 88, §3º), como medida de incentivo à execução de maior qualidade nos contratos celebrados.

parâmetros a serem observados para a fixação do valor no art. 156, § 1º. O edital ou o contrato deve conter os parâmetros que serão utilizados para cálculo da sanção de multa, que não poderá ser inferior a 0,5% nem superior a 30% do valor do contrato (inc. XIV do art. 92 e § 3º do art. 156). Diante das mudanças trazidas pela NLLC, será preciso edição de regulamentação nova sobre a matéria no âmbito do Estado do Acre.

mais grave do que a sanção de impedimento. A declaração de inidoneidade será aplicada pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos, sendo de competência exclusiva de secretário estadual no âmbito do Poder Executivo Estadual, e da autoridade máxima da entidade no âmbito de autarquia ou fundação (§§ 5º e 6º do art. 156).

Uma relevante controvérsia sobre as sanções restritivas dizia respeito à extensão dos seus efeitos, na legislação anterior. Nesse ponto, a redação adotada pela NLLC supera essa controvérsia doutrinária e entre jurisprudência dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário acerca da abrangência dos efeitos das sanções de suspensão e de declaração de inidoneidade dos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, e da sanção de impedimento do art. 7º da Lei do Pregão.

A solução adotada pela nova legislação é a seguinte:

Tabela 6 - Efeitos das sanções restritivas do direito de licitar e contratar no âmbito da NLLC

| Sanção restritiva | Abrangência | Prazo |
|---|--|-------------------------------------|
| Impedimento de licitar e contratar | Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção | máximo de 3 anos. |
| Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar | Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos | mínimo de 3 anos e máximo de 6 anos |

Fonte: elaboração própria

Para Marçal Justen Filho, o impedimento de licitar e contratar e a declaração de inidoneidade não alcançam contratações promovidas por sociedades estatais empresárias, tendo em vista

sua sujeição ao regime da Lei nº 13.303/2016, e que a disciplina da NLLC quanto à Administração indireta compreenderia apenas autarquias e fundações⁶¹.

9.3. O processo administrativo de responsabilização

O art. 158 da NLLC disciplina o processo administrativo de responsabilização que deverá ser instaurado para apurar infração sujeita a sanção de impedimento ou declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, o qual será detalhado neste item.

O processo deve ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis. Na hipótese de órgão ou entidade da Administração Pública cujo quadro funcional não

seja formado de servidores estatutários, referida comissão deve ser composta de 2 (dois) ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, preferencialmente com, no mínimo, 3 (três) anos de tempo de serviço no órgão ou entidade.

Na hipótese de infração sujeita a declaração de inidoneidade, o procedimento do processo de responsabilização contém em abstrato a seguinte sequência de atos:

⁶¹ Cf. JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RL-1.42, comentários 7.2 e 8.2 ao art. 156. Livro eletrônico.

Figura 8 - Processo administrativo de responsabilização na NLLC⁶²



Fonte: elaboração própria

É recomendável que essa sequência de fases seja observada, também, na hipótese de infração que se considere sujeita a impedimento de licitar e contratar, tendo em vista que essa sanção restritiva possui condutas enquadradas nos

mesmos tipos do art. 155 que, quando consideradas infrações mais graves, justificam a aplicação da declaração de inidoneidade.

Na hipótese de decisão que tenha aplicado sanção, a **fase recursal** diferencia-se conforme a

⁶² A Figura 8 é meramente ilustrativa da sequência de atos do procedimento na hipótese de ocorrer apresentação de defesa escrita, realização de fase instrutória, decisão aplicando sanção, e apresentação de pedido de reconsideração ou recurso, a depender da autoridade que tenha aplicado a sanção, conforme as regras de competência aplicáveis.

autoridade que tenha aplicado a sanção. Nesse sentido, caberá a interposição de **pedido de reconsideração** quando a decisão houver sido proferida por secretário estadual ou autoridade máxima de autarquia ou fundação (arts. 156, § 6º, I e 167), e **recurso** quando a sanção houver sido aplicada por autoridade hierarquicamente inferior (art. 166).

Ressalte-se ainda que o § 4º do art. 158 da NLLC estabelece **prazo de prescrição** de 5 (cinco) anos, contados da ciência da infração pela Administração, para exercício da pretensão punitiva pela Administração Pública, sujeito às hipóteses de interrupção e suspensão que elenca.

Quadro 2 - O procedimento administrativo aplicável a multas e advertências na NLLC



Diferentemente da hipótese de aplicação de sanções restritivas do direito de licitar e contratar, a NLLC previu poucas regras procedimentais relativas à aplicação das sanções de multa e advertência, gerando dúvida quanto ao procedimento a ser adotado diante de uma infração sujeita, em tese, apenas a advertência e multa.

Quanto às multas, o art. 157 contém apenas a previsão de defesa com prazo mínimo de 15 dias úteis contados da intimação.

Nesse contexto, indaga-se se seria aplicável às sanções de advertência e multa a mesma disciplina prevista no art. 158 da NLLC, apesar de essa disposição fazer referência expressa apenas às sanções de impedimento e declaração de inidoneidade, previstas respectivamente nos incisos III e IV do art. 156.

Se, de um lado, o laconismo da NLLC poderia ser entendido como atribuição de maior espaço de liberdade ao regulamento de cada ente, uma relevante corrente doutrinária tem interpretado que se aplica a disciplina do art. 158 a todas as sanções do art. 156, com fundamento nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal⁶³.

A respeito dessa corrente doutrinária, é relevante observar que, no momento da instauração do processo administrativo, nem sempre é possível antever com precisão quais penalidades podem ser em tese aplicadas, o que constitui um argumento adicional em favor dessa interpretação.

Embora a questão mereça análise específica no futuro, o que se pode vislumbrar neste momento é que a adoção dessa interpretação proporciona maior segurança jurídica, ao evitar controvérsia que poderia ser suscitada em relação à validade do procedimento. Além disso, possibilita uniformizar as etapas do processo de responsabilização, e evitar a necessidade de abertura de processos paralelos, seguindo diferentes procedimentos, em razão de condutas conexas descobertas durante a apuração dos fatos.

Fonte: elaboração própria. A imagem foi retirada da página <https://pixabay.com/illustrations/process-work-business-plan-3406857/>.

⁶³ Cf. LUZIA, C. V. "Regime Jurídico de Infrações e Sanções Administrativas". In: NIEBUHR, J. M. N. (coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 2. ed., Curitiba: Zénite, 2021, pp. 239-240. Disponível em: https://www.zenite.com.br/books/nova-lei-de-licitacoes/nova_lei_de_licitacoes_e_contratos_administrativos.pdf. Acessado em 12/07/2021; JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RL-1.42, comentários 4 e 5 ao art. 157. Livro eletrônico; e MARRARA, T. "Infrações, sanções e acordos na nova lei de licitações". In: DI PIETRO, M. S. Z. (coord.). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133/21*, Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 239. Edição do Kindle.

9.4. Desconsideração de personalidade jurídica na esfera administrativa e reabilitação

Os arts. 160 e 14, § 1º da NLLC inovam ao autorizar a desconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses em que for utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nessa Lei, para provocar confusão patrimonial, ou para burlar a efetividade de sanção aplicada que impossibilite a participação em licitação.

Preenchidos os pressupostos da desconsideração, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, à pessoa jurídica sucessora ou à empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sacionado.

Na doutrina, Marçal Justen Filho sustenta ser vedada a efetivação da desconsideração de personalidade jurídica sem intervenção judicial,

por considerar que apenas o Estado-Jurisdição possui essa atribuição, conforme o Código de Processo Civil⁶⁴. No entanto, essa interpretação não parece ser a mais adequada.

A disciplina da NLLC não estabelece a intervenção judicial como condição para a desconsideração de personalidade jurídica com fundamento em seu art. 160 e no § 1º de seu art. 14. Trata-se de nova hipótese legal de desconsideração de personalidade jurídica, de modo que, uma vez preenchidos os requisitos legais, poderá ser realizada pela Administração na própria esfera administrativa⁶⁵.

A desconsideração de personalidade jurídica deve observar procedimento em que se assegure o contraditório e a ampla defesa ao interessado. Por essa razão, o órgão competente precisará adotar procedimento que contenha:

Figura 9 - Procedimento de desconsideração da personalidade jurídica na NLLC



Fonte: elaboração própria.

A NLLC previu a possibilidade de reabilitação do interessado que tenha recebido a sanção de impedimento ou de declaração de inidoneidade. A reabilitação deve ocorrer perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, demandando o cumprimento das exigências previstas no art. 163 da NLLC, para que se decida pela extinção antecipada dos efeitos da sanção aplicada. A decisão da autoridade competente acerca da reabilitação deve ser precedida de análise jurídica conclusiva da Consultoria Jurídica quanto ao cumprimento dos requisitos definidos naquele artigo.

⁶⁴ JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RL-1.42, comentário 9.5 ao art. 160. Livro eletrônico.

⁶⁵ Nesse sentido, cf. MARRARA, T. "Infrações, sanções e acordos na nova lei de licitações". In: DI PIETRO, M. S. Z. (coord.). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133/21*, Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 246-247. Edição do Kindle.

Em reforço dessa interpretação, precedente do Superior Tribunal de Justiça já havia admitido desconsideração de personalidade jurídica na esfera administrativa no regime da LLC (STJ, ROMS nº 15.166 – BA, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira).

9.5. O novo regime das nulidades

Conforme observado por Marçal Justen Filho, a NLLC reflete o posicionamento de que a pronúncia de nulidade envolve uma avaliação de proporcionalidade pela autoridade competente⁶⁶. Trata-se de uma avaliação efetuada no caso concreto levando em consideração a espécie de vício constatado, os efeitos produzidos, e as consequências da desconstituição dos atos administrativos. Vale ressaltar que a orientação da NLLC está em consonância com os arts. 20 a 22 e 24 da LINDB.

9.5.1. As nulidades nas licitações

A disciplina da matéria em relação a licitações consta do inc. III e §§ 1º e 3º do art. 71 da NLLC. Referido artigo contém previsão de anulação da licitação quando for constatada ilegalidade insanável, ou seja, em hipótese em que não for possível o saneamento. Anteriormente à decisão de anulação, deverá ser assegurada a prévia manifestação dos interessados. Da decisão que anular a licitação, caberá recurso nos termos do art. 165, inc. I, “d”, e §§ 2º a 5º, da NLLC.

Ao pronunciar a nulidade da licitação, a autoridade

deverá indicar expressamente suas consequências jurídicas e administrativas (art. 21 da LINDB), apontando os atos que serão tornados sem efeito por conterem vícios insanáveis ou por serem deles dependentes. Caberá ainda a apuração de responsabilidade de quem tenha dado causa à invalidação (art. 71, § 1º), dando causa, eventualmente, à instauração de sindicância ou de processo administrativo disciplinar em caso de vínculo funcional, ou à apuração para fins de responsabilização na esfera cabível no tocante a terceiros.

9.5.2. As nulidades nos contratos administrativos

O art. 147 da NLLC trata especificamente das nulidades em relação a contratos. Esse artigo dispõe que, constatada irregularidade na licitação ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, sendo que essa deliberação deve se amparar em avaliação dos diversos aspectos discriminados nesse mesmo artigo, sem prejuízo de outros que sejam pertinentes. Esses aspectos discriminados na Lei dizem respeito às providências para saneamento de irregularidades adotadas, ao estágio de execução contratual, e às consequências econômicas, financeiras, sociais, e

ambientais da paralisação ou anulação.

Assim, anteriormente à decisão acerca da invalidação ou não de contrato, deve ocorrer essa análise do interesse público envolvido, e deve ser assegurada prévia manifestação do contratado e de eventuais outros interessados.

Após essa análise e o exame da(s) manifestação(ões) apresentada(s), caso se conclua que a paralisação ou anulação não atende ao interesse público, o Poder Público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

⁶⁶ Cf. JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RL-1.19, comentários 10 e 31.3 ao art. 71. Livro eletrônico.

Por outro lado, após esse exame, caso se conclua pela necessidade de invalidação, a decisão que decretar a invalidação do contrato deverá indicar expressamente suas consequências jurídicas e administrativas (art. 21 da LINDB). A declaração de nulidade do contrato administrativo em regra operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos (*caput* do art. 148). Todavia, caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por

perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis (art. 148, § 1º). Além disso, o § 2º do art. 148 autoriza que a autoridade, ao declarar a nulidade do contrato, module seus efeitos para que só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para realizar procedimento licitatório e efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez, com vistas a evitar soluções de continuidade na atividade administrativa.

10. PROCEDIMENTOS AUXILIARES

Um dos pontos positivos⁶⁷ da NLLC foi a instituição de um capítulo próprio para disciplinar os instrumentos auxiliares das licitações e contratações públicas, anteriormente previstos em diversos atos normativos esparsos. Tais instrumentos estão previstos nos artigos 78 a 88 da NLLC: (i) *credenciamento*; (ii) *pré-qualificação*; (iii) *procedimento de manifestação de interesse*; (iv) *sistema de registro de preços*; (v) *registro cadastral*.

Entre eles, há importantes diferenças. De um lado, o credenciamento e o sistema de registro de preços são procedimentos auxiliares que, uma vez

realizados, permitem a eventual efetivação de múltiplas contratações subsequentes. A seu turno, a pré-qualificação, o procedimento de manifestação de interesse e o registro cadastral possuem nítido caráter preparatório de eventual licitação a ser posteriormente realizada. Conquanto mantidas parte das linhas gerais contempladas na disciplina anterior à NLLC, há algumas mudanças, podendo-se afirmar que "(...) os instrumentos auxiliares apresentam potencial para efetiva inovação nas compras públicas"⁶⁸, desde que bem aplicados em associação com recursos de tecnologia da informação.

10.1. Credenciamento

De acordo com a definição do art. 6º, inciso XLIII, da NLLC, o credenciamento é um "processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados". Permite-se, dessa forma, que múltiplos interessados, desde que atendam aos requisitos do edital, sejam credenciados pela Administração de forma não excludente, criando uma situação em que a própria competição é inviável.

O credenciamento resultará, portanto, em uma série de contratações diretas por inexigibilidade de licitação⁶⁹, o que é hoje expressamente reconhecido pelo artigo 74, inciso IV, da NLLC.

O artigo 79 estabelece que o credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação: (i) **paralela e não excludente**, ou

seja, quando se realizam contratações simultâneas em condições padronizadas (inciso I); (ii) **com seleção a critério de terceiros**, quando a escolha do contratado fica a critério do beneficiário direto da prestação (inciso II)⁷⁰; e (iii) **em mercados fluidos**, para os casos em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação por si só inviabiliza a seleção de processo licitatório (inciso III).

A doutrina tem conferido especial destaque ao potencial do credenciamento da NLLC, em especial no caso de contratações em mercados fluidos, tendo em vista a possibilidade de acompanhar a dinamicidade de preços - dificuldade que costuma ser apontada, por exemplo, em relação ao sistema de registro de preços. A este respeito, Marcos Nóbrega e Ronny

⁶⁷ NOHARA, I. P. *Nova lei de licitações e contratos: comparada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 347.

⁶⁸ NÓBREGA, M.; TORRES, R. C. L. de. A. *Nova Lei de Licitações, credenciamento e e-marketplace: o turning point da inovação nas compras públicas*. Disponível em: https://www.licitacaoecontrato.com.br/artigo_detalhe.html. Acesso em 03/08/2021.

⁶⁹ A jurisprudência do TCU já reconhecia o credenciamento como hipótese de inviabilidade de competição não relacionada expressamente no art. 25 da Lei federal n. 8.666/1993 (Acórdão TCU nº 784/2018, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer).

⁷⁰ Por exemplo, para a contratação de profissionais de saúde (Acórdão TCU nº 352/2016, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler).

Charles L. de Torres⁷¹ frisam que “(...) a utilização do credenciamento para ‘mercados fluidos’ permite que a contratação decorrente deste procedimento

auxiliar se dê sem a prévia definição de preços, o que induz a aceitação de ‘preços dinâmicos’ pela Administração”^{72,73}.

10.2 Pré-qualificação

A pré-qualificação é o procedimento seletivo prévio à licitação destinado à análise (i) de condições de habilitação, total ou parcial, dos fornecedores interessados ou (ii) de exigências técnicas ou requisitos de qualidade do objeto a ser licitado (art. 6º, XLIV, NLLC).

Quando se referir a **licitantes** (pré-qualificação subjetiva), o procedimento visa aferir a presença de condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos (art. 8º, I, NLLC). Por outro lado, se disser respeito a **bens** (pré-qualificação objetiva), o objetivo é verificar o atendimento de exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração (art. 8º, II, NLLC).

No regime anterior (art. 114, Lei nº 8.666/1993), a pré-qualificação já existia, mas com contornos bastante diferentes. Primeiro, referia-se unicamente a fornecedores, não abrangendo a pré-qualificação do objeto. Em segundo lugar, não havia autorização legal para a realização de procedimento licitatório restrito a licitantes pré-qualificados, servindo unicamente para simplificar a habilitação de um único certame. Por fim, em terceiro lugar, seu emprego era restrito à concorrência, ao passo que na NLLC se estende a qualquer modalidade de licitação.

A pré-qualificação já adquiriu novos contornos com a Lei nº 12.462/2011 ([RDC](#)), que lhe conferiu o caráter de permanência, enquanto instrumento prévio e não mais vinculado a uma licitação específica. Foi este modelo que inspirou previsão semelhante na Lei das Estatais (art. 64 da Lei 13.303/2016) e o regramento atualmente adotado na NLLC, que produz efeitos em relação a procedimentos licitatórios ou a contratações diretas futuras.

A redação conferida ao art. 8º da NLLC suscita alguma dúvida quanto ao alcance da pré-qualificação objetiva, vez que ora alude a “bens” (art. 8º, II; §1º, II; §9º; §10), ora a “bens e serviços” (art. 8º, §5º), não restando clara a admissibilidade da pré-qualificação para serviços e/ou obras. A definição mais ampla, consignada no artigo 6º, XLIV, parece autorizar a interpretação extensiva do dispositivo, vez que alude “(...) à análise das condições de habilitação (...) dos interessados ou do objeto”.

Embora reconheça que a pré-qualificação objetiva se aplica, basicamente, à compra de bens, é importante registrar que Marçal Justen Filho admite seu emprego nas hipóteses de contratos de obras ou de serviços que envolvam fornecimento de bens. Recomenda, contudo, que o uso do procedimento se limite a serviços comuns de engenharia, e não à generalidade das obras,

⁷¹ NÓBREGA, M.; TORRES, R. C. L. de. *A Nova Lei de Licitações, credenciamento e e-marketplace: o turning point da inovação nas compras públicas*. Disponível em: https://www.liticacaoecontrato.com.br/artigo_detalhe.html. Acesso em 03/08/2021.

⁷² Com relação aos preços dinâmicos, os citados autores apontam que: “(...) também chamados de preços em tempo real ou preços algorítmicos, são flexíveis e variáveis com base na demanda, oferta, preço da concorrência, preços de produtos substitutos ou complementares.” Destacam recente modelagem estabelecida pelo Edital de Credenciamento nº 01/2020 da Central de Compras do Ministério da Economia, registrando que o credenciamento permite que companhias aéreas interessadas ofertem um desconto mínimo de 15% sobre “todas as tarifas e classes vigentes à época da emissão do bilhete”. Tal “regramento define um formato dinâmico de precificação, incomum, até então, na prática contratual da administração, mas claramente válido e eficiente, por aproveitar o melhor preço disponível naquele momento.”

⁷³ Após destacar o potencial do credenciamento, especialmente quanto aos mercados fluidos, Marcos Nóbrega e Ronny Charles L. de Torres concluem seu artigo destacando a importância da regulamentação para a aplicação deste instrumento, tendo em vista seu potencial para a implantação de um e-marketplace público, conforme experiência já adotada em outros países.

pois, a despeito de não vislumbrar impedimento teórico, “(...) *circunstâncias práticas atinentes às variações da realidade de cada contratação podem tornar inútil uma pré-qualificação nesse*

segmento”⁷⁴. Trata-se de um ponto, portanto, que deve ser esclarecido em regulamento.

10.3 Procedimento de manifestação de interesse

O emprego do procedimento de manifestação de interesse (PMI), não é novidade na praxe administrativa. Contudo, não estava previsto em lei, mas apenas em regulamentos esparsos editados pelos entes da federação⁷⁵. A NLLC incluiu o PMI entre os procedimentos auxiliares (art. 78, III e 81), formalizando autorização legal que facilita à Administração a solicitação à iniciativa privada, mediante publicação de edital de chamamento público para realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública (art. 81, *caput*).

É importante distinguir o PMI de outra figura prevista na NLLC, que também permite a participação da iniciativa privada na concepção de soluções para problemas da Administração Pública, qual seja, o *diálogo competitivo*. Como visto acima, o diálogo é uma nova modalidade de licitação em que há participação privada (arts. 28, V e 32), enquanto o PMI, como procedimento auxiliar, sequer se vincula à realização de eventual licitação futura (art. 81, §2º, II).

O artigo 81 adotou um modelo de PMI já consolidado pelos regulamentos federais e locais⁷⁶. Em síntese, o procedimento inicia com a publicação de um chamamento público, pelo qual se facilita a todos os interessados a possibilidade de participar da fase preparatória propondo

estudos, investigações, levantamentos e projetos. O edital deverá prever formas e prazos para apresentação dos estudos, bem como eventuais requisitos de participação e critérios de avaliação. Após, a Administração deve fazer a sua própria análise sobre os documentos apresentados⁷⁷, emitindo parecer fundamentado (§3º) sobre a sua consistência e fazendo mudanças e adequações antes de decidir se o projeto será ou não submetido à concorrência.

Vale registrar que, segundo o art. 81, §4º, o PMI poderá ser restrito a *startups*, dedicadas à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras. A NLLC silencia, contudo, em relação a pontos polêmicos - tais como a previsão de requisitos de participação e a concessão de autorização exclusiva para realização dos estudos a apenas um proponente⁷⁸ - e remete outros tantos a regulamento.

De todo modo, a doutrina recomenda não banalizar o uso deste instrumento, sob pena de desincentivar o engajamento dos agentes privados. O emprego do PMI deve ser bem planejado pela Administração, a fim de gerar incentivos suficientes à oferta de estudos e projetos. A participação em PMI representa dispêndio de recursos pela iniciativa privada, não havendo qualquer garantia quanto à sua

⁷⁴ JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1136.

⁷⁵ A União disciplinou o uso do PMI por meio do Decreto Federal nº 8.428/2015.

⁷⁶ REIS, T. JORDÃO, E. “A experiência brasileira de MIPs e PMIs: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos” In: JUSTEN FILHO, M. e SCHWIND, R. W. (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Ed. RT, 2015, pp. 207-232, pp. 220-223

⁷⁷ Veja os requisitos do artigo 10 do Decreto Federal nº 8.428/2015 para avaliação e seleção dos projetos, levantamentos, investigações e estudos apresentados pelo PMI na esfera federal.

⁷⁸ É o que estabelece, por exemplo, o Enunciado nº 1 da Jornada de Direito Administrativo: “A autorização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos no âmbito do Procedimento de Manifestação de Interesse, quando concedida mediante restrição ao número de participantes, deve se dar por meio de seleção imparcial dos interessados, com ampla publicidade e critérios objetivos”.

remuneração, que dependerá da eventual utilidade das contribuições apresentadas, bem como do prosseguimento e realização de licitação (art. 81, §§ 1º e 2º). Nesse sentido, a despeito de não haver vinculação da Administração a dar continuidade ao projeto, frequentes cancelamentos desincentivam a participação em tais procedimentos.

Por fim, uma questão relevante suscitada pela nova disciplina decorre da redação do art. 81 da NLLC, que não é expressa em ressalvar a

inaplicabilidade, ao participante do PMI, da proibição de que o responsável pela elaboração do anteprojeto, do projeto básico ou do projeto executivo participe da licitação a ele relacionada (art. 14, I e II da NLLC)⁷⁹. Diante disso, parece ser recomendável que a questão seja submetida a análise específica, para verificação se deve prevalecer a interpretação de que a participação no PMI constitui exceção à proibição constante dos incs. I e II do art. 14 da NLLC.

10.4. Sistema de registro de preços

Muito presente na praxe administrativa, o sistema de registro de preços (SRP) é legalmente definido como o “(..) conjunto de procedimentos para a realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos à prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras” (art. 6º, XLV, NLLC).

Além das regras gerais aplicáveis aos editais, os arts. 82 a 86 da NLLC elencam um *conteúdo específico*, que deverá ser previsto nas licitações para a constituição de sistemas de registro de preços. É o caso, por exemplo: (i) da ausência de obrigatoriedade de a Administração contratar, na totalidade, os quantitativos licitados (art. 83); (ii) da possibilidade de o licitante oferecer ou não proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital, obrigando-se nos limites dela (art. 82, IV); (iii) das condições para alteração de preços registrados (art. 82, VI); entre outras.

Inovando em relação à legislação anterior, o §6º do art. 82 autoriza a utilização do SRP, na forma prevista em regulamento, nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de

serviços por mais de um órgão ou entidade. Igualmente, o art. 85 estendeu o uso do registro para obras e serviços de engenharia, desde que atendidos os seguintes requisitos: (i) existência de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional; (ii) necessidade permanente ou frequente da obra ou serviço a ser contratado.

Diferentemente da Lei nº 8.666/1993 (art. 15, §3º, III), que limita a validade do SRP ao período máximo de 1 (um) ano, incluindo nesse prazo eventuais prorrogações, o art. 84 da NLLC dobrou esse prazo ao prever que a vigência da ata de registro de preços será de 1 (um) ano, com a possibilidade de prorrogação por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso.

Vale observar que, sob o regime da Lei nº 8.666/1993, era bastante reduzida a disciplina relativa ao sistema de registro de preços veiculada por lei em sentido estrito, sendo grande parte das regras fixadas por meio de decretos regulamentares de diversos entes federados. O novo regime estabelecido pela NLLC optou por incorporar à própria lei muitas das matérias antes tratadas apenas em regulamentos, o que poderá, eventualmente, trazer reflexos jurídicos⁸⁰, caso

⁷⁹ No que concerne a concessões, permissões de serviços públicos e parcerias público-privadas, exceções expressas contam do art. 31 da Lei nº 9.074/1995 e do art. 3º da Lei nº 11.079/2004.

⁸⁰ Por exemplo, restringindo o espaço para regulamentação no âmbito do Estado de São Paulo, bem como levando à reanálise de entendimentos institucionais aprovados à luz da legislação anterior.

tais dispositivos sejam considerados normas gerais.

Por fim, importante registrar ainda que o artigo 86 da NLLC disciplinou a controversa questão do “carona” no SRP, adequando-a a entendimentos exarados pelo Tribunal de Contas da União. Quanto aos órgãos participantes, o *caput* do artigo 86 determina que, na fase preparatória do registro de preços, o órgão ou entidade gerenciadora realize um procedimento público de **intenção de registro de preços**, para possibilitar a participação de outros órgãos ou entidades e determinar a estimativa total de quantitativos das futuras contratações. Já em relação à adesão por órgãos

não participantes (“carona”), o §2º exige os seguintes requisitos: (i) apresentação de justificativa da vantagem da adesão, inclusive em situações de provável desabastecimento ou descontinuidade de serviço público; (ii) compatibilidade dos valores registrados com os valores praticados pelo mercado (art. 23); (iii) prévias consulta e aceitação por parte do órgão ou entidade gerenciadora e do fornecedor. Os §§3º, 4º e 5º estabelecem, ainda, limites e quantitativos máximos⁸² para a adesão de órgãos e entidades não participantes, conferindo um novo tratamento ao carona, que supera a resistência existente no passado⁸³.

10.5. Registro cadastral

Os registros cadastrais já eram previstos na Lei nº 8.666/1993 (art. 34) e na Lei do RDC (art. 31) para finalidades semelhantes àquelas previstas na NLLC, inclusive com a interessante possibilidade de anotação do desempenho passado do licitante no cumprimento de obrigações assumidas (art. 31 RDC).

A grande novidade trazida pela Lei nº 14.133/2021 reside na **vinculação de todos os órgãos e entidades da Administração Pública** a utilizar um sistema de registro cadastral unificado (art. 87 *caput*), que será disponibilizado no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

O novo sistema de registro cadastral unificado será público e deverá ser amplamente divulgado(art. 87, §1º). A plataforma deve estar permanentemente aberta aos interessados, sendo obrigatória a realização de chamamento público pela *internet*, no mínimo anualmente, para atualização dos registros e ingresso de novos fornecedores. Um dos pontos mais importantes sobre o novo registro cadastral diz respeito à valorização do desempenho passado dos fornecedores.

A respeito, o §3º do artigo 88 estabelece que a atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas será avaliada pelo contratante, que emitirá documento com menção ao *desempenho*, baseado em indicadores objetivos, e a eventuais *penalidades* aplicadas. O §4º condiciona a anotação do cumprimento de obrigações à implantação e à regulamentação de um cadastro próprio para este fim, integrado ao PNCP. A ideia é que tais registros sejam efetuados segundo critérios objetivos, em harmonia aos princípios da impessoalidade, igualdade, isonomia, publicidade e transparência, de forma a incentivar os licitantes a possuírem ótimo desempenho anotado em seu cadastro.

A NLLC não aprofunda quais serão as medidas de incentivo para fornecedores bem avaliados - o que, talvez, será mais detalhado em regulamento. Por hora, é certo que as informações coletadas servirão pelo menos para três finalidades: (i) avaliação de propostas técnicas nas licitações com julgamento por “melhor técnica” e “técnica e preço” (art. 37, III); (ii) critério de desempate entre propostas, após a disputa final entre os licitantes

⁸² O §7º do artigo 86 prevê exceção aos limites quantitativos fixados no §5º, no caso de aquisição emergencial de medicamentos e material de consumo médico-hospitalar por órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, para adesão à ata de registro de preços gerenciada pelo Ministério da Saúde.

⁸³ Confira, a respeito, o teor do enunciado nº 33 da Súmula do TCE/SP: “No sistema de registro de preços, é vedada a adesão à ata por órgão ou entidade que não participou da licitação (“carona”), excetuadas as hipóteses admitidas em lei federal”.

(art. 6º, II); e (iii) comprovação de qualificação técnico-operacional, na fase de habilitação, quando exigida no edital (art. 67, II).

A centralização de informações e da avaliação no PNCP parecem iniciativas positivas, permitindo a coleta dessas informações em larga escala e abrindo caminho para a construção de índices de reputação de fornecedores semelhantes àqueles adotados pelos grandes *marketplaces* do setor privado. No entanto, os bons resultados dependerão da regulamentação a ser veiculada para o registro cadastral, em especial quanto aos critérios de avaliação, de modo a evitar subjetividade e desvios⁸⁴, e quanto aos incentivos oferecidos para os fornecedores de melhor desempenho no setor público.

⁸⁴ Apenas para exemplificar, empresas novas não dispõem, num primeiro momento, de atestados de cumprimento anteriores, mas, por outro lado, poderão ser beneficiadas pela inexistência de penalidades aplicadas.

