

[Provisório]

Fernanda Marinela
Rogério Sanches Cunha

Manual de
LICITAÇÕES
E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS

4a

edição

revista
atualizada
ampliada

2024

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

Contexto legislativo

1. CENÁRIO LEGISLATIVO

O procedimento licitatório sempre esteve previsto em diversos diplomas legais, cenário que é importante esclarecer.

As normas de licitação, até data bem recente, eram a Lei nº 8.666/93, complementada pelo Lei nº 10.520/02 que disciplina especificamente a modalidade pregão e a Lei nº 12.462/11 que disciplina o Regime diferenciado de Contratações do Poder Público. Além desses diplomas, também registramos a Lei nº 12.232/10 que disciplina a contratação de serviços de publicidade e a Lei nº 13.303/16 que cuida especificamente do regime das empresas públicas e sociedades de economia mista incluindo o tema de Licitação e Contratos. Além dos diplomas que regem as concessões comuns e especiais de serviços públicos, as Leis nº 8.987/95 e a Lei nº 11.079/04 que também regulamentam as licitações nesses casos.

Em abril de 2021, foi publicada a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, aprovada pelo Congresso Nacional no dia 10 de dezembro de 2020 (PL 4253) e levada à Presidência da República, sendo sancionada sob o número 14.133/2021. Trata-se do Projeto de Lei, PL nº 4253/20, que é resultado de um longo histórico de outros projetos, que foram anexados a este para consolidação, a exemplo dos PLs 1.292/95, 6.814/17 e 559/13 do Senado, além de cerca de 200 outros processos pensados. Vale observar que o projeto foi objeto de 28 vetos espalhados por todo o texto, sendo que quatro deles foram rejeitados pelo Congresso Nacional, mantendo-se a redação originariamente aprovada.

A nova lei se qualifica como norma geral para as Licitações e Contratações Públicas no Brasil, sendo um diploma legal com relevantes consequências no ordenamento jurídico e grandes repercussões no sistema de contratações com o Poder Público.

A ideia de uma nova legislação é acolhida de forma positiva, primeiro pela consolidação em um único diploma das normas gerais de licitação, abarcando todas as modalidades licitatórias previstas no ordenamento brasileiro, superando o desafio vivido por muitos operadores do direito, servidores públicos e empresários, de ter que trabalhar com uma verdadeira “colcha de retalhos” com diversas leis, decretos, portarias e outros atos regulamentares estabelecendo regras para o processo de contratação pública.

De fato, parece-me evidente, que a junção de todas as normas de licitação e contratação em um só diploma legal é um elemento favorável, simplificando a atividade daqueles que deverão consultar o ordenamento, buscando a saída mais adequada para cada situação concreta. Lembrando sempre que muitos membros de comissões de licitação, assim como os próprios licitantes não são operadores do direito e para os leigos essa organização ajuda muito.

Com essa novidade é importante entender como fica o conjunto normativo anterior e qual o âmbito de aplicação desse novo diploma legal, o que passaremos a detalhar nos tópicos seguintes.

2. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

A competência para legislar sobre licitação está prevista no art. 22, XXVII, da Constituição Federal, o qual estabelece que **competete privativamente à União** legislar sobre normas gerais de licitação e contratos administrativos, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, observando o art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, observando o art. 173, § 1º, III, todos da CF.

Respeitando a previsão acima apontada, cabe à União a definição das normas gerais sobre o assunto, tendo todos os entes competência para legislar sobre normas específicas. Todavia, essas competências legislativas têm abrangências diferentes (RE 423.560, STF). Por exemplo, quando a União cria norma geral, esta é de âmbito nacional, aplicável em todo o território e para todos os entes da federação, o que não acontece na lei que

define norma específica, porque nesse caso, a norma só atinge o próprio ente que a legislou. Sendo assim, quando a União faz norma geral, todos devem observar e, quando legisla sobre norma específica, essa lei somente será aplicável à própria União, o que se denomina lei federal.

Entretanto, o grande problema é a definição de quais regras são normas gerais e quais são normas específicas. Para a doutrina, são normas gerais os preceitos que estabelecem os princípios, os fundamentos, as diretrizes, enfim, os critérios básicos conformadores das leis que necessariamente terão de sucedê-las para completar a regência da matéria. Em regra, são preceitos que podem ser aplicados uniformemente em todo o país, vale dizer, são nacionalmente utilizados. Todavia, na prática, a sua identificação não é tão simples assim. Observe decisão do STF:

(...) A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, XXI da Constituição, assegurando “a igualdade de condições de todos os concorrentes”. Precedentes. Dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho/MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de tema dos mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal. A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes. Inexistência de ofensa ao princípio da legalidade ou de invasão da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação. Recurso extraordinário provido (RE 423.560, STF – Segunda Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento: 29.05.2012, Acórdão eletrônico *DJe* 19.06.2012).

Durante quase vinte anos a norma geral de Licitações e Contratos Administrativos era a Lei nº 8.666/93. Analisando alguns dispositivos dessa lei o Supremo Tribunal Federal aponta problemas de inconstitucionalidade quanto à sua abrangência.

No julgamento da ADI 927¹, o STF, em sede de cautelar, reconhece que a União extrapola a sua competência para legislar sobre normas gerais, definindo, também, normas específicas. Nesse caso, a Corte reconhece que certos dispositivos definem normas específicas e, por isso, só são aplicáveis à própria União, representando somente uma lei de âmbito federal, e não nacional, podendo os demais entes também legislar sobre o assunto. Sendo assim, a decisão reconheceu a constitucionalidade dos dispositivos, se interpretados conforme a Constituição. Dessa forma, eles são constitucionais para a União enquanto norma específica e são inconstitucionais para os demais entes, que também gozam dessa competência legislativa. Essa orientação foi aplicada para o art. 17 da lei que cuida sobre alienação de bens públicos, especialmente no caso do inciso I, alíneas “b” e “c”, e § 1º e no inciso II, alínea “b”. Nessa oportunidade, houve a tentativa de definir a extensão do conceito de “normas gerais”, sem que o resultado fosse totalmente satisfatório.

Registre-se que a Suprema Corte, em 2023, julgando o RE 910.552/MG, pela sistemática da repercussão geral, no Tema 1001, analisando a competência dos municípios para legislar sobre a matéria de nepotismo no âmbito das contratações, reafirma que estes entes federativos dispõem de “competência legislativa suplementar, em matéria de licitação e contratação pública, para atender às suas peculiaridades locais, desde que respeitadas as normas gerais estabelecidas pela União e os princípios constitucionais da Administração Pública”².

Ressalte-se, por fim, que a Lei n. 8.666/93 não esgotou a competência legislativa da União para editar normas gerais sobre a matéria. Assim, nada impede que a União edite outras leis, disciplinando o mesmo tema e com a mesma abrangência nacional, o que foi feito com a introdução da Lei do Pregão, Lei n. 10.520/2002. A competência para produzir “normas gerais” não significa o dever de concentrar todas elas em um único diploma legislativo.

1. **ADI 927- – EMENTA: CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA.** Lei n. 8.666, de 21-06-1993. I. – Interpretação conforme dada ao art. 17, I, “b” (doação de bem imóvel) e art. 17, II, “b” (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, “c” e par. 1. do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. II. – Cautelar deferida, em parte” (ADI 927 MC/RS, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, rel. Min. Carlos Velloso, Julgamento 03-11-1993, Tribunal Pleno, DJ 11-11-1994, p. 30.635, Ement. v. 01.766-01, p. 39). Esta ação ainda não foi julgada em definitivo.
2. Precedentes citados: ADI 3.059; ADI 927; RE 423.560; ARE 648.476 AgR; RE 1.159.577 AgR; ADI 3.735; ADI 3.670 e ADI 2.990.

Para os contratos administrativos, tal rótulo é atribuído também à Lei n. 8.987/95 e à Lei n. 11.079/2004.

Além dessas regras gerais, que servem para todos os entes e todas as formas de contratação, o legislador vem definindo normas gerais para contratações específicas, como o que ocorreu com a Lei n. 12.232/10, que dispõe sobre licitação e contratação pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, além de outras providências.

Adotando o mesmo raciocínio, no ano de 2011, foi aprovado o RDC – Regime Diferenciado de Contratação –, previsto na Lei n. 12.462, de 05.08.2011, que foi instituído inicialmente, de forma exclusiva, para as licitações e contratos necessários à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, além das obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos referidos mundiais. Ocorre, porém, que a lei já sofreu inúmeras alterações, sendo a aplicação do RDC ampliada para novas hipóteses, tais como as licitações e contratos necessários à realização das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e nas obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e no Sistema Único de Saúde (SUS), além de outros³.

Regras de licitações e contratações públicas foram introduzidas pela Lei n. 13.303/2016, que instituiu o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Em 2021, vem a nova lei, também chamada por alguns de Marco Legal das Licitações e Contratos Administrativos no país, a Lei nº 14.133/2021 que visa modificar esse cenário legislativo no país sobre o tema, concentrando todas as regras em um único diploma legal, visando manter coerência entre os diversos institutos, buscando mais eficiência nas contratações públicas, acolhendo instrumentos inovadores que tinham sido inseridos em outros diplomas aprovados após da Lei nº 8.666, modernizando a legislação.

A nova Lei se aplica de modo homogêneo em todos os níveis federativos, adotando a previsão do art. 22, XXVII, da CF, assim, apenas o que não

3. A Lei do RDC foi questionada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4645 e 4655, porém o STF a declarou constitucional.

pode ser enquadrado como norma geral é que pode ser objeto de normas específicas em níveis estaduais ou municipais. Todavia, a discussão sobre a abrangência da expressão “norma geral” continua sem definição, sem conceito claro, o que justifica a utilização das construções jurisprudenciais e doutrinárias realizadas com a lei velha.

Desde já, podemos apontar alguns dispositivos que, necessariamente, deverão ser observados por todos os entes federativos: os princípios e as diretrizes gerais estabelecidas nos arts. 1º a 5º e 11; a definição das modalidades de licitação, consoante estipulado no inciso XXVII do art. 22 da CF; os critérios de julgamento dispostos no art. 33; os critérios de preferência e de tratamento diferenciado regulamentados no art. 60; os requisitos máximos de habilitação fixados nos arts. 66 a 69; a garantia de qualquer cidadão em impugnar o ato convocatório e solicitar esclarecimentos (art. 164); a previsão dos atos decisórios passíveis de interposição de recurso administrativo contida no inciso I do art. 165; os prazos mínimos para a interposição dos recursos e a taxatividade dos casos de dispensa de licitação (art. 75).

Outrossim, no que se refere aos detalhes atinentes à regulamentação dos procedimentos licitatórios, desde que preservem os princípios, as diretrizes, a estrutura substancial do procedimento e o núcleo essencial dos requisitos de participação e direitos dos licitantes estabelecidos na Lei nº 14.133/2021 poderão ser normatizados de maneira específica pelos Estados, Distrito Federal e Municípios naquilo que lhes for peculiar. Desse modo, podem ser estabelecidos pelos demais entes federativos, mediante regulamentação própria: a definição de prazos e requisitos adicionais de publicidade dos editais e contratos; o iter procedimental relativo à ordem de realização das etapas da licitação; a forma e prazos de interposição dos recursos administrativos, desde que respeitados os limites mínimos traçados pelo art. 165 da Nova Lei; o procedimento e condições para alienação dos bens pertencentes à Administração dos Estados, DF e Municípios (arts. 76 e 77); a regulamentação sobre registros cadastrais e catálogos de padronização e a regulamentação acerca dos procedimentos auxiliares.

Como dito acima, alguns outros aspectos ensejarão discussões assim como ocorreu na Lei n. 8.666/93. Dentre eles, já se questiona se as exigências estabelecidas aos agentes públicos de contratação seriam ou não de observância obrigatória por todos os entes federativos. O mestre Adilson Abreu Dallari antecipou sua opinião em artigo publicado em site da internet tecendo os seguintes comentários:

Os Arts. 7º a 10 dispõem sobre agentes públicos, que não é, exatamente, matéria de licitação, mas, sim, de organização administrativa, descendo a detalhes, tais como o agente de contratação, a comissão de contratação e a gestão por competências, que, certamente, serão de difícil aplicação em alguns Estados e na maioria dos Municípios. De resto, podem configurar inconstitucionalidade, na medida em que, ao estabelecer impedimentos e obrigações para agentes públicos, afetam a autonomia administrativa das unidades da federação⁴.

Alguns estudiosos têm entendido que somente o *caput* do art. 8º da Lei n. 14.133/2021 poderia ser considerada “norma geral” tendo em vista ser norma originária do pregão (art. 3º, IV, da Lei nº 10.520/2002). No entanto, os demais requisitos subjetivos exigidos para os servidores que não estejam compreendidos essencialmente no procedimento das contratações públicas, caberia aos entes federativos regulamentarem, face a previsão do art. 22, XVII, da Constituição, sob pena de afetar questões internas de organização administrativa de todos os órgãos e entidades, atingindo, por conseguinte, as respectivas autonomias administrativas. Assim, ao longo da implementação da nova lei é que teremos com maior concretude uma definição de tais aspectos.

Nesse cenário, interessante são as lições do Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao apontar as características essenciais para que uma norma seja considerada *geral*: a norma estabelece princípios e linhas mestras, não podendo entrar em detalhes, são uniformes para todas as situações homogêneas, devem referir-se a questões fundamentais, não podem violar a autonomia dos Estados e não são de aplicação direta.⁵ À guisa de ilustração, portanto, podemos elencar, a *contrário sensu*, como normas específicas passíveis de regulamentação pelos demais entes federativos: definição de prazos e requisitos adicionais de publicidade dos editais e contratos, iter procedimental relativo à ordem de realização das etapas da licitação, o procedimento dos recursos administrativos, procedimento e condições para alienação dos bens, regulamentação dos procedimentos auxiliares.

4. DALLARI, Adilson Abreu. Análise crítica das licitações na Lei 14.133/21. Consultor Jurídico, abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-29/interesse-publico-analise-critica-licitacoes-lei-1413321>>.

5. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. Revista de Informação Legislativa, v. 25, n. 100, p. 127-162, out./dez. 1988.

Por fim, convém registrar, ainda, que também em 2021, foi aprovada a Lei Complementar nº 182, que, dentre outras regulamentações, disciplinou a licitação e a contratação de soluções inovadoras pela administração pública, objetivando incentivar as *startups*, para tanto, foi criado um novo procedimento licitatório para a celebração do denominado Contrato Público para Solução Inovadora (CPSI), cujos detalhes serão analisados posteriormente.

3. LEI Nº 14.133/2021

3.1. Aspectos positivos e negativos da nova lei

No contexto da edição de um novo ordenamento jurídico se torna relevante analisar, ainda que de forma prematura, considerando a aprovação recente da lei e sua implementação gradativa, alguns pontos positivos e negativos, que serão aprofundados no decorrer do nosso livro.

Conforme já foi dito nos tópicos anteriores, alguns estudiosos comemoraram e outros nem tanto.

Para os críticos da nova lei, o legislador deveria ter feito muito mais, para um “novo” diploma geral das contratações públicas no Brasil eram esperados maiores avanços, com efetiva modernização das licitações e dos contratos, em especial com a redução dos custos dos procedimentos e transações, com um modelo mais dinâmico compatível com a realidade de mercado.

De outro lado, para os estudiosos que olham de forma positiva a nova lei, existem diversos avanços. De forma objetiva, o primeiro benefício foi a consolidação em um único diploma legal das normas gerais de licitação editadas nos últimos vinte anos. Facilitando a vida dos operadores do direito, dos servidores públicos que atuam nessa área e dos licitantes que, muitas vezes se sentiam embaraçados no grande emaranhado de normas que cuidavam desse assunto. Portanto, essa organização já é um avanço para a licitação no país.

Um outro ponto interessante, decorre do fato de que quando o Regime Diferenciado Contratações foi introduzido em 2011 ele já teve o papel de incorporar algumas orientações consolidadas pelo Tribunal de Contas da União e outros órgãos de controle, resultado do trabalho realizado por esses órgãos desde a publicação da Lei nº 8.666/93, o que foi reproduzido

na nova lei. Além desses avanços, a nova regra incorpora também normativos editados pelo Ministério da Economia, além de decisões judiciais que modernizaram o instrumento todo esse período.

Também importante registrar algumas incorporações positivas que iremos tratar nesse trabalho, tais como, a ampliação do rol de definições dos termos utilizados pela lei, o que evita muitas discussões e divergências. A inserção, na sequência dos procedimentos, da inversão das fases da licitação e fase recursal única, ao final, aceleram a obtenção do resultado do processo e geram economia para o Poder Público.

A adequação das modalidades licitatórias e suas aplicações também é um avanço. Nesse caso foram excluídas as modalidades tomada de preços e convite, com a inclusão da modalidade diálogo competitivo, além da adequação quanto às regras de aplicação de cada uma delas, mudanças que flexibilizam o rigor para alguns tipos de contratos.

Outro aspecto inovador é quanto ao limite de valor para definição da modalidade licitatória que não será mais utilizado, tendo como parâmetro, no novo regime, a qualidade do objeto e o regime de execução, o que impacta em futuras alterações contratuais, quando formalizado o contrato, considerando que na Lei nº 8.666, as alterações só eram possíveis quando não ultrapassavam o limite de valor da modalidade escolhida, sendo muitas vezes um entrave para a recomposição de preços na efetivação do equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

A nova lei também amplia o leque do regime de execução e o modo de disputa aberto, fechado ou combinado, dando a Administração a possibilidade de maior adequação do procedimento que mais atende cada situação concreta. No mesmo viés, a estruturação da fase de planejamento e a definição dos procedimentos auxiliares, tais como: o credenciamento, a pré-qualificação, a manifestação de interesse e o registro de preços também aperfeiçoam a gestão pública, viabilizando maior eficiência. O procedimento feito preferencialmente na forma eletrônica amplia a competitividade e permite a redução dos preços das propostas apresentadas.

No tocante às contratações diretas, a ampliação da inexigibilidade de licitação decorrente de fornecedor exclusivo (art. 74, I), também para a contratação de serviços; o estabelecimento da aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha, como hipótese de inexigibilidade de licitação (art. 74, V); e a

fixação do limite temporal para a dispensa decorrente de licitações deserta e fracassada (art. 75, III) também são elementos vistos positivamente.

Na seara dos contratos administrativos destacamos como avanço a previsão da remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega. A ampliação das categorias de garantia contratual, alocação de riscos para efeito de manutenção do equilíbrio contratual e alargamento da vigência contratual são também relevantes. No que tange à matriz de riscos a ideia é fixar da forma mais eficiente possível qual a responsabilidade do contratante e contratado, já que essa matriz está ligada diretamente ao fluxo do orçamento.

Para alguns estudiosos, a nova lei pode causar uma verdadeira revolução no ambiente negocial brasileiro, pois não apenas as empresas interessadas em firmar contratos com a Administração Pública terão que implementar sistemas efetivos de integridade, bem como aquelas que demonstrarem interesse em contratar com as vencedoras em tais licitações. Assim, a mudança é geral, criando-se uma justa expectativa de serem mitigadas os malefícios da corrupção que mata tantos brasileiros, agindo de forma preventiva, na iniciativa privada e no Poder Público.

Vale por fim, destacar ainda, os avanços da nova Lei de Licitações quanto à publicidade. A criação do Portal Nacional das Contratações Públicas permitirá o maior controle social da destinação dos recursos públicos em todo país. O portal também irá amplificar o acesso às informações quantos aos valores praticados para os diversos bens e serviços e em diferentes regiões do nosso Brasil continental, viabilizando contratos mais econômicos para os entes públicos.

Também aparecem pontos de alerta, logo há necessidade de cuidados, desde a precificação até a medição, em caso de obras, em razão das experiências passadas que criaram distorções com impacto negativo para a eficiência dos contratos de resultado em regime de orçamento.

Quanto aos procedimentos, é preciso atenção para não frustrar a eficiência mediante má utilização dos modos de disputa aberto, fechado e combinado. Assim, o gestor deverá ter cuidado na indicação da modalidade licitatória, na fase preparatória; na escolha do critério de julgamento; na adoção do modo de disputa e na adequação e eficiência da forma de

combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, conforme a exigência da nova lei.

No que tange ao aspecto criminal (e que será aprofundado no capítulo respectivo), a Lei 8.666/93 previa para todos os crimes pena de detenção, o que impedia o início do cumprimento da pena em regime fechado. Analisando os tipos inseridos pela nova Lei, apenas os arts. 337-I e 337-J continuam apenados com detenção. Nos demais, portanto, é admissível o regime inicial fechado na execução da pena. Esse maior rigor era esperado para a proteção eficiente do bem jurídico objeto da norma. Aliás, ao migrar os crimes da Lei especial para o Código Penal, mais precisamente no Título dos Crimes Contra a Administração Pública, os condenados, para a progressão de regime de cumprimento de pena, deverão observar a condição do art. 33, §4º., do CP, qual seja, a necessária reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito praticado. Essa condição, antes, não era observada em face da topografia dos delitos. Ponto positivo, portanto.

Assim, diante de tantas mudanças importantes que vão impactar muito na gestão pública, o legislador foi criterioso na definição de prazos e regras para a entrada em vigor do novo diploma e a conservação das leis anteriores priorizando uma transição segura evitando descontinuidades e ruptura de contratos e serviços para não comprometer a prestação da atividade administrativa.

3.2. Os impactos normativos – vigência, revogações e alterações

A nova lei geral, como já afirmado, cria um novo “marco zero” para a interpretação de todas as regras de contratações públicas no país, com revogações expressas de normas anteriores, alterações de outras regras, além do fato de que as disposições antigas que não se amoldam às suas diretrizes são derogadas independentemente de disposição expressa nesse sentido, aplicando assim o art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (DL 4.657/1942).

Assim, a vigência de normas especiais anteriores à nova Lei Geral depende de se demonstrar a sua compatibilidade com esta, não podendo as regras serem consideradas de forma isoladas, exigindo a análise das

Contratação direta

1. CONTRATAÇÃO DIRETA – DISPENSA E INEXIGIBILIDADE

A doutrina entende que a realização prévia licitação produz a melhor contratação, porque assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância de princípios como isonomia e impessoalidade. No entanto, apesar de autores entenderem tratar-se de presunção absoluta, a Constituição Federal, no art. 37, XXI, limita essa presunção, permitindo a contratação direta sem a realização do certame nas hipóteses ressalvadas na legislação. Desse modo, a contratação direta não representa desobediência aos princípios constitucionais.

A Lei n. 8.666/93 estabelecia como hipóteses de contratação direta a dispensa e a inexigibilidade, as quais eram determinadas consoante a presença dos pressupostos e requisitos legais. Quando a disputa for inviável, o certame será inexigível. De outro lado, a dispensa pressupõe uma licitação “exigível” que só não ocorrerá por vontade do legislador. Em termos práticos, o administrador deverá verificar primeiramente se a licitação é exigível ou inexigível, conforme a possibilidade ou não de competição. Sendo assim, afastada a inexigibilidade, passará a verificar a presença dos pressupostos de dispensa da licitação.

Ressalte-se, ainda, que a contratação direta, sem a realização de licitação, não é sinônimo de contratação informal, não podendo a Administração contratar quem quiser, sem as devidas formalidades, devendo nos casos do art. 17, §§ 2º e 4º, do art. 24, incisos III e seguintes, e nos casos do art. 25,

com previsão no art. 26, *caput*, com a redação dada pela Lei n. 11.107/2005, realizar o procedimento de justificação, que estava previsto no art. 26, da Lei nº 8.666/93.

Nesse contexto, a Administração deveria: identificar a necessidade, fixar o objeto e definir recursos orçamentários, o que aconteceria independentemente da realização ou não do procedimento licitatório. Em seguida, o administrador deveria não apenas justificar a presença dos pressupostos da ausência de licitação, com a respectiva documentação, como também apresentar o fundamento da escolha de um determinado contratante e de uma específica proposta. Essas circunstâncias, no âmbito da Lei n. 8.666/93, deveriam ser comunicadas à autoridade superior em três dias, para que essa autoridade realize a ratificação e a publicação na imprensa oficial no prazo de cinco dias, como condição de eficácia do ato.

O processo deveria ser instruído com os seguintes elementos: caracterização da situação emergencial ou calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; razão da escolha do fornecedor ou executante; justificativa do preço; e o documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Na Lei n. 14.133/2021 o legislador modificou o nome do procedimento de justificação para procedimento de contratação direta, conforme regra do art. 72, que tem como objetivo formalizar as contratações realizadas nos casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação. Dessa forma, visando impedir a fraudulenta utilização dos dispositivos que autorizam a contratação direta, o administrador deverá apresentar o documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo.

Considera-se estudo técnico preliminar, nos termos do inciso XX do art. 6º da Lei n. 14.133/2021, o documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação. O documento apontará o interesse público envolvido, sendo base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação.

Em 2023, foi aprovado no 2º Simpósio de Licitações e Contratos da Justiça Federal o Enunciado 40 com o seguinte teor: “O Documento de Formalização de Demanda (DFD) deve ser o primeiro documento para instrução do

processo, tanto em licitações quanto em contratações diretas para aquisição de bens, prestação de serviços e realização de obras”.

Deve ainda ser apresentada no processo de contratação direta, a estimativa de despesa, cujo cálculo terá por parâmetro os critérios previstos no art. 23 da Lei. Quando não for possível estimar tais valores, o § 4º do art. 23 determina que o contratado deverá, previamente, comprovar que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

Prevê o art. 72 que, nos casos de inexigibilidade e dispensa, o processo seja instruído com parecer jurídico e, se for o caso, pareceres técnicos, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos. Será necessário ainda demonstrar a compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido e que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária.

Por fim, ao administrador incumbe apontar, através de documentos, a razão de escolha do contratado, a justificativa de preço e autorização da autoridade competente.

Assim como na Lei n. 8.666/93, o novo diploma legal, no parágrafo único do art. 72, determina que seja divulgado, em sítio eletrônico oficial, o ato que autorizou a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato, mantendo-se à disposição do público, colimando atender ao princípio da publicidade e transparência.¹ A Lei n. 13.303/2016 também estabelece a necessidade da justificação na contratação direta pelas estatais, exigindo-se que seja instruída, no que couber, com informações acerca da caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, as razões da escolha do fornecedor ou do executante e a justificativa do preço (§ 3º do art. 30 da Lei n. 13.303/2016).

Impende consignar, por relevante, que foi aprovado no 2º Simpósio de Licitações e Contratos da Justiça Federal o Enunciado 52: “No caso de justificativa de preços para contratação direta, não sendo possível a utilização

1. A Instrução Normativa SEGES/ME nº 75, de 13 de agosto de 2021, estabelece regras para a designação e atuação dos fiscais e gestores de contratos nos processos de contratação direta no âmbito da administração federal.

dos parâmetros previstos nos §§1º, 2º e 3º do art. 23 da Lei n. 14.133/2021, além da comprovação da conformidade dos preços com os praticados em contratações semelhantes, trazida pelo particular (art. 23, § 4º), deve a Administração avaliar a necessidade de realizar sua própria pesquisa de preços praticados pelo proponente, evitando que os documentos juntados ao processo sejam trazidos apenas pelo futuro contratado”.

A supramencionada Lei estabeleceu expressamente que, caso fique comprovado, pelo órgão de controle externo, sobrepreço ou superfaturamento, aquele que houver decidido pela contratação direta e o fornecedor ou o prestador de serviços responderão solidariamente pelos danos causados ao Poder Público (§ 2º do art. 30 da Lei n. 13.303/2016).

A responsabilidade solidária estava prevista na Lei n. 8.666/93, no § 2º do art. 25, quando nas hipóteses de inexigibilidade e dispensa, ficasse comprovado superfaturamento, com dano à Fazenda Pública. Nestes casos, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis, responderiam o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável.

A nova Lei de Licitações, por sua vez, diferentemente do estabelecido acima, responsabiliza solidariamente o contratado e o agente público responsável, nos casos de contratação direta indevida, ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, é o que prevê o texto normativo do art. 73. Observa-se, portanto, que o legislador optou por responsabilizar os envolvidos não somente quando comprovado o superfaturamento, mas em outras situações de contratação direta indevida, desde que demonstrado a existência de dolo, fraude ou erro grosseiro. Confira os dispositivos ora analisados:

▼ LEI N. 8.666/93	▼ LEI N. 14.133/2021
Art. 25, § 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento , respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.	Art. 73. Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro , o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

A contratação direta, sem a presença dos requisitos de dispensa ou inexigibilidade ou a utilização dessas, sem a devida justificção, caracterizava-se como crime definido no art. 89 da Lei n. 8.666/93, com pena de

detenção de três a cinco anos e multa. A mesma tipificação penal ficou reconhecida no art. 337-E, do Código Penal, com a redação dada pela nova Lei de Licitações, porém, com penas mais elevadas de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Importante destacar que, nas contratações diretas, não há qualquer impedimento para que o administrador tome providências para a escolha da melhor proposta, utilizando-se de regras de competitividade mais simples que as exigidas na licitação.

Para a viabilidade e a exigibilidade de um procedimento licitatório, exige-se, obrigatoriamente, a presença dos pressupostos da licitação, bem como de um objeto licitável, caso contrário, é impossível sua realização.

2. INEXIGIBILIDADE

A contratação direta, em caso de inexigibilidade de licitação, resulta da inviabilidade de competição, o que decorre da ausência dos pressupostos que justificam a sua realização.

2.1. Pressupostos para a realização da licitação

Para a realização da licitação, exige-se a presença de três pressupostos:

A) Pressuposto lógico

Este pressuposto exige a pluralidade de objetos e de ofertantes, pois, caso contrário, a competição não terá qualquer sentido e a licitação será inviável. Ocorrerá essa hipótese quando o objeto ou o serviço for singular e, ainda, quando se tratar de produtor ou fornecedor exclusivo.

B) Pressuposto jurídico

A licitação tem que ser um meio apto para a Administração perseguir o interesse público. Caso o procedimento coloque em risco esse interesse, ele será inviável, já que a licitação não pode prejudicar o que deve proteger. Ela não é um fim em si mesma, mas um meio, um instrumento para a proteção do interesse coletivo, não devendo jamais prejudicá-lo.

Importante rememorar a inexigibilidade também deve ser analisada no caso das empresas públicas e sociedades de economia mista que estão obrigadas a licitar. Saliente-se ainda que as empresas estatais podem ser constituídas para a prestação de serviços públicos e para a exploração da atividade econômica. Tratando-se de prestação de serviços públicos, elas perseguem o interesse coletivo. O mesmo ocorre quando exploram a atividade econômica, tendo em vista que o texto constitucional estabelece, em seu art. 173, que o Estado não intervirá na atividade econômica, exceto no caso dessas empresas, quando *necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*, caracterizando, sem dúvida alguma, proteção do interesse público.

Para essas empresas que precisam competir com a iniciativa privada, a licitação nem sempre é compatível com as exigências do mercado. Sendo assim, a licitação será inexigível quando inviabilizar o desempenho das atividades específicas para as quais foi instituída a entidade, a denominada “atividade-fim”, porque estará prejudicando o próprio interesse público que justificou a sua criação, causando a ausência de pressuposto jurídico.

O caso é peculiar nas atividades tipicamente comerciais, que demandem a agilidade e a rapidez dos procedimentos comuns da vida comercial, o que muitas vezes é incompatível com o formalismo e a demora do procedimento licitatório (Acordo 624/2003, TCU – Plenário).

O tratamento diferenciado, segundo Marçal Justen Filho², pode ser aplicado tanto para as exploradoras da atividade econômica quanto para as prestadoras de serviços públicos que atuem no mercado. Basta que a empresa estatal tenha que disputar com as empresas privadas e, portanto, precise assegurar aos administrados condições de competitividade.

Com o advento da Lei n. 13.303/2016, que instituiu o Estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, as hipóteses de exigência de licitação e os casos de dispensa e de inexigibilidade passam estar disciplinados expressamente, dirimindo muitas dúvidas. Calhar registrar, por oportuno, que a Lei n. 14.133/2021 não será observado, em regra, para as estatais.

2. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, cit., p. 22.

C) Pressuposto fático

Exige a presença de interessados no objeto da licitação. A inexistência de interessados para disputá-la, nos casos em que tal interesse não seja atrativo para o mercado, impede a realização da licitação. Nessa hipótese, os possíveis prestadores do serviço almejado pela Administração simplesmente não se engajariam na disputa dele, em certame licitatório, inexistindo, pois, quem, com as aptidões necessárias, se dispusesse a disputar o objeto do certame. Por exemplo, a necessidade de contratação de um cirurgião cardíaco de alta qualificação para atendimento de necessidades emergenciais em hospital público com baixa remuneração.

A enumeração desses pressupostos é bastante divergente. A primeira divergência é quanto ao nome, e a segunda, quanto às consequências causadas pela sua ausência. Para a maioria da doutrina, a ausência de qualquer dos pressupostos levará à inviabilidade da competição e, portanto, à inexigibilidade da licitação, e não à dispensa como defendem alguns doutrinadores. Vale ressaltar que a contratação direta em razão de uma inexigibilidade *exige uma série de providências formais, de modo a justificar a regularidade da qualificação jurídica do contratante, a necessidade do bem ou serviço pretendido, a inviabilidade de competição e a razoabilidade dos preços* (RMS 28.552/MA, STJ).

2.2. Objeto licitável e a pluralidade

Para a viabilidade da competição, conforme já apontado, exige-se a pluralidade de objetos, portanto, não é possível competição se o bem é singular. Também não se licitam coisas desiguais. Para o procedimento licitatório, além da pluralidade, os bens existentes devem ser homogêneos, intercambiáveis e equivalentes. O mesmo raciocínio deve ser aplicado para os ofertantes. Logo, haverá inexistência de pressuposto lógico e a consequente inexigibilidade de licitação quando:

- a) o objeto pretendido é singular (bem ou serviço singular);
- b) só há um ofertante: há vários objetos, mas todos disponíveis por um único sujeito, caracterizando-se produtor e fornecedor exclusivo.

2.2.1. Bem singular

Bem singular consiste naquele bem que possui uma individualidade tal, que o torna inassimilável a quaisquer outros bens, vale dizer, é inconfundível. Essa individualidade pode provir de o bem ser singular em razão de três aspectos:

- a) **em sentido absoluto:** quando só existe uma unidade, um único exemplar, *e.g.*, uma indústria automobilística que fabrica um único carro de modelo extravagante para uma Feira de Automóveis;
- b) **em razão de evento externo:** é o bem que, apesar de não ser o único exemplar, agrega-se à significação particular excepcional, *v.g.*, uma espada utilizada em um acontecimento histórico, a chuteira utilizada por um jogador de futebol na vitória de uma competição importante para o país;
- c) **em razão da natureza íntima do objeto:** consiste no bem em que se substancia uma realização artística, técnica ou científica, caracterizada pelo estilo ou cunho pessoal de seu autor, como um livro, uma tela ou uma escultura.

2.2.2. Serviços singulares

Serviços singulares são aqueles que não se revestem de características análogas. Esses serviços são identificados sempre que o trabalho a ser produzido se defina pela marca pessoal, expressa em características científicas, técnicas ou artísticas importantes para o preenchimento da necessidade administrativa a ser suprida, como ocorre nas produções intelectuais. São serviços que se singularizam por um estilo ou uma orientação pessoal; são singulares embora não sejam únicos.

Ressalte-se, contudo, que nem toda singularidade no serviço autoriza a contratação direta sem o devido procedimento licitatório.

Pela Lei n. 8.666/93, para caracterizar a inviabilidade de competição, causando a inexigibilidade de licitação, era preciso que:

- a) o serviço esteja arrolado no rol do art. 13;

- b) se trate de serviço singular, cuja singularidade seja relevante, indispensável para a Administração;
- c) o contratado tenha notória especialização, ou seja, que o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho seja essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (art. 25, § 1º, da Lei n. 8.666/93).

Na Lei n. 14.133/2021, o legislador não mais usa o termo “natureza singular” ao tratar da contratação direta de serviços, exigindo que o serviço seja de “natureza predominantemente intelectual” e de notória especialização, cujo conceito e hipóteses estão elencadas no art. 6º, inciso XVIII.

2.2.3. Hipóteses legais de inexigibilidade

Algumas hipóteses de inexigibilidade estão previstas no texto legal, no art. 74 da Lei n. 14.133/2021. No regime revogado, estavam previstas no art. 25 da Lei n. 8.666/93. Entretanto, lembre-se de que o rol é só exemplificativo e envolve basicamente a ausência de pressuposto lógico (pluralidade de objeto ou de ofertante), que não é a única causa que gera a impossibilidade de competição. As hipóteses de inexigibilidade na nova Lei seguem o mesmo padrão, sendo, no entanto, incluídas, expressamente, novas situações.

Confirmam as hipóteses expressas nas referidas leis de forma comparativa.

▼ **Art. 25 da Lei n. 8.666/93**

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

▼ **Art. 74 da Lei n. 14.133/2021**

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

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

2.2.3.1. Produtor, empresa ou representante exclusivo

O § 1º do art. 74, da nova Lei de Licitações prevê que para tornar inexigível a licitação na hipótese de bens e serviços fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica. Observa-se que a comprovação de exclusividade foi alterada com a nova redação introduzida pela Lei n. 14.133/2021.

▼ **Art. 25 da Lei n. 8.666/93**

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

▼ **Art. 74 da Lei n. 14.133/2021**

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

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

2.2.3.2. *Serviços técnicos especializados*

Para contratação de serviços a nova Lei de Licitações apresentou algumas inovações, vamos observar o que ocorreu.

Pela Lei n. 8.666/93, para caracterizar a inviabilidade de competição, causando a inexigibilidade de licitação, era preciso que:

- a) o serviço estivesse arrolado no rol do art. 13, tratando-se, portanto, de:
 - I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
 - II – pareceres, perícias e avaliações em geral;
 - III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
 - IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
 - V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
 - VI – treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
 - VII – restauração de obras de arte e bens de valor histórico.
- b) se tratasse de serviço singular, cuja singularidade seja relevante, indispensável para a Administração;
- c) o contratado comprovasse notória especialização, ou seja, que o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho seja essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (art. 25, § 1º, da Lei n. 8.666/93).

Na Lei n. 14.133/2021, o legislador não mais usa o termo “natureza singular” ao tratar da contratação direta de serviços, exigindo que o serviço seja de “natureza predominantemente intelectual” e de notória