

GUIA PRÁTICO DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

LEI Nº 14.133/2021



Comissão Especial de
Parcerias Público-Privadas,
Concessões, Licitações e
Desestatizações



Diretoria OAB/RS - Gestão 2022-2024

LEONARDO LAMACHIA - Presidente

NEUSA BASTOS - Vice-presidente

GUSTAVO JUCHEM - Secretário-geral

JORGE FARA - Tesoureiro

KARINA CONTIERO - Secretária-geral adjunta

Diretoria CEPPPCLD - Gestão 2022-2024

RAFAEL MAFFINI - Presidente

JULIANO HEINEN - Vice-presidente

ACELON DIAS - Secretário-geral

Cartilha construída por:

ACELON DA SILVA DIAS – OAB/RS 127.648B

ALCIONE DE ALMEIDA – OAB/RS 74.386

BIANCA DOS SANTOS SOLLA – OAB/RS 59.013

DÁRCIO FRANCO LIMA JÚNIOR – OAB/RS 46.260

ELIANE BULIGON – OAB/RS 129.731

JOÃO LUIS DE MATOS – OAB/RS 34.492

LETÍCIA PEREIRA VOLTZ ALFARO – OAB/RS 48.500

MAURÍCIO GAZEN – OAB/RS 71.456

MICHELE MATIELLO CAMARGO – OAB/RS 58.639

Palavra do Presidente

É com enorme satisfação que apresentamos a Cartilha sobre a Nova Lei de Licitações, em um grande trabalho de toda a diretoria e de todos os membros da Comissão Especial de Parcerias Público-Privadas, Concessões, Licitações e Desestatização da OAB/RS.

Nosso trabalho na OAB/RS, assim como nesta Cartilha, é coletivo, e as comissões têm desenvolvido um trabalho excelente ao oportunizar o debate de temas importantes e, mais do que isso, dar espaço, motivar e mobilizar a advocacia para compartilhar conhecimento e vivências das suas áreas de atuação.

Um dos compromissos da nossa gestão é estar ao lado da advocacia gaúcha. Nesse sentido, esta Cartilha vem para atualizar a advocacia sobre temas como contratos administrativos, infrações e sanções administrativas, contagem dos prazos e controle das contratações, entre outros diversos tópicos.

Finalizo deixando meu agradecimento a todos os advogados e as advogadas que compõem as nossas comissões – engrenagem importante dentro do trabalho de Ordem. Desejo a todos uma ótima leitura!

Leonardo Lamachia
Presidente da OAB/RS

Apresentação

É com enorme satisfação que apresentamos o Guia Prático de Licitações e Contratações Públicas - Lei nº 14.133/2021, fruto de um trabalho coletivo e dedicado de profissionais comprometidos com a excelência e a transparência nos processos licitatórios. Desenvolvida com dedicação pelos membros da nossa Comissão, esta cartilha representa um marco na busca por transparência, eficiência e excelência nos processos de contratação pública.

No documento, serão abordados os tópicos mais relevantes acerca da nova lei de licitações, sendo fonte de inspiração e capacitação para todos os profissionais envolvidos nesse importante campo de atuação.

Finalizo com um agradecimento especial a todos os envolvidos nesse projeto, que tem o objetivo de contribuir para o fortalecimento da gestão pública transparente e eficaz, reforçando, em consequência, os princípios democráticos. Desejo a todos uma excelente leitura.

Rafael Maffini
Presidente da CEPPPCLD da OAB/RS

Sumário

NOVA LEI DE LICITAÇÕES

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES — 10

Vigência e aplicação — 10

Princípios, objetivo e definições — 12

DAS LICITAÇÕES — 13

Modalidades de Licitação — 13

Processo Licitatório — 16

Fase Preparatória — 16

Do Edital de Licitação — 17

Apresentação e Classificação das Propostas — 20

Habilitação e Julgamento — 23

Recursos e Pedidos de reconsideração — 24

DA DISPENSA, DA INEXIGIBILIDADE E DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DIRETA — 24

PROCEDIMENTOS AUXILIARES — 26

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS — 37

Visão Geral — 37

RECEBIMENTO DO OBJETO DO CONTRATO — 45

PAGAMENTO — 46

INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS — 49

CONTAGEM DOS PRAZOS — 53

CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES — 55

CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL — 57

FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DE LICITAÇÃO – 60

PATROCÍNIO DE CONTRATAÇÃO INDEVIDA – 61

MODIFICAÇÃO OU PAGAMENTO IRREGULAR EM CONTRATO ADMINISTRATIVO – 63

PERTURBAÇÃO DE PROCESSO LICITATÓRIO, AFASTAMENTO DE LICITANTE E FRAUDE EM LICITAÇÃO OU CONTRATO – 66

OMISSÃO GRAVE DE DADO OU DE INFORMAÇÃO POR PROJETISTA – 71

REFERÊNCIAS – 74

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Quando a Lei entra em vigor?

A Lei 14.133/2021, entrou em vigor na data de sua publicação, em 1º de abril de 2021, conforme preceitua o art. 194, da Lei. Por um certo período, que inicialmente seria de dois anos, ou seja, até 1º de abril de 2023, mas que agora transcorrerá até 30 de dezembro de 2023 (art. 193, II, da Lei 14.133/21, com redação dada pela Lei Complementar 198/2023, há o convívio de duas leis gerais de licitações (a Lei 14.133/21 e a Lei 8.666/93). Após tal data (30/12/2023), se não houver nova prorrogação, passaremos a ter somente a Lei 14.133/21 como lei geral de licitações, aplicável à Administração Pública de todos os entes federados, ressalvadas as estatais, as quais desde 2016, têm suas licitações e contratações regidas pelo Estatuto das Estatais (Lei 13.303/21).

Qual a finalidade da Lei?

A Lei 14.133/2021, teve como finalidade, a partir da adoção de um regime jurídico simplificado, promover uma maior eficiência e eficácia nas contratações públicas, sem que, para tanto, deixe de observar princípios norteadores, possibilitando a melhor contratação para a administração pública.

A Lei nº 14.133/21 revogou automaticamente a Lei 8.666/93, a Lei nº 10.520/02 e a Lei 12.462/11?

Embora a Lei 14.133/2021, tenha entrado em vigor em 1º de abril de 2021, ela não revogou de imediato as Leis 8.666/93, 10.520/02 e os artigos 1º a 47, Lei 12.462/11, pois o Art. 193 da nova lei estabeleceu que estas leis seriam revogadas em 30/12/2023. Contudo, a Medida Provisória 1.167, de 31 de março, prorrogou a vigência das leis anteriores a 14.133/2021, até 29/12/2023.

Como ficam os contratos em curso?

De acordo com o que estabelece o Art. 190, da Lei 14.133/2021, os contratos cujo instrumento tenham sido assinados antes da entrada em vigor desta Lei continuarão a ser regidos de acordo com as regras previstas na legislação revogada, com vistas a garantir a segurança jurídica dos contratos já firmados.

No interregno da dupla vigência de diplomas de licitações e contratos administrativos, a Administração Pública poderá escolher qual lei irá aplicar?

Durante o período em que as duas leis coexistem, a administração pública pode escolher qual lei regerá o certame. Essa possibilidade está prevista no artigo 191 da Lei nº 14.133/2021.

Caso a Administração Pública tenha escolhido aplicar os antigos diplomas, em detrimento da nova lei, e os antigos diplomas percam a vigência durante a execução do contrato administrativo, qual lei irá discipliná-los?

Ainda que a lei que regulamentou o contrato tenha sido revogada, ele continuará a ser regido por esta lei, até o final da sua vigência, conforme determina o parágrafo único do Art. 191 da Lei 14.133/2021.

Quem se submete às regras da Lei nº 14.133/21?

O Art. 1º e seus incisos, da Lei 14.133/2021, determina que Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo, inclusive, os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa, além dos fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.

A Lei será aplicada às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias?

A lei 14.133/2021, não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, tendo em vista que o §1º do Art. 1º da referida Lei, expressamente determinou que tais entidades não seriam abrangidas pela Lei.

Princípios, objetivo e definições

A Lei nº 14.133/21 trouxe inovações no âmbito dos princípios aplicáveis às licitações?

Embora a Lei 14.133/2021, tenha mantido em seu texto princípios, constitucionais previsto no Art. 37 da Constituição Federal, (Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), pode-se afirmar que ela trouxe inovação na questão principiológica incluindo outros princípios expressamente previstos no art. 5º (interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável).

E quanto aos objetivos do procedimento licitatório, conforme o novo diploma?

De acordo com o que estabelece o Art. 11 da Lei 14.133/2021, são quatro os objetivos traçados para o procedimento licitatório: (1) contratação mais vantajosa, (2) tratamento isonômico associado à justa competição aos licitantes, (3) busca por contratações esquiváveis, sem sobreço ou superfaturamento e (4) incentivo à inovação e ao desenvolvimento nacional sustentável.

Em que consiste o superfaturamento?

O superfaturamento, de acordo com o inciso LVII, do Art. 6º da Lei 14.133/2021, consiste no dano provocado ao patrimônio da administração.

O que é sobrepreço?

O artigo 6º da Lei 14.133/2021, trouxe diversas definições em seus incisos, inclusive o que considera-se como sobrepreço, visto que de acordo com o inciso LVI, o sobrepreço ocorre quando o preço orçado para a licitação ou o valor estipulado em contrato for expressivamente superior aos praticados no mercado.

DAS LICITAÇÕES

Modalidades de Licitação

Foram criadas modalidades de licitação ou permaneceriam as que já existiam?

O Art. 28 da Lei 14.133/2021, traz as modalidades de licitações (pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo). Da leitura do dispositivo depreende-se que comparativamente à Lei 8.666/93, houve a supressão das modalidades convites e tomada de preços, ficando a novidade por conta da inclusão da modalidade diálogo competitivo.

Em que hipótese a Administração Pública poderá aplicar a nova modalidade de licitação denominada "diálogo competitivo"?

De acordo com o que preceitua o art. 32 da Lei 14.133/2021, a modalidade denominada diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração, vise contratar objetos que envolvam inovação tecnológica, quando não houver soluções disponíveis no mercado e as especificações técnicas não puderem ser definidas com precisão suficiente.

Como funcionará o diálogo competitivo?

O diálogo competitivo é uma modalidade de licitação mais flexível e colaborativa do que as demais, ocorrendo em duas etapas distintas, na primeira há o diálogo entre a administração pública e os particulares, na qual se identifica a solução para a administração e, na segunda etapa há a fase competitiva propriamente dita, contudo, somente pode participar desta segunda etapa, aquelas empresas que participaram da primeira (§1º do Art. 32 da Lei 14.1133/2022).

A Administração Pública poderá combinar as modalidades de licitações?

Não é permitido a combinação de modalidade de licitação, visto a expressa vedação insculpida no §2º do Art. 28 que estabelece que é vedada a criação de outras modalidades de licitação bem como, a combinação entre elas.

Há regra para escolha do leiloeiro na modalidade leilão?

Sim, há regras para a escolha do leiloeiro, na modalidade leilão, em que pese a licitação pode ser conduzida por leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente. Optando por realizar o leilão por intermédio de leiloeiro oficial, a Administração deverá selecioná-lo mediante credenciamento ou licitação na modalidade pregão e adotar o critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, utilizados como parâmetro máximo os percentuais definidos na lei que regula a referida profissão e observados os valores dos bens a serem leiloados (§1º do Art. 31, da Lei 14.133/2021).

Critérios de Julgamento

Em que consistem os critérios de julgamento?

Os critérios de julgamento são métodos empregados para avaliar as propostas apresentadas pelos licitantes. Sendo tais critérios previamente estabelecidos no edital conforme a modalidade de licitação escolhida.

Quais são os critérios de julgamento segundo a Lei nº 14.133/21?

Os incisos do Art. 33 da Lei 14.133/2021, apontam os critérios de julgamento das propostas, sendo seis possibilidades: menor preço, maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior lance, no caso do leilão e maior retorno econômico.

O que mudou em relação à Lei nº 8.666/93?

A lei 8.666/93, diferentemente da Lei 14.133/2021, adotava a expressão “tipo de licitação” para denominar o atual critério de julgamento e, diferentemente, da nova lei de licitações, o §1º do Art. 45, trazia, apenas, 04 tipos de licitações (critérios de julgamento); menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta.

Quais as hipóteses de cabimento de cada um dos critérios de julgamento?

Menor preço: é o critério mais utilizado, e é cabível para a contratação de bens e serviços de natureza comum, ou seja, que não exijam especificações técnicas ou artísticas específicas. Maior desconto: é cabível para a contratação de bens e serviços de natureza comum, em que o fornecedor ofereça descontos sobre o preço de referência. Melhor técnica ou conteúdo artístico: é cabível para a contratação de projetos ou trabalhos de natureza técnica, científica ou artística, em que o foco é a qualidade da proposta Técnica e preço: é cabível para a contratação de bens e serviços que exijam especificações técnicas ou artísticas específicas, em que o preço também é considerado. Maior lance: é cabível para a contratação de bens e serviços por meio de leilão. Maior retorno econômico: é cabível para a contratação de obras e serviços de engenharia, em que o foco é o retorno financeiro da contratação para a Administração Pública.

Em que consiste o contrato de eficiência?

O contrato de eficiência é um tipo de contrato administrativo que tem como objetivo proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes. O contratado é remunerado com base em percentual da economia efetivamente obtida na execução do contrato. A sua definição está prevista no inciso LIII do Art. 6º da Lei 14.133/2021.

De que tratam as disposições setoriais previstas na Seção IV da Lei nº 14.133/21, logo após a seção relativa aos critérios de julgamento?

Nesta seção estão estabelecidas regras específicas para a contratação de bens e serviços de diferentes setores, área ou objeto de contratação da Administração Pública. Essas regras são destinadas a garantir a adequação das contratações às especificidades desses setores, bem como a proteção dos interesses públicos envolvidos. Estas regras, por exemplo, evidenciam a necessidade de planejamento e a busca da melhor contratação.

Processo Licitatório

Na Lei nº 8.666/93, qual era a ordem das fases do processo de licitação?

1. Fase Interna:

- a. Elaboração do edital;
- b. Publicação do aviso de licitação;
- c. Recebimento dos documentos de habilitação e propostas das empresas interessadas.

2. Fase Externa:

- a. Abertura dos envelopes de habilitação;
- b. Julgamento da habilitação;
- c. Abertura dos envelopes de propostas;
- d. Julgamento das propostas;
- e. Homologação e adjudicação (seleção da proposta vencedora);
- f. Contratação.

Na Lei nº 14.133/21, o processo de licitação ordinário da Lei nº 8.666/93 permaneceu inalterado?

Não, isso porque a Lei nº 14.133/21, trouxe diversas alterações ao processo de licitação ordinário, incluindo mudanças na ordem das fases, nos critérios de julgamento, nas regras de habilitação e qualificação, e nas regras de contratação.

Fase Preparatória

Em que consiste a fase preparatória?

A fase preparatória consiste nas atividades e procedimentos realizados pela Administração Pública antes da publicação do aviso de licitação, visando garantir que a licitação seja realizada de forma eficiente e transparente (Art. 18 da Lei 14.133/2021).

Em que consiste o estudo técnico preliminar a ser realizado na fase preparatória da licitação?

De acordo com o §1º do Art. 18 da Lei 14.133/2021, o estudo técnico preliminar, trata-se de um documento obrigatório, que deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, detalhando as necessidades da contratação e definição do objeto, o escopo, o valor estimado e os critérios de julgamento.

Na fase preparatória, diz-se que o planejamento da licitação deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual sempre que elaborado. Em que consiste esse plano de contratações anual?

O Plano Anual de Contratações (PAC) é o instrumento que concentra as informações de todas as compras e contratações que o órgão da Administração Pública pretende realizar ou até mesmo prorrogar no ano seguinte ao da sua elaboração.

O orçamento estimado, elemento da fase preparatória, deve ser publicado? Quem pode ter acesso ao orçamento estimado para contratação?

O Art. 24 da Lei 14.133/2021, diz que o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, contudo, nos termos do inciso I do mesmo artigo, este sigilo não atinge aos órgãos de controle, sejam eles externos e internos. Além disso, o inciso II do Art. 24, impõe quando se tratar de licitação em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável constará do edital da licitação.

Do Edital de Licitação

Quais as novidades que a legislação trouxe em relação ao edital de licitações?

Com relação ao edital, a nova Lei 14.133/2021, diferentemente do que estabelecia a Lei 8.666/1993, estabelece que o edital deve ser publicado em

formato eletrônico, no Portal Nacional de Contratações Públicas, além de outros meios, se necessário, para garantir a ampla publicidade da licitação. Além disso, deve incluir, obrigatoriamente, o estudo técnico preliminar e, ainda, o edital tem a faculdade de incluir cláusulas contratuais específicas, que devem ser negociadas com os licitantes.

Em que consiste o programa de integridade?

O Programa de Integridade é um conjunto de mecanismos e procedimentos internos que tem como objetivo não só a prevenção atos de corrupção e fraudades na administração pública, mas também dectar e punir tais atos.

A Administração poderá explicitar no edital a marca do produto que será adquirido no caso de licitação para fornecimento de bens?

De acordo, com o inciso I do art. 41 da Lei 14.133/2021, a administração poderá, excepcionalmente, indicar uma ou mais marcas ou modelos, desde que formalmente justificado, quando em decorrência da necessidade de padronização do objeto; em razão da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração; quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os únicos capazes de atender às necessidades do contratante e ainda quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo aptos a servir apenas como referência.

É necessária a análise do edital por assessoria jurídica do ente licitante?

Sim, em razão do que estabelece o Art. 53, da Lei 14.133/2021, que determina que 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.

Como se dará a divulgação do edital?

O art. 54 determina que a publicidade do edital de licitação será rea-

lizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), além disso, de acordo com o §1º do mesmo artigo, é obrigatória a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal diário de grande circulação.

É possível a impugnação do edital de licitação?

Sim, qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação da Lei 14.133/2021, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame, ou ainda, no mesmo prazo, solicitar esclarecimento sobre os seus termos (Art. 164 da Lei 14.133/2021).

Estados e Municípios também deverão divulgar seus editais no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)?

Sim, por força do que determina do art. 1º da Lei 14.133/2021, que expressamente estabelece que a referida Lei 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

O edital de licitação deve estar disponível no portal da transparência do ente licitante?

Nos termos do §1º do Art. 54, da Lei 14.133/2021, além da publicação do edital de licitação, de inteiro teor, do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). Também obrigatória a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal diário de grande circulação.

No processo de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para certos bens?

Sim, visto que de acordo com o art. 26, da Lei 14.133/2021, poderá ser estabelecida margem de preferência para bens manufaturados e serviços

nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras e ainda para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, conforme regulamento.

Existe previsão de participação popular no processo de licitação?

Sim, na forma de audiência pública ou de consulta pública, visto que o Art. 21 da Lei 14.133/2021, e seu paragrafo único prevêem que a Administração poderá convocar audiência pública, sobre licitação que pretenda realizar, ou ainda poderá submeter a licitação a prévia consulta pública.

Apresentação e Classificação das Propostas

Como se dará a apresentação das propostas na nova lei de licitações?

As propostas poderão ser apresentadas, nos termos do Art. 56 da Nova Lei, no modo aberto e no modo fechado. Quando se tratar de modo aberto, os licitantes apresentam suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes. O licitante que oferecer o menor preço ou o maior percentual de desconto será o vencedor. Já no modo fechado, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até o momento definido no edital para a divulgação. O licitante que oferecer a proposta mais vantajosa para a Administração Pública será o vencedor.

A Administração poderá exigir garantia de cumprimento da proposta?

Sim, uma vez que o art. 58, da Lei 14.133/2021, prevê que poderá ser exigida, no momento da apresentação da proposta, a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta, como requisito de pré-habilitação.

Quais as formas de garantia da proposta?

Os incisos I, II e III do §1º do Art. 96, estabelecem que as formas de garantia da proposta são: caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública

emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia; seguro grantia e fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.

Quais propostas serão desclassificadas?

Serão desclassificadas as propostas, nos termos do Art. 59 da Lei de licitações, as propostas que contiverem vícios insanáveis; não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital, apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação; não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração; ou apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.

É necessário que a Administração verifique todas as propostas classificadas?

Não, pois nos termos do §1º do Art. 59 a verificação da conformidade das propostas poderá ser feita exclusivamente em relação à proposta mais bem classificada.

Como a Administração poderá aferir a exequibilidade das propostas?

Para aferir a exequibilidade das propostas a Administração poderá realizar diligências exigir dos licitantes que sua exequibilidade seja demonstrada (art. 59, §2º).

Quando as propostas serão consideradas inexequíveis?

O § 4º, do Art. 59, estabelece que no caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração.

Em caso de empate das propostas, quais serão os critérios de desempate?

O Art. 60º da Lei 14.133/2021 traz os critérios de desempate das propostas, que deve ocorrer na seguinte ordem: 1º disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação; 2º avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei; 3º desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento, 4º desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

Classificadas as propostas, a Administração poderá negociar diretamente com o licitante classificado em primeiro lugar a oferta de condições mais vantajosas para a Administração?

Sim, conforme autoriza o Art. 61 que prevê tal possibilidade ao estabelecer que definido o resultado do julgamento, a Administração poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.

A Administração poderá negociar a oferta de condições mais vantajosas com os demais classificados?

Sim, também é possível negociar a oferta de condições de propostas mais vantajosas com os demais classificados, seguindo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado em razão de sua proposta permanecer acima do preço máximo definido pela Administração (§1º do Art. 61, da Lei 14.133/2021).

Habilitação e Julgamento

Após a classificação das propostas serão conferidos os documentos de habilitação do licitante classificado em primeiro lugar para demonstração da sua capacidade de realizar o objeto da licitação. A habilitação subdivide-se em quais requisitos?

A habilitação, nos termos do Art. 62, da Lei 14.133/2021, se subdivide em 4 requisitos, que correspondem os incisos I ao IV do referido artigo, sendo eles: habilitação jurídica, habilitação técnica, habilitação fiscal, social e trabalhista e, por fim, habilitação econômica financeira.

A Administração pública deve exigir a apresentação dos documentos de habilitação de todos os licitantes?

Não, pois, nos termos do inciso II do Art. 63, será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento;

Após a entrega dos documentos para habilitação será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos?

O Art. 64 da Lei 14.133/2021, estabelece que após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para: complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame e atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

A documentação de habilitação poderá ser dispensada?

Sim, quando se tratar de contratações para entrega imediata, de contratações em valores inferiores a 1/4 (um quarto) do limite para dispensa de licitação para compras em geral e nas contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento até o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), confor-

me expressamente autoriza o inciso III do Art. 70 da Lei 14.133/2021.

Após encerradas as fases de julgamento e habilitação, o que ocorrerá?

O art. 71 da Lei 14.133/2021, estabelece que encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades; evogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade; proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável ou adjudicar o objeto e homologar a licitação.

Recursos e Pedidos de reconsideração

Qual o prazo legal para recurso ou pedido de reconsideração dos atos da Administração?

Os prazo de recursos, estabelecido no Art. 164 da Lei 14.133/2021 é de 03 dias úteis antes da data de abertura do certame. Já o pedido de reconsideração poderá ser feito no prazo de 03 dias úteis, contados da data de intimação, quando do ato não couber recurso (Art, 165, II da Lei 14.133/2021).

DA DISPENSA, DA INEXIGIBILIDADE E DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DIRETA

A Lei nº 14.133/21, assim como a Lei nº 8.666/93 previu casos de dispensa de licitação? Houve alguma novidade em relação ao rol anterior?

Sim, a Lei nº 14.133/21, assim como a Lei nº 8.666/93 previu casos de dispensa de licitação. O artigo 75 da nova lei estabelece casos de dispensa de licitação. As novidades ficam por conta do aumento dos valores limires para a a realização da dipensa, inclusão de novas hipótes de dispensa de licitação e a simplificação dos procedimentos.

A Lei nº 14.133/21, assim como a Lei nº 8.666/93 previu casos de inexigibilidade de licitação? Houve alguma novidade em relação ao rol anterior?

Sim, a Lei nº 14.133/21, assim como a Lei nº 8.666/93 previu casos de inexigibilidade de licitação. O artigo 74 da nova lei estabelece os casos de inexigibilidade de licitação. As novidades ficam por conta da inclusão de novas hipóteses de inexigibilidade de licitação e também da simplificação dos procedimentos.

Nos casos de licitação fracassada, haverá dispensa ou inexigibilidade de licitação?

A alínea “a” do inciso III do art. 75 da nova lei trouxe a possibilidade de dispensa para os casos em que a licitação for deserta ou fracassada.

Nos casos de licitação deserta, haverá dispensa ou inexigibilidade de licitação?

A alínea “a” do inciso III do art. 75 da nova lei trouxe a possibilidade de dispensa para os casos em que a licitação for deserta ou fracassada.

Há previsão de procedimento próprio para contratação nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação?

Sim, a Lei nº 14.133/21 prevê procedimentos próprios para contratação nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação. Esses procedimentos estão previstos nos artigos 74 e 75 da Lei.

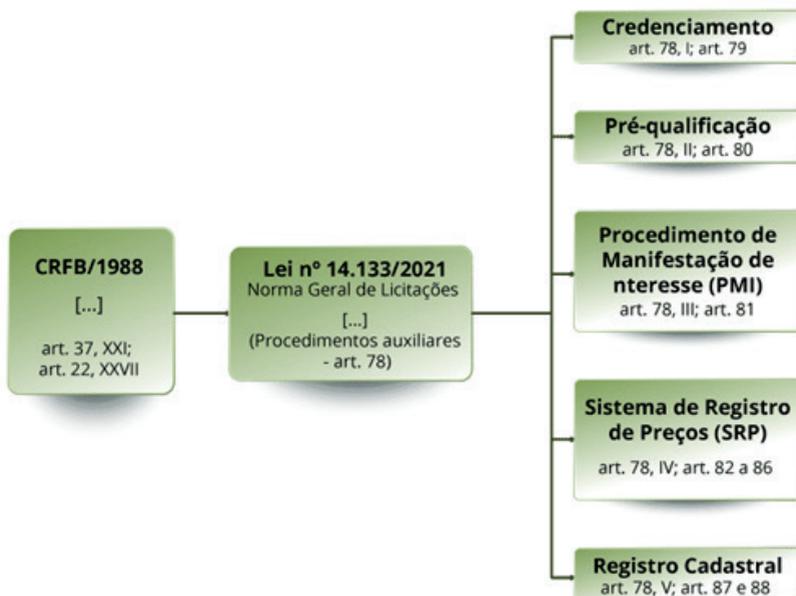
Em caso de contratação direta indevida, o que prevê a lei?

Nos termos do Art. 73 da Lei 14.133/2023, havendo 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.

Procedimentos auxiliares

Previstos nos art.78 a 88 da nova Lei com o objetivo de assegurar a orientação adequada de práticas já adotadas pela Administração, mas que não tinham sido definidas de maneira clara. Os procedimentos auxiliares podem ser entendidos como uma série de técnicas operacionais acessórias que podem ser utilizadas pelo gestor público como complemento às modalidades licitatórias, conforme indicado no art.28, § 1º, da Lei 14.133/2021;

Os procedimentos auxiliares decorrem, primariamente, do dever constitucional de licitar e obedecem a critérios claros e objetivos definidos em norma. Abaixo, a estrutura hierárquica da licitação no sistema jurídico brasileiro:



Credenciamento

A Instrução Normativa nº 05, de 26 de maio de 2017, aplicável à contratação de serviços sob o regime de execução indireta, cuja aplicação no âmbito da Nova Lei de Licitações foi autorizada pela Instrução Normativa SEGES/ME nº 98, de 26 de dezembro de 2022, define o “credenciamento” em seu Anexo I, IV.

Caracteriza como procedimento administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca os interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciam, no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados.

Conforme o art. 79 da lei 14.133/2021, o credenciamento poderá ser utilizado nas seguintes situações:

- a. Paralela e não excludente
- b. Com seleção a critério de terceiros
- c. Mercados fluidos.

Contratações Paralelas:

Contratações paralelas e não excludentes: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas.

Por exemplo: contratação de profissionais de saúde; contratação de leiloeiros oficiais; compra de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar, das comunidades tradicionais indígenas e das comunidades quilombolas.

Com seleção e critério de terceiros:

Contratações cuja seleção ficará a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação.

Por exemplo: determinado órgão público disponibiliza uma gama de laboratórios de análises clínicas. Com base nessa informação, o cidadão define, por razões de oportunidade e conveniência, o que lhe parecer mais adequado. Semelhante exemplo pode ser aplicado às empresas de vistoria/inspeção veicular.

Mercados fluidos:

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

Por exemplo: aquisição de passagens aéreas; postos de combustível.

O legislador preestabeleceu 06 regras para a utilização deste procedimento auxiliar, que são eles:

I - A Administração deve divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados a se credenciar, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados.

II- Quando o Credenciamento for do tipo “contratação paralela e não excludente”, e o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda, a exemplo de sorteio ou rodízio.

III- O edital de chamamento de interessados deverá prever condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses de credenciamento dos tipos “contratação paralela e não excludente”, e “contratação com seleção a critério de terceiros”, deverá definir o valor da contratação.

IV- Na hipótese de Credenciamento do tipo “contratação em mercados fluidos”, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação, ou seja, sem prévia definição de preços.

V- Não é permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração.

VI- Admite-se a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.

Pré-Qualificação

Previsto no art.80 da Lei nº 14.133/2021, caracteriza-se como o “procedimento seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, destinado à análise das condições de habilitação, total ou parcial, dos interessados ou do objeto.

A Lei nº 14.133/2021 não limita a participação em processo licitatório posterior ao procedimento de Pré-Qualificação somente aos que participaram da Pré-qualificação. Entretanto, o Administrador Público, limitou-se a capacida-

de dele de decidir, em ato discricionário, a respeito (art80, §10).

Trata-se de um procedimento técnico administrativo para selecionar previamente:

1 – Licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos.

2 – Bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração.

Poderá ser exigida a comprovação de qualidade. Para tanto, excepcionalmente e justificadamente, desde que previsto no edital de pré-qualificação, a Administração poderá, já no curso deste procedimento auxiliar, exigir amostra ou prova de conceito do bem (art. 41, II).

O procedimento técnico-administrativo de Pré-Qualificação, conforme previsto na Nova Lei de Licitações, deve observar uma série de regras, ritos e prazos. Entre eles:

Publicização do procedimento de Pré-Qualificação, por intermédio de edital publicado no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), (art. 174, §2º, III), onde constarão:

I - as informações mínimas necessárias para definição do objeto;

II - a modalidade, a forma da futura licitação e os critérios de julgamento.

Apresentação dos documentos exigidos perante órgão ou comissão indicada pela Administração, que deverá examiná-los no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis e determinar correção ou reapresentação de documentos, quando for o caso, com vistas à ampliação da competição.

Inclusão dos bens e dos serviços pré-qualificados no catálogo de bens e serviços da Administração.

A Pré-Qualificação poderá ser realizada de forma seccionada em grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores.

A Pré-Qualificação poderá ser parcial ou total, com alguns ou todos os requisitos técnicos ou de habilitação necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes.

Procedimento de Pré-Qualificação permanentemente aberto para a inscrição de interessados.

Prazo de validade:

I - de 1 (um) ano, no máximo, e poderá ser atualizada a qualquer tempo;

II - não superior ao prazo de validade dos documentos apresentados pelos interessados.

Divulgação obrigatória, sempre mantida à disposição do público, dos licitantes e dos bens pré-qualificados.

Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)

Trata-se de um instrumento em que a Administração Pública, convoca a iniciativa privada para realização de estudos técnicos que poderão ser utilizados em uma futura licitação.

Desta forma, o PMI busca promover a estruturação de projetos que buscam soluções inovadoras e auxiliem na solução de questões de relevância pública, na forma de regulamento, que pode abranger nas diversas áreas, como, engenharia, meio ambiente, urbanística, social, econômico-financeira entre outras.

No âmbito da Administração Pública Federal, esse procedimento auxiliar às licitações e contratações é atualmente regulado pelo Decreto nº 8.428, de 02 de abril de 2015.

Procedimento administrativo consultivo, submetido ao regime de direito público, com ênfase nos princípios e valores constitucionais. Cabe ressaltar, que a Administração Pública, por meio de um edital divulga a oportunidade para que os particulares, por sua conta e risco, elaborem estudos e modelagens a estruturação da delegação de utilidades públicas, geralmente por via de concessão comum ou de Parceria Público-Privada.

Previsto no caput do art. 81 da Lei nº 14.133/2021:

I - Não atribuirá ao realizador dos estudos, investigações, levantamentos e projetos direito de preferência em eventual e futuro processo licitatório.

II - Não obrigará o poder público a realizar licitação.

III -Não implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos na elaboração de estudos, investigações, levantamentos e projetos etc.

IV- Não haverá, sob qualquer hipótese, a cobrança de valores do poder público, sendo a realizadora de estudos, investigações, levantamentos e projetos remunerada somente pelo vencedor de eventual e ulterior licitação, que de seus estudos se servir.

V -Não poderá ser inferior a 20 (vinte) dias o prazo para apresentação de requerimento de autorização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, contados da data de publicação do edital de chamamento (Decreto nº 8.428/2015, art. 4º, §3º).

O PMI deve ser amplamente divulgado.

Sistema de Registro de Preços (SRP)

Sistema de Registro de Preços -SRP, “conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos à prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras”.

A Administração Pública, utiliza como uma estratégia de suprimentos, através de um prévio processo licitatório realiza um registro formal de preços relativos à bens ou serviços que poderão ser contratados em uma futura demanda.

SRP congrega inúmeras noções e concepções. As principais delas são as seguintes:

I - Ata de registro de preços: documento vinculativo e obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, no qual são registrados o objeto, os preços, os fornecedores, os órgãos participantes e as condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no edital da licitação, no aviso ou instrumento de contratação direta e nas propostas apresentadas. Apesar do nome, não deve ser confundida com a ata da sessão pública do certame.

II - Adesão (tardia) à ata de registro de preços “carona”: solução administrativa por meio da qual um órgão ou entidade da Administração Pública que não participou do procedimento público de intenção de registro de preços pode utili-

zar-se do registro de preços do órgão gerenciador da ata na condição de órgão ou entidade não participante, observado o disposto no art. 86, §2º, da Lei nº 14.133/2021.

III - Órgão ou entidade gerenciadora: órgão ou entidade da Administração Pública responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e pelo gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente.

IV - Órgão ou entidade participante: órgão ou entidade da Administração Pública que participa dos procedimentos iniciais da contratação para registro de preços e integra a ata de registro de preços.

V - Órgão ou entidade não participante: órgão ou entidade da Administração Pública que não participa dos procedimentos iniciais da licitação para registro de preços e não integra a ata de registro de preços.

VI - Intenção de registro de preços (IRP): procedimento administrativo, da fase preparatória do processo licitatório, operacionalizado por intermédio de módulo de sistema estruturante governamental específico, que deve ser utilizado pelos órgãos, para fins de registro de preços e realização de procedimento público de aviso de intenção de registrar preços para, nos termos de regulamento, possibilitar, pelo prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis, a participação de outros órgãos ou entidades na respectiva ata. Serve, ainda, para determinar a estimativa total de quantidades da contratação.

VII - SRP Digital: ferramenta informatizada, integrante do Compras.gov.br, disponibilizada pela Secretaria de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, para o registro formal de preços relativos à prestação de serviços, obras e aquisição e locação de bens para contratações futuras, consoante a definição do art. 6º, XLV, da Lei nº 14.133/2021.

VIII - Cadastro de reserva: registro formal, incluído na ata de registro de preços, na forma de anexo, contendo as informações relativas aos licitantes ou fornecedores que aceitarem cotar os bens, obras ou serviços com preços iguais aos do adjudicatário, na ordem de classificação da etapa competitiva da licitação. Pode ser considerado uma ação de contingência para mitigar situações de provável desabastecimento ou descontinuidade de serviço público, no caso de impossibi-

lidade de atendimento das demandas da Administração pelo signatário da ata.

A Lei 14.13/2021 não taxou a aplicação do SRP, ampliando, portanto, a sua utilização. Poderá ser empregado sempre que for viável para aquisição de bens e serviços, incluindo obras e serviços. Entretanto, o gestor deverá observar as seguintes condições:

I – realização prévia de ampla pesquisa de mercado;

II – seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento;

III – desenvolvimento obrigatório de rotina de controle;

IV – atualização periódica dos preços registrados;

V – definição do período de validade do registro de preços.

Escolhido o SRP, o edital de licitação para registro de preços deverá seguir as regras da Lei nº 14.133/2021, obrigatoriamente, sobre:

I – as especificidades da licitação e de seu objeto, inclusive a quantidade máxima de cada item que poderá ser adquirida;

II – a quantidade mínima a ser cotada de unidades de bens ou, no caso de serviços, de unidades de medida;

III – a possibilidade de prever preços diferentes:

- a) quando o objeto for realizado ou entregue em locais diferentes;
- b) em razão da forma e do local de acondicionamento;
- c) quando admitida cotação variável em razão do tamanho do lote;
- d) por outros motivos justificados no processo;

IV – a possibilidade de o licitante oferecer ou não proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital, obrigando-se nos limites dela;

V – o critério de julgamento da licitação, que será o de menor preço ou o de maior desconto sobre tabela de preços praticada no mercado;

VI – as condições para alteração de preços registrados;

VII – o registro de mais de um fornecedor ou prestador de serviço, desde que aceitem cotar o objeto em preço igual ao do licitante vencedor, assegurada a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação;

VIII – a vedação à participação do órgão ou entidade em mais de uma ata de registro de preços com o mesmo objeto no prazo de validade daquela de que já tiver participado, salvo na ocorrência de ata que tenha registrado quantitativo inferior ao máximo previsto no edital;

IX – as hipóteses de cancelamento da ata de registro de preços e suas consequências.

Já a utilização do SRP para a execução de obras e serviços de engenharia é uma previsão na Lei nº 14.133/2021 (art. 85), respeitando os seguintes requisitos:

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

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

O SRP, ainda permite a “carona”, a adesão em atas de registro de preço de outros órgãos que não participaram dos procedimentos iniciais do certame, mas para essa hipótese, a Lei nº 14.133/2021, estabeleceu no art. 86, §§ 2º a 8º, regras e exceções, que segue:

a) As aquisições ou as contratações adicionais por órgãos ou entidades não participantes do registro de preços, não poderão exceder, por órgão ou entidade, a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes (art. 86, § 4º).

b) O quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços por órgãos ou entidades não participantes do registro de preços não poderá exceder, na totalidade, ao dobro do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independentemente

do número de órgãos não participantes que aderirem (art. 86, §5º).

Já as exceções, seguem:

A adesão à ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciadora do Poder Executivo Federal por órgãos e entidades da Administração Pública estadual, distrital e municipal poderá ser exigida para fins de transferências voluntárias, não ficando sujeita ao limite acima mencionado se destinada à execução descentralizada de programa ou projeto federal e comprovada a compatibilidade dos preços registrados (art. 86, § 6º).

Para aquisição emergencial de medicamentos e material de consumo médico-hospitalar por órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, a adesão à ata de registro de preços gerenciada pelo Ministério da Saúde não estará sujeita aos limites acima mencionados (art. 86, §7º).

Simplificando a “carona”:

GERENCIADOR	QUEM PODE ADERIR “PEGAR CARONA”?		
	União	Estados/ Distrito Federal	Municípios
União	✓	✓	✓
Estados/ Distrito Federal	✗	✓	✓
Municípios	✗	✗	✗

As contratações públicas podem ser com o sistema de registro de preço ou sem ele, segue quadro exemplificativo:

Com SRP	Sem SRP (Tradicional)
Não exige prévia indicação de disponibilidade de dotação orçamentária Gera ata de registro de preços	EXIGE PRÉVIA INDICAÇÃO DE DISPONIBILIDADE DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA; NÃO GERA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS
Permite adesão à ata de registro de preços Gera cadastro de reserva	NÃO GERA CADASTRO DE RESERVA
Permite ao fornecedor a oferta parcial dos quantitativos demandados	NÃO PERMITE AO FORNECEDOR A OFERTA PARCIAL DOS QUANTITATIVOS DEMANDADOS
Aplica-se ao pregão, à concorrência, às dispensas e às inexigibilidades	APLICA-SE A TODAS AS MODALIDADES LICITATÓRIAS E CONTRATAÇÕES DIRETAS

Registro cadastral unificado

Com previsão legal nos art.87 e 88 da Lei nº 14.133/2021, é um sistema informatizado de utilização obrigatória pelos órgãos e entidades da Administração. Neste sistema reúne informações jurídicas, fiscais, econômicas-financeiras, qualificações técnicas, etc.

É um instrumento de avaliação das condições de habilitação dos inscritos em procedimentos licitatórios e tem validade de 01(um) ano no máximo, podendo ser utilizado em qualquer momento. Trata-se de um agrupamento de avaliação de empresas, atuando como cadastro positivo dos licitantes, fornecendo uma certificação aos interessados.

Os documentos previstos no Registro Cadastral, compreende:

- I – Habilitação jurídica (art. 66).
- II – Habilitação técnica (art. 67).
- III – Habilitação fiscal, social e trabalhista (art. 68).
- IV – Habilitação econômico-financeira (art. 69).

No caso da modalidade licitatória “leilão” não será exigido Registro Cadastral prévio (art. 31, §4º).

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Visão Geral

Em termos de forma de execução dos contratos, quais as definições trazidas pela Lei?

Relativamente a execução dos contratos, ao analisarmos os artigos 115 a 123 da NLL, verifica-se um conjunto de novidades, dentre elas:

- **RETARDAMENTO IMOTIVADO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO:** expressamente vedado, mesmo na hipótese de troca de chefia do Poder Executivo ou de novo titular do órgão ou entidade contratante.
- Em caso de impedimento, ordem de paralisação ou suspensão do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente pelo tempo correspondente, anotadas tais circunstâncias mediante simples apostila.
- **SUSTENTABILIDADE SOCIAL NO QUE DIZ RESPEITO AS CONTRATAÇÕES DE PESSOAL PELO CONTRATADO:** ao longo de toda a execução do contrato, o contratado deverá cumprir a reserva de cargos prevista em Lei para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz, bem como as reservas de cargos previstas em outras normas específicas.

É possível a contratação simultânea, ou seja, a Administração poderá contratar mais de uma empresa ou instituição para a execução do mesmo serviço?

Conforme o art. 49 da NLL, a Administração poderá, mediante justificativa expressa, contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que essa contratação não implique perda de economia de escala, quando:

- o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado;
- a múltipla execução for conveniente para atender à Administração.

Cumpra salientar que a Administração deverá manter o controle individualizado da execução do objeto contratual relativamente a cada um dos contratados.

Qual o prazo de convocação do licitante vencedor?

A Administração convocará regularmente o licitante vencedor para assinar o termo de contrato ou para aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e nas condições estabelecidas no edital de licitação, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei.

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

Caso o licitante vencedor não assine o contrato, o que a Administração poderá fazer?

A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato ou em aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo estabelecido pela Administração caracterizará o descumprimento total da obrigação assumida e o sujeitará às penalidades legalmente estabelecidas e à imediata perda da garantia de proposta em favor do órgão ou entidade licitante.

É possível adotar a forma eletrônica de celebração de contratos?

De acordo com o art. 91, § 3º da NLL, será admitida a forma eletrônica na celebração de contratos e de termos aditivos, atendidas as exigências previstas em regulamento.

O que a Administração deverá verificar antes de formalizar ou prorrogar o contrato?

Antes de formalizar ou prorrogar o prazo de vigência do contrato, a Administração deverá verificar a regularidade fiscal do contratado, consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), emitir as certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas e juntá-las ao respectivo processo.

É possível que a Administração Pública firme contrato verbal?

É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Existem cláusulas necessárias nos contratos administrativos?

O art. 92 da NLL, refere a existência de 19 cláusulas necessárias que devem constar em todo contrato administrativo.

O que é matriz de risco?

MATRIZ DE RISCO: cláusula contratual, responsável por prever e alocar os eventos supervenientes que possam comprometer a execução contratual. A divisão dos riscos será definidora do equilíbrio econômico-financeiro e, com isso, permitir que os riscos sejam mais bem mitigados pelo contrato e na sua gestão. 165 165 A alocação de riscos considera, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo. Serão preferencialmente transferidos ao contra-

tado os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras.

Há prazo de duração limite dos contratos administrativos?

- Contratos de serviços e de fornecimento contínuo - soma do prazo de execução (5 anos) + prazo de até 5 anos desde que haja previsão em edital e comprovadas que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes. (3+7);
- Contratos de locação de equipamentos e utilização de programas de informática: -até 5 anos;
- Fornecimento e prestação de serviço associado - vigência máxima definida pela soma do prazo original e 5 anos para manutenção e operação, podendo os 5 anos serem prorrogados até o limite máximo de 10 anos;
- Contratos de receita e os contratos de eficiência: - até 10 anos sem investimentos, e os com investimento (aqueles que impliquem a elaboração de melhorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato) até 35 anos;
- Contrato de operação continuada de sistemas estruturantes de Tecnologia - vigência máxima de 15 anos.

Os contratos administrativos deverão ser divulgados no Portal Nacional de Contratações Públicas?

De acordo com o art. 174, § 2º da NLL, O PNCP conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das contratações:

I – planos de contratação anuais;

II – catálogos eletrônicos de padronização;

III – editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação dire-

ta e editais de licitação e respectivos anexos;

IV – atas de registro de preços;

V – contratos e termos aditivos;

VI – notas fiscais eletrônicas, quando for o caso.

Quais as formas de garantia do contrato?

Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I – caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia;

II – seguro-garantia;

III – fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.

Como será feita a fiscalização dos contratos administrativos?

A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.

É possível a subcontratação?

Sim, é possível a subcontratação na NLL. Importante salientar que a subcontratação é recomendada em contratações complexas, para complementar a execução. A subcontratação poderá ser admitida mas com muito rigor quanto aos limites, sob pena de tornar-se fraude licitatória.

O edital poderá vedar a subcontratação?

A subcontratação tem de estar previamente autorizada no edital e contrato.

Durante a sua vigência, o contrato poderá sofrer alterações?

O art. 124 preceitua que os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I – unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos;
- b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei ;

II – por acordo entre as partes:

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

Existe um percentual de alteração que o contratado é obrigado a aceitar?

Nas alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124 desta Lei, o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para os acréscimos será de 50% (cinquenta por cento).

A alteração unilateral promovida pela Administração ensejará a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato?

Caso haja alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Em quais hipóteses o contrato administrativo poderá ser extinto?

Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações:

I – não cumprimento ou cumprimento irregular de normas editalícias ou de cláusulas contratuais, de especificações, de projetos ou de prazos;

II – desatendimento das determinações regulares emitidas pela autoridade designada para acompanhar e fiscalizar sua execução ou por autoridade superior;

III – alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que restrinja sua capacidade de concluir o contrato;

IV – decretação de falência ou de insolvência civil, dissolução da sociedade ou falecimento do contratado;

V – caso fortuito ou força maior, regularmente comprovados, impeditivos da execução do contrato;

VI – atraso na obtenção da licença ambiental, ou impossibilidade de obtê-la, ou alteração substancial do anteprojeto que dela resultar, ainda que obtida no prazo previsto;

VII – atraso na liberação das áreas sujeitas a desapropriação, a desocupação ou a servidão administrativa, ou impossibilidade de liberação dessas áreas; VIII – razões de interesse público, justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante;

O contratado terá direito à extinção do contrato nas seguintes hipóteses:

I – supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras que acarrete modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no art. 125 desta Lei ;

II – suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses;

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

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

RECEBIMENTO DO OBJETO DO CONTRATO

Quem deve receber o objeto do contrato?

O objeto do contrato será recebido:

I – em se tratando de obras e serviços:

- a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo detalhado, quando verificado o cumprimento das exigências de caráter técnico;
- b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais;

II – em se tratando de compras:

- a) provisoriamente, de forma sumária, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, com verificação posterior da conformidade do material com as exigências contratuais;
- b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais.

Na lei constam prazos para o recebimento do objeto do contrato?

Os prazos e os métodos para a realização dos recebimentos provisório e definitivo serão definidos em regulamento ou no contrato.

PAGAMENTO

A nova lei de licitações dedica todo um capítulo ao tema, o que, por si só, já é uma inovação em relação a legislação anterior.

O tópico é abordado no Capítulo X, artigos 141 a 146 da Lei.

Quanto ao já estabelecido sobre ordem cronológica dos pagamentos, não há novidade, os pagamentos feitos pela Administração devem seguir a ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos, subdividida nas seguintes categorias de contrato: fornecimento de bens, locações, prestação de serviços e realização de obras.

Já havia previsão de exceção para a referida regra, quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante justificativa da autoridade competente, bem como a devida publicação. A nova lei traz a possibilidade de alteração da ordem, condicionando a mesma a prévia autorização da autoridade competente, e, posterior comunicação ao órgão competente, mas vai além, fixando quais as situações nas quais essa alteração pode ocorrer, apresentando rol taxativo das situações que permitem tal alteração. Segue:

I - grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública;

II - pagamento a microempresa, empresa de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual e sociedade cooperativa, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;

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

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

V - pagamento de contrato cujo objeto seja imprescindível para assegurar a integridade do patrimônio público ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, quando demonstrado o

risco de descontinuidade da prestação de serviço público de relevância ou o cumprimento da missão institucional.

Há previsão expressa, ainda em relação ao tema da ordem cronológica, das consequências da inobservância das referidas regras, transcrevo:

§ 2º A inobservância imotivada da ordem cronológica referida no caput deste artigo ensejará a apuração de responsabilidade do agente responsável, cabendo aos órgãos de controle a sua fiscalização.

§ 3º O órgão ou entidade deverá disponibilizar, mensalmente, em seção específica de acesso à informação em seu sítio na internet, a ordem cronológica de seus pagamentos, bem como as justificativas que fundamentarem a eventual alteração dessa ordem.

O enfoque a transparência da ordem cronológica dos pagamentos, bem como a publicidade quanto aos pagamentos, alterações e justificativas, também chamam atenção.

Importante ressaltar a previsão constante do artigo 143 da lei que prevê a possibilidade de, no caso de controvérsia sobre a valor a ser pago ao fornecedor pela Administração, que a parcela incontroversa deve ser liberada no prazo que está previsto para pagamento.

Tal previsão evita que fornecedores/prestadores de serviços que tem suas notas fiscais devolvidas por qualquer para correção/alteração, tenham que aguardar o decurso de novo prazo após aceite para recebimento de valores, quanto aos quais, a Administração está de acordo.

Outra inovação trazida pela nova lei, é a da possibilidade da Administração adotar modo de remuneração variável aos contratados. Constante do artigo 144, §§ 1 e 2º. Transcrevo:

Art. 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.

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

§ 2º *A utilização de remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração para a contratação.*

Tal possibilidade não tinha previsão na Lei nº 8.666/93, porém já era prevista na Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, mais precisamente em seu artigo 10º. Transcrevo:

Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.

Também há previsão desta modalidade na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), que em seu artigo 45 trata da remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado. Traz também o critério de maior retorno econômico em seu artigo 54.

Da mesma forma, a nova lei de licitações assim prevê o critério em seu artigo 39, somente para os casos de contrato de eficiência.

Art. 39. O julgamento por maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato.

A principal finalidade deste modelo é estimular o contratado/prestador de serviço a ser mais eficiente, ou seja, a alcançar resultados melhores do que alcançaria se estivesse simplesmente buscando executar o serviço. No momento em que resultados além serão remunerados como tal, isso estimula o contratado/prestador do serviço a buscar essa vantagem, da qual também se beneficia a Administração.

INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS - ARTS. 155 - 163 da lei 14.133/21

QUAIS CONDUTAS DO LICITANTE OU CONTRATADO CONSTITUEM INFRAÇÕES NOS TERMOS DA NOVA LEI?

Antes de se cuidar, propriamente, dos tipos infracionais contidos no art. 155 da nova lei, cabe sublinhar, ainda que objetivamente, que a atuação da Administração não pode fugir às balizas do chamado Direito Administrativo Sancionador.

Nesta perspectiva, a imposição de eventuais sanções administrativas pelo Poder Público se submete, sobretudo, ao princípio da legalidade (art. 5º da lei, no caso, decorrência lógica e inevitável do art. 5º, inc. II, e art. 37, caput, ambos da Constituição da República), exigindo-se, portanto, prévia e adequada previsão em lei dos tipos infracionais e das respectivas penalidades (inclusive por força do art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição da República).

Ou seja: inexistindo tipo infracional previsto em lei capaz de acomodar os fatos pretensamente irregulares apontados pela Administração, é inviável a imposição de penalidade administrativa; do mesmo modo, não pode o Poder Público cogitar da imposição de espécie de sanção que não esteja devidamente prevista e disciplinada em lei.

De outra parte, o exercício do poder sancionador da Administração exige a observância de um procedimento adequado, com o atendimento aos direitos fundamentais à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República); merece realce, outrossim, no contexto do Direito Administrativo Sancionador, a exigência de adequada fundamentação dos atos administrativos (art. 2º da Lei nº 9.784/1999), com a devida apreciação das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso, inclusive os argumentos apresentados pelo administrado.

Quanto aos tipos infracionais previstos no art. 155, os incs. I, II e III se relacionam ao descumprimento de obrigações assumidas pelo contratado (inadimplemento), o que pode ocorrer total ou parcialmente, caracterizando infração administrativa, sem prejuízo dos ressarcimentos eventualmente devidos e de eventuais desdobramentos penais, se for o caso.

Os incs. IV, V e VI se relacionam a condutas que frustram o procedimento licitatório, caracterizando infrações administrativas.

O inc. VIII abrange a hipótese de mora injustificada do contratado, o que igualmente caracteriza infração administrativa.

Os incs. VII, VIII, IX, X, XI e XII, de resto, retratam infrações vinculadas a condutas desleais e/ou fraudulentas do administrado, sem prejuízo de eventuais desdobramentos penais, se for o caso.

Os tipos infracionais são abrangentes em sua enunciação, com certo grau de sobreposição entre eles, de modo que a Administração deverá ser criteriosa na definição da tipificação dos fatos em análise, amoldando-os à hipótese legal pertinente.

NOS TERMOS DA NOVA LEI, QUAIS PENALIDADES PODEM SER APLICADAS AOS LICITANTES E CONTRATANTES?

Em linhas gerais, as quatro espécies de penalidades previstas nos incisos I a IV do caput do art. 156 (respectivamente, em grau crescente de gravidade, do ponto de vista jurídico: advertência; multa; impedimento de licitar e contratar; e declaração de inidoneidade para licitar e contratar) correspondem àquelas previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/1993. Cumpre ponderar que eventualmente uma multa, ainda que juridicamente não seja a sanção mais grave, em seus efeitos concretos, em tese, pode se revelar extremamente grave para o interessado.

Embora a nova lei traga indicações dos tipos infracionais sujeitos à aplicação das diferentes penalidades, há ressalva, no caso das sanções dos incisos I a III, de que será possível a imposição de penalidade mais grave (por exemplo, multa em lugar de advertência) se justificado no caso concreto. De outra parte, a lei estabeleceu, ainda, condições para a reabilitação do sancionado (art. 163).

A advertência (inc. I e §2º do art. 156) é sanção prevista exclusivamente para o tipo infracional do inc. I do art. 155.

A multa (inc. II e §3º) é penalidade prevista para qualquer dos tipos infracionais previstos no art. 155, dispondo a lei que será “calculada na forma

do edital ou do contrato” e que “não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta”. Ainda, nos termos da lei, a multa por ser aplicada cumulativamente às outras penalidades (§7º).

As penalidades de impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade para licitar e contratar são objeto de consideração mais adiante.

QUAIS OS CRITÉRIOS DE DOSIMETRIA NA IMPOSIÇÃO DAS PENALIDADES?

À luz do referido art. 156 da nova lei, quanto aos parâmetros a serem observados na fixação das penalidades, ou seja, na chamada dosimetria da sanção, deve a Administração considerar: I - a natureza e a gravidade da infração cometida, ou seja, o tipo de infração e sua repercussão; II - as peculiaridades do caso concreto, o que revela abertura aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, em sintonia, inclusive, com o art. 2º da Lei nº 9.784/1999; III - a existência de eventuais circunstâncias agravantes ou atenuantes; IV - os danos que da infração decorrerem para a Administração Pública; V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle, se for o caso.

De resto, a imposição de quaisquer das espécies de penalidade não afasta a obrigação do sancionado de reparar/indenizar os danos eventualmente causados à Administração Pública (§9º).

EM QUE SITUAÇÕES TÊM LUGAR AS SANÇÕES DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR E DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE?

Especificamente quanto às penalidades dos incisos III e IV do art. 156 (proibição de licitar e contratar e declaração de inidoneidade para licitar e contratar), a nova lei, aperfeiçoando a redação da anterior, incorporou orientações já sinalizadas na jurisprudência e agravou os prazos respectivos.

Na situação do inc. III explicitou-se no §4º que o impedimento para licitar ou contratar é restrito à Administração direta ou indireta do ente que aplicou a penalidade (desse modo, exemplificativamente, se a sanção foi aplicada pelo Estado, não haverá impedimento para licitar ou contratar com a União ou o Município; de outra maneira, a União ou o Município não podem invocar a penalidade imposta pelo Estado para excluir o sancionado de um certame ou para

inadmitir a sua contratação. De resto, o prazo de observância da penalidade foi ampliado, comparativamente à lei anterior, para até três anos.

Na hipótese do inc. IV, em seu turno, explicitou-se no §5º que a declaração de inidoneidade impedirá o sancionado de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos. Também aqui o prazo da penalidade foi significativamente majorado, de três a seis anos. De resto, em razão da gravidade da sanção, a lei, em tais casos, expressamente consignou a necessidade de prévia análise jurídica (normalmente, um parecer da procuradoria ou da assessoria jurídica do ente federativo), atribuindo a competência para a imposição da penalidade a autoridades específicas, conforme o ente federativo e poder envolvido (§6º), providências que devem ser devidamente observadas, sob pena de nulidade do ato sancionador da Administração.

QUAL O PROCEDIMENTO PARA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR E DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE?

O art. 158 da nova lei cuida do procedimento a ser observado nas sanções de impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade para licitar e contratar, justamente aquelas de maior gravidade, do ponto de vista jurídico. Nesses casos, prevê a lei a instauração de um procedimento administrativo de responsabilização, a ser conduzido, no mínimo, por dois servidores estáveis.

O licitante ou contratado terá o prazo de 15 (quinze) dias úteis para apresentar defesa escrita e especificar provas.

Havendo produção de novas provas, ou acrescidos ao feito elementos de ponderação solicitados pela comissão processante, será assegurado ao licitante ou contratado prazo de 15 (quinze) dias para alegações finais.

É POSSÍVEL QUE A ADMINISTRAÇÃO, NO ÂMBITO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO, DESCONSIDERE A PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA CONTRATADA?

Sim, conforme previsão do art. 160 da nova lei. Trata-se da possibilidade da Administração desconsiderar ou ir além da personalidade da pessoa jurídica para responsabilizar, quanto aos efeitos da sanção, também seus administradores, sócios, sociedades sucessoras e sociedades coligadas e/ou integrantes do mesmo grupo econômico.

Tal expediente, contudo, deve ser utilizado com o máximo critério pela Administração, estando disciplinado também no art. 50 do Código Civil e nos arts. 133-137 do Código de Processo Civil.

Importante sublinhar que não se trata de providência discricionária da Administração; a medida – pode-se dizer, pela sua natureza, excepcional – depende da segura caracterização do cenário desenhado no art. 160, exigindo procedimento adequado, pautado pelos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório, com prévia manifestação ou parecer do órgão de orientação jurídica da Administração.

CONTAGEM DOS PRAZOS

Como se dará a contagem dos prazos previstos na nova Lei de Licitações?

A nova lei de licitações causou diversas mudanças no âmbito licitatório, porém, poucas mudanças são tão significativas como as alterações nos prazos dos processos licitatórios.

A extinção de algumas modalidades de licitação (convite e tomada de preço) e a chegada de novas (diálogo competitivo) torna natural a alteração de prazos no novo texto legal.

Antes, citaremos alguns prazos previstos na nova lei de licitações para em seguida explicar sobre a contagem de prazo.

Em resumo temos:

Para aquisição de bens:

- 8 (oito) dias úteis, quando o critério for de menor preço ou maior desconto;
- 15 (quinze) dias úteis para as demais hipóteses.

Para serviços comuns ou obras e serviços comuns de Engenharia:

- 10 (dez) dias úteis, quando o critério de julgamento for de menor preço ou de maior desconto

No caso de serviços especiais e de obras e serviços especiais de engenharia temos duas hipóteses:

- 1 - 25 (vinte e cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto;
- 2 - 60 (sessenta) dias úteis, quando o regime de execução for de contratação integrada.

Para as licitações que adotarem o critério de julgamento de maior lance:

- 15 (quinze) dias é o prazo estabelecido.

Critério de julgamento seja técnica e preço ou de melhor técnica o conteúdo artístico, bem como, nos demais casos em que não puderem ser enquadrados nas hipóteses acima:

- Prazo será de 35 (trinta e cinco) dias

Quais os Prazos para Recursos, Impugnações e Esclarecimentos?

O prazo geral para qualquer tipo de modalidade licitatória passa a ser de até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame. Art. 164 e 165 da Lei 14.133/21.

Obs.: Vale mencionar que, a nova lei de licitações aumentou para 15 (quinze) dias úteis o prazo para recurso quando da aplicação de sanções administrativas.

COMO CONTAR OS PRAZOS?

O artigo 183 da Lei nº 14.133/21, estabelece de forma objetiva o critério de Contagem no procedimento licitatório.

Art. 183. Os prazos previstos nesta Lei serão contados com exclusão do dia do começo e inclusão do dia do vencimento e observarão as seguintes disposições:

- I - os prazos expressos em dias corridos serão computados de modo contínuo;*
- II - os prazos expressos em meses ou anos serão computados de data a data;*

III - nos prazos expressos em dias úteis, serão computados somente os dias em que ocorrer expediente administrativo no órgão ou entidade competente.

Com isso, os prazos são contados com exclusão do dia do começo e inclusão do dia do vencimento. Desta forma, é muito importante a observância do que está disposto no ato convocatório.

CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES

No que consistem as 3 (três) linhas de defesa previstas no art. 169, da Lei nº 14.133/21?

Em síntese, as três linhas de defesa são linhas de controle das licitações e contratos públicos, por meio das quais os certames e as contratações são submetidas a contínuas e permanentes práticas de gestão de riscos e controle preventivo.

Na primeira linha de defesa, temos a participação de servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

A segunda linha de defesa, é integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

A terceira linha de defesa, é integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

Quais condutas são esperadas dos integrantes das linhas de defesa?

Consoante já mencionado, as linhas de defesa visam obter práticas probas com o manejo de gestão de riscos e controle preventivo. Desta forma, quando os integrantes das linhas de defesa se depararem com práticas ilícitas ou indevidas devem tomar as condutas disposta no inciso I e II do art. 169 §3º, que envolve desde a capacitação de agentes públicos para evitar novas ocorrências de impropriedades até apuração e aplicação de penalidades administrativas, entre outras medidas.

Quem pode representar perante os órgãos de Controle Interno ou Tribunal de Contas em face de irregularidades?

Nos termos do § 4, do art. 179 da nova lei de licitações, qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação desta Lei.

É possível a suspensão cautelar de processo licitatório pelo Tribunal de Contas?

Sim. Todavia o art. 171 da nova lei de licitações estabelece alguns requisitos para a suspensão cautelar pelo Tribunal de Contas, quais sejam:

1. Dever de pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão e indicar objetivamente:

2. I - As causas da ordem de suspensão; II - o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência.

CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL

A nova lei de licitações aborda o tema de contratação direta no Capítulo VIII, Seção I – Dos Processos de Contratação Direta, em seus artigos 72 a 73. A contratação direta compreende os casos de dispensa e inexigibilidade.

O artigo 72 que trata de como deve ser instruído o processo de contratação direta, por si só já é uma novidade em relação ao que constava da Lei nº 8.666/93.

No rol de documentos que deverão instruir o processo de compra direta, alguns incisos fogem do óbvio e já previsto em legislação anterior. Transcrevo:

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

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

executivo;

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

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

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

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

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Já no primeiro inciso podemos verificar a possibilidade, caso seja necessário, de elaboração de estudo técnico preliminar. Tal necessidade pode significar uma mudança de cultura na Administração, ao forçar uma análise mais profunda da necessidade da contratação, bem como, do questionamento de qual a forma de melhor atender à necessidade existente, e que enseja a referida compra/contratação.

No caso da Inexigibilidade, a nova lei de licitações traz algumas situações em que poderá ser inexigível a licitação, além dos casos previstos na lei de licitações em seus artigos 25 e 13. São elas:

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

...

h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

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

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

§ 1º Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro do-

cumento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

§ 2º Para fins do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do caput deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

§ 5º Nas contratações com fundamento no inciso V do caput deste artigo, devem ser observados os seguintes requisitos:

I - avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;

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

*III - justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.
(Grifo nosso)*

A alínea “h” do inciso III do artigo 74 é uma novidade em relação aos serviços técnicos especializados, antes previstos no artigo 13 da Lei nº 8666/93. Há ainda, menção a contratações através do processo de credenciamentos, também não mencionado na Lei nº 8666/93, e a possibilidade de inexigibilidade para a aquisição ou locação de imóveis pela Administração, desde que dentro das hipóteses e exigências ali previstas.

Cumpra referir que na lei nº 8666/93 a compra/locação de imóveis era uma hipótese de dispensa, não de inexigibilidade, sendo tratada anteriormente no artigo 24, inciso X da referida lei.

Em relação à dispensa de licitação, tratada no artigo 75 da nova lei de licitações, há alteração dos valores previstos para as contratações. O inciso I do referido artigo traz o teto de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para as contratações de serviços de engenharia ou de manutenção de veículos automotores. E, o inciso II, por sua vez, traz o teto de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para outros serviços e compras.

Ressalto a inclusão da possibilidade de contratar via dispensa a manutenção de veículos automotores, anteriormente não prevista e que deve trazer grande agilidade à Administração, pois trata-se de serviço necessário e muitas vezes urgente.

No inciso III do mesmo artigo a nova lei de licitações trata da dispensa para os casos de emergência. Transcrevo:

Art. 75. É dispensável a licitação:

...

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

a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas;

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

Verificamos da leitura do dispositivo acima que, embora a possibilidade já existisse na lei anterior, a nova lei traz algumas novidades. Não há menção, por exemplo, que se deva demonstrar o prejuízo que a Administração teria caso tivesse que repetir a licitação, e, acrescentou que a licitação tenha se realizado há menos de um ano.

Algumas hipóteses de dispensa de licitação foram excluídas, em relação às que eram previstas na lei nº 8.666/93, das 35 hipóteses previstas na referida legislação, constam apenas 26 hipóteses na nova lei de licitações.

Um exemplo de hipótese excluída na nova lei de licitações é a da contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento. Neste caso, em

havendo rescisão contratual a Administração podia celebrar dispensa, sendo a mesma restrita aos participantes da licitação relativa ao contrato rescindido.

Cumprido, ainda, ressaltar a previsão do inciso XIII da Nova lei. Transcrevo:

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

Tal hipótese tinha previsão na lei nº 8.666/93. É importante referir que o profissional a ser contratado deve possuir notória especialização para integrar a comissão de avaliação de critérios de técnica.

FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO

Antes de ingressar no tema do crime em si, cumpre referir que apesar da nova lei de licitações só revogar as legislações vigentes em dezembro do corrente ano, a parte referente aos crimes prevista na nova lei já revogou a parte relativa ao tema nas legislações ainda vigentes.

O referido delito está tipificado no artigo 337-F do Código Penal, transcrevo:

Frustração do caráter competitivo de licitação

Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:

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

O objetivo do dispositivo é reprimir ações que possam frustrar ou fraudar a finalidade principal do processo licitatório que é a busca/obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

A pena fixada na nova lei é bem mais severa do que a que previa a lei nº 8.666/93. Na legislação anterior era prevista pena de detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa. A nova legislação, por sua vez, prevê pena de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos e multa.

Vejam como estava estabelecido na Lei nº 8.666/93:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito

de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Podemos verificar que a consumação do crime poderia ser considerada no momento do “ajuste” ou “combinação, passando a consumação para a efetiva frustração do caráter competitivo da licitação.

Alguns julgados demonstram tal entendimento:

“se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório” (cf.: REsp n. 1.498.982/SC, relator ministro Rogerio Schietti Cruz, 6º Turma, DJe 18/04/2016; RHC 74.812/MA, Relator ministro Joel Ilan Paciornik, Rel. p/ Acórdão Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5º Turma, DJe 04/12/2017; AgRg no REsp 1679993/RN, relator ministro Antonio Saldanha Palheiro, relator p/ acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, 6º Turma, DJe 16/04/2018).

O sujeito ativo é qualquer pessoa que pratique a ação, já que pode ser praticada por licitante, servidor público, ou, até mesmo por indivíduo que não participa do processo licitatório, mas intervém para obter a vantagem descrita no tipo penal. O sujeito passivo é o poder público.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

PATROCÍNIO DE CONTRATAÇÃO INDEVIDA

Art. 337-G. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Qual o conceito do delito?

Esse é um crime próprio, somente cometido por funcionário público, tendo similaridade com a advocacia administrativa, (CP, art. 321), porém prevalecendo sobre essa ao se verificar no fato típico as elementares normativas do tipo, que impliquem em a) instauração de licitação ou concretização de um

contrato, e b) sua invalidação pelo Poder Judiciário.

Qual a alteração trazida pela Lei 14.133?

O art. 91 da Lei 8.666/1993 já previa esse tipo penal, mas cuja pena máxima era de 2 anos de detenção, sendo que a Lei 14.133 aumentou essa pena para o máximo de 3 anos de reclusão e multa ou seja, agora permite o início de cumprimento em regime fechado. Atendendo a irretroatividade da lei penal, a nova pena somente pode ser aplicada para condutas posteriores à sua vigência.

Qual o objeto e os sujeitos?

O objeto jurídico protegido pelo tipo penal é claramente o funcionamento regular da Administração Pública, a higidez de seus atos e os valores constitucionais que o regem, como a legalidade, impessoalidade e a moralidade administrativa.

O sujeito ativo do delito é o funcionário público, tal como descrito no art. 327 do Código Penal, sendo, porém, possível a participação de particular no mesmo tipo penal em caso de concurso de pessoas (art. 29 do CP).

O sujeito passivo é o Estado enquanto Administração Pública, tal como definido no art. 6º III, da Lei 14.133, ou seja a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e as fundações por ele instituídas ou mantidas. É possível haver um sujeito passivo secundário, como por exemplo no caso de algum licitante ou contratante ter sido ilicitamente preterido.

Qual é a tipicidade e conduta?

A tipicidade é objetiva, sendo que o núcleo do tipo é justamente “patrocinar” ligando-se ao seu objeto material que se revela no “interesse privado” patrocinado, independente desse ser legítimo ou ilegítimo, desde que dê causa a instauração de uma licitação ou concretize um contrato.

O tipo subjetivo é de dolo, sem necessidade especial no agir, ou seja não exige qualquer intenção especial além do dolo normal do crime, inexistindo o tipo culposo por falta de previsão legal.

A conduta típica não se restringe ao próprio órgão ou repartição onde

está lotado o funcionário público, podendo esse praticar o patrocínio ilegal em outro órgão ou ente estatal. Da mesma forma, pode ocorrer por ação direta do funcionário público, ou indireta, no caso desse utilizar uma terceira pessoa, desde que claramente em seu nome para concretizar o ilícito, como o uso de um “testa de ferro”.

Para consumação do tipo, e como especialização sobre outras formas de advocacia administrativa, é absolutamente necessário que tenha sido instaurado um procedimento licitatório ou que se tenha celebrado um contrato administrativo (com ou sem licitação prévia) e sobre o qual tenha havido um pronunciamento judicial com trânsito em julgado, ou seja, definitivo que reconheça sua ilegalidade ou nulidade. Por isso, o mero reconhecimento administrativo de sua invalidação não é suficiente para configurar o crime, devendo ser esse objeto de um procedimento judicial, em qualquer órgão judiciário, desde que definitivo, que se constitui uma condição objetiva de punibilidade.

Assim, ao contrário da advocacia administrativa, que é crime formal, o patrocínio de contratação indevida é crime material, eis que depende de um resultado naturalístico, e como tal admite, ao menos em tese, a tentativa.

MODIFICAÇÃO OU PAGAMENTO IRREGULAR EM CONTRATO ADMINISTRATIVO

Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Qual o conceito do delito?

Este é um delito que somente pode ocorrer em fase posterior à própria licitação, durante a fase de execução do contrato. A redação do artigo aglutinou duas condutas separadas: A primeira remete à modificação irregular de contrato administrativo (via aditivo, por exemplo), em que se exige o elemento normativo do tipo, no caso a ausência de autorização em lei, no edital ou nos seus instrumentos contratuais e o efetivo favorecimento do contratado para sua consumação. Sendo um tipo penal misto alternativo, a prática de apenas uma

das condutas (admitir, possibilitar ou dar causa) é suficiente para a consumação do delito, e caso ocorram mais de uma ao mesmo tempo será considerado um único crime.

A segunda conduta é o pagamento de fatura ou qualquer débito contratual fora da ordem cronológica prevista na própria Lei, ocorrendo o crime se o agente despreze a ordem pré-estabelecida e antecipar pagamento, violando a própria impessoalidade. Importa que a sua consumação ocorre apenas com o efetivo pagamento do beneficiário.

Caso ocorram ambas as condutas (ou seja uma alteração irregular e o pagamento antecipado) deve ser considerada como concurso material, e as penas devem ser somadas.

Qual a alteração trazida pela Lei 14.133?

A nova redação é similar ao revogado art. 92 da Lei 8.666/93, que previa tipo penal semelhante, mas cuja pena era de 2 a 4 anos de detenção, sendo que a Lei 14.133 aumentou essa pena para 4 a 8 anos de reclusão, ou seja, além de grande aumento da pena, ela passa a ter início em regime fechado. Da mesma forma, atendendo a irretroatividade da lei penal, a nova pena somente pode ser aplicada para condutas posteriores à sua vigência.

Uma situação a ser observada é que, apesar da taxativa proibição de “pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade” a própria Lei 14.133/21 cria situações de excepcionalidades.

Isso por que, ao mesmo tempo em que o art. 141 estabelece o dever da Administração de seguir uma “ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos”, ou seja uma programação de pagamentos, dividida em categorias contratuais: I — fornecimento de bens; II — locações; III — prestação de serviços; IV — realização de obras, o seu §1º prevê a possibilidade de alteração dessa mesma a ordem, desde que haja “prévia justificativa da autoridade competente e posterior comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao tribunal de contas competente”, passando a enumerar taxativamente quais são as situações de fato que autorizam a alteração e antecipação de pagamento.

Isso deve inspirar cuidados do agente público, no âmbito cível ou criminal, sobre o alcance e interpretação sobre conceitos jurídicos indeterminados que constam nessas “exceções”, como “grave perturbação da ordem” e “situação de emergência”, por exemplo, que autorizariam a antecipação, e que podem depender de análises externas e estar muito bem fundamentados.

Qual o objeto e os sujeitos?

A Administração Pública, quando contrata com terceiros o faz atendendo ao princípio da legalidade, mediante atos celebrados conforme a previsão legal e os respectivos instrumentos licitatórios. Assim, tais previsões legais, editalícias e contratuais devem ser respeitadas, prevendo-se as exceções e possibilidades de alterações na Lei ou nos próprios os instrumentos da contratação. Por isso, o crime em questão consiste exatamente na alteração ou na vantagem que favorece o contratado, sem que haja autorização na lei, na licitação ou no contrato, ou ainda efetuar seu pagamento fora da ordem cronológica prevista para o caso.

Assim a tipificação protege a legalidade, a boa-fé a moralidade, a igualdade, a isonomia e o erário da Administração Pública, garantidas pela legislação e pelas condições editalícias, que permitem a seleção da melhor proposta, assim como a previsibilidade e a ordem dos pagamentos públicos garantem a higidez do erário.

O sujeito ativo é o servidor ou agente público que provocar a irregularidade, ou que operar ou determinar o pagamento fora da ordem cronológica definida. Apesar de não constar no artigo a conduta de “admitir” indica que somente poderia ser executada por um agente ou autoridade pública que possua efetivamente as atribuições e competências para tal “admissão” da alteração, sendo portanto, modalidade de crime próprio, enquanto os verbos “possibilitar” e “dar causa”, poderiam ser classificados de crime é comum, já que não seriam necessariamente atribuídos exclusivamente a um funcionário público. Quanto à figura do pagamento irregular, o crime é próprio de funcionário público, em qualquer caso, a execução deve ser direta e dolosa.

O contratado ou beneficiado pela alteração irregular que tenha concorrido para o crime, em qualquer conduta será considerado partícipe do crime e responder em concurso de pessoas previsto no art. 29 do CP.

PERTURBAÇÃO DE PROCESSO LICITATÓRIO, AFASTAMENTO DE LICITANTE E FRAUDE EM LICITAÇÃO OU CONTRATOS

O próximo assunto será explicado por meio de colunas. Importante frisar que o artigo 178 da Lei nº 14.133/21 iniciou sua vigência no dia da publicação, ou seja, a partir de 1º de abril de 2021 o Título XI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal passou a vigorar acrescido do Capítulo II-B – Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos. Com a inclusão deste novo capítulo ao Código Penal a Lei endurece os crimes e as penas relacionadas à licitação.

	Perturbação de processo licitatório	Afastamento de licitante	Fraude em licitação ou contrato
Dispositivo legal	Art. 337-I	Art. 337-K	Art. 337-L
Conduta	Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório.	Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.	Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante: I - entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;

			<p>II - fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;</p> <p>III - entrega de uma mercadoria por outra;</p> <p>IV - alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;</p> <p>V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato.</p>
Pena	Detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.	Reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.	Reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

<p>Pena cominada</p>	<p>A pena de multa cominada seguirá a metodologia de cálculo prevista nos artigos 49 a 52 do Código Penal e não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.</p>	<p>A pena de multa cominada seguirá a metodologia de cálculo prevista nos artigos 49 a 52 do Código Penal e não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.</p>	<p>A pena de multa cominada seguirá a metodologia de cálculo prevista nos artigos 49 a 52 do Código Penal e não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.</p>
<p>Conceito</p>	<p>O andamento regular do processo licitatório é fundamental para que sejam preservados o interesse público e os princípios administrativos, portanto a conduta viola a boa-fé, a moralidade e a lisura da licitação, o que fundamenta a proteção em uma tipificação penal.</p>	<p>Busca-se tutelar e proteger a fiel regularidade e a lisura do procedimento licitatório e, conseqüentemente, os princípios que justificam a licitação, como por exemplo, a igualdade, a isonomia e a moralidade. Ocorrendo a eliminação da participação do licitante do procedimento licitatório impossibilita a competitividade e a escolha da proposta mais vantajosa para a administração pública.</p>	<p>É um crime de ação vinculada, já que se refere na fraude de licitação ou contrato através das condutas listadas nos incisos do artigo. Podemos dizer que é um estelionato licitatório com o objetivo de lesar a Administração pública.</p>

Objeto jurídico	Proteção da moralidade administrativa e igualdade nos procedimentos licitatórios.	Proteção da moralidade administrativa, pois o tipo penal busca garantir e assegurar, principalmente, a participação igualitária dos concorrentes.	Proteção da moralidade administrativa, sobretudo garantir e assegurar a respeitabilidade, a probidade e a integridade do certame licitatório, impedindo que meios fraudulentos tornem o contrato oneroso para a Administração pública.
Sujeito ativo	Qualquer pessoa pode cometer a conduta	Qualquer pessoa pode cometer a conduta	Qualquer pessoa pode cometer a conduta
Sujeito passivo	Pessoa jurídica de direito público ou de direito privado ou, ainda, qualquer pessoa lesada, tanto pelo sujeito ativo quanto pelo sujeito passivo secundário.	Pessoa jurídica de direito público ou de direito privado ou, ainda, qualquer pessoa lesada, tanto pelo sujeito ativo quanto pelo sujeito passivo secundário.	Pessoa jurídica de direito público ou de direito privado ou, ainda, qualquer pessoa lesada, tanto pelo sujeito ativo quanto pelo sujeito passivo secundário.
Espécie de ação penal	A ação penal é pública incondicionada.	A ação penal é pública incondicionada.	A ação penal é pública incondicionada.
Elemento subjetivo	Dolo genérico e consiste na vontade conscientemente de impedir, perturbar ou fraudar licitação, sendo sem relevância os motivos ou os fins do agente.	Dolo, que corresponde à vontade livre e consciente de realizar a conduta de afastar o licitante do certame ou se abster ou desistir de licitar em razão de vantagem oferecida.	Dolo, que corresponde à vontade livre e consciente de fraudar licitação ou contrato.

Momento de consumação do delito	Com o ato efetivo de impedimento, perturbação ou fraude da concorrência.	No exato momento em que o agente ativo afasta o licitante do certame ou se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.	Prejuízo efetivo a Administração pública. Portanto, se não houver prejuízo não haverá crime.
Admite tentativa	Sim	Não, pois só ocorre quando ocorre o resultado.	Sim
Classificação	Crime comum, doloso, já que não admite punição a título de culpa, material, vinculado sendo cometido por impedir, perturbar ou fraudar, instantâneo, de dano, ou seja, se consuma apenas com a efetiva lesão do bem jurídico tutelado. Pode ser praticado por um só agente. Vários atos podem integrar a conduta.	Crime comum, doloso, formal, vinculado, de dano, ou seja, se consuma apenas com a efetiva lesão do bem jurídico tutelado. Pode ser praticado por um só agente. Vários atos podem integrar a conduta.	Refere-se a um crime comum, de natureza material, de forma vinculada, onde se observa as condutas descritas nos incisos do artigo, comissivo e, excepcionalmente, comissivo por omissão, onde o resultado ocorre de forma instantânea, de dano ao erário. Pode ser praticado por um só agente. Vários atos podem integrar a conduta.

OMISSÃO GRAVE DE DADO OU DE INFORMAÇÃO POR PROJETISTA

Qual o conceito do delito de omissão grave de dado ou de informação por projetista?

O crime licitatório é omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse e está previsto no artigo 337-O do Código Penal Brasileiro. Este delito é uma inovação na Lei 14.133/21.

A modalidade de diálogo competitivo (artigo 32) e o procedimento auxiliar de manifestação de interesse (artigo 81) são situações novas trazidas na Lei 14.133/21.

Qual o objeto jurídico do delito de omissão grave de dado ou de informação por projetista?

O objeto jurídico deste tipo penal é a proteção dos interesses da Administração Pública, no que tange à integridade do processo licitatório, planejamento e seleção das propostas que sejam mais vantajosas para a Administração.

Quem é o sujeito ativo do delito de omissão grave de dado ou de informação por projetista?

Em regra, o sujeito ativo é o licitante ou contratado. Nada impede, entretanto, a participação do agente público encarregado da licitação. O crime pode ser praticado também por terceiros, já que o próprio tipo penal não requer uma qualidade especial do sujeito ativo, inclusive prevendo uma das condutas como “entregar”, o que permite a punição de qualquer outra pessoa diversa do projetista.

Quem é o sujeito passivo do delito de omissão grave de dado ou de informação por projetista?

O sujeito passivo é o Estado, ou de uma forma mais específica, a Administração Pública. Secundariamente, pode ser sujeito passivo a pessoa eventualmente prejudicada.

Qual a espécie de ação penal do delito de omissão grave de dado ou de informação por projetista?

Trata-se de ação penal pública incondicionada. Considerando que a pena mínima é de seis meses, neste caso poderá haver a suspensão condicional do processo, cujas regras de cabimento estão previstas no artigo 89 da Lei 9.099/95. Também pode haver a conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direito, com o preenchimento das condições previstas no artigo 44 do Código Penal Brasileiro.¹

Por fim, caberá também analisar a possibilidade de acordo de não persecução penal nos termos do artigo 28-A do Código de Processo Penal Brasileiro.²

¹ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998).

² 28-A do Código de Processo Penal, em não sendo caso de arquivamento da investigação, se o investigado tiver confessado a prática da infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal.

Qual a pena cominada ao delito de omissão grave de dado ou de informação por projetista?

A pena a ser aplicada no caso do delito é de reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa. E se o crime é praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem, aplica-se em dobro a pena prevista.

Qual o elemento subjetivo do delito de omissão grave de dado ou de informação por projetista?

O elemento subjetivo é o dolo, não sendo punida a modalidade culposa por falta de previsão legal. Pode-se falar, ainda, em um elemento subjetivo específico, caracterizado pelo intuito de frustrar o caráter competitivo da licitação ou prejudicar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Qual o momento de consumação do delito de omissão grave de dado ou de informação por projetista?

Este delito é um tipo formal, pois não exige dano ao erário para sua consumação. Assim o mesmo se consuma quando o sujeito ativo omite, modifica ou entrega intencionalmente (dolo) à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade. Além disso, para que se configure o crime é necessário que as condutas comitivas ou omissivas se deem no âmbito de contratação de projeto básico, executivo ou anteprojecto em qualquer modalidade licitatória da Lei 14.133/21; no âmbito da modalidade de diálogo competitivo ou no âmbito da manifestação de interesse.

Admite-se a tentativa no delito de omissão grave de dado ou de informação por projetista?

Trata-se de um crime doloso, onde é necessária a intenção por parte do sujeito ativo da conduta ou omissão. Não há previsão de modalidade culposa, porém se admite a tentativa para as condutas de modificar ou entregar, exceto para o caso da omissão, por ser um tipo omissivo próprio.

Qual a classificação doutrinária do delito de omissão grave de dado ou de informação por projetista?

A classificação doutrinária é de crime simples (ofende um único bem jurídico); comum (pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (necessário apenas a conduta ou omissão danosa); comissivo e omissivo (verbos de ação e omissão); permanente (prolongamento do momento do crime); plurisubsistente (consumação se desdobra em vários atos); crime de perigo abstrato (não exigem a lesão de um bem jurídico ou a colocação deste bem em risco real e concreto, descrevem apenas o comportamento).

Referências:

Licitações e Contratos Administrativos, Teoria e jurisprudência, Victor Aguiar Jardim de Amorim, 4ª Edição;

Escola Nacional Administração Pública – Procedimentos Auxiliares na Nova Lei de Licitações;

Nova lei de licitações esquematizada - Prof Herbert Almeida;

Lei 14.133/21.

