



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

PAULO ROBERTO PINHEIRO SILVA JÚNIOR

**A FIGURA DO AGENTE DE CONTRATAÇÃO NA NOVA LEI GERAL DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS (LEI N.º 14.133/2021)**

FORTALEZA
2021

PAULO ROBERTO PINHEIRO SILVA JÚNIOR

A FIGURA DO AGENTE DE CONTRATAÇÃO NA NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES
E CONTRATOS (LEI N.º 14.133/2021)

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito à obtenção do Título
de Bacharel em Direito. Área de concentração:
Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Dr. William Paiva Marques
Júnior.

FORTALEZA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

J1i Silva Júnior, Paulo Roberto Pinheiro.

A FIGURA DO AGENTE DE CONTRATAÇÃO NA NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS (LEI N.º 14.133/2021)

/ Paulo Roberto Pinheiro Silva Júnior. – 2021.

77f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2021.

Orientação: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

1. LICITAÇÃO. 2. AGENTES PÚBLICOS. 3. SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES. 4. AGENTE DE CONTRATAÇÃO.
I. Título.

CDD 340

PAULO ROBERTO PINHEIRO SILVA JÚNIOR

A FIGURA DO AGENTE DE CONTRATAÇÃO NA NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES
E CONTRATOS (LEI N.º 14.133/2021)

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito à obtenção do Título
de Bacharel em Direito. Área de concentração:
Direito Administrativo.

Aprovada em: 06/08/2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior. (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Msc. Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Elaina Cavalcante Forte
Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC)

A Deus.

Aos meus pais, Paulo e Socorro.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela infinita misericórdia e benevolência.

À minha esposa, Thalija, pela paciência e companheirismo e a nossa pequena Maria Cecília, pela benção de sua existência.

Ao Professor William Marques, exemplo de servidor público, pelo comprometimento e disponibilidade com os alunos e com a instituição UFC. Obrigado também pela generosidade e paciência evidenciada não só na orientação deste trabalho, mas também no tratamento dispensado aos contratemplos que tive ao longo de todo o curso.

Aos colegas da UNILAB, em especial aos da Coordenação de Logística, pela compreensão e apoio a minha condição de servidor-estudante.

À Professora Fernanda Cláudia e à Mestranda Elaina Cavalcante, por terem aceitado gentil e prontamente o convite para compor e enriquecer a banca examinadora dessa monografia.

RESUMO

Investiga-se, dentre as inovações que surgem com a mudança no marco regulatório das licitações públicas no Brasil, a figura do agente de contratação. A Lei n.º 14.133/2021 consiste na nova lei geral de licitações e contratações, que atende ao comando do art. 22, XXVII da Constituição Federal de 1988, em substituição à Lei n.º 8.666/1993. Partiu-se de um estudo sobre o histórico do tema das licitações públicas no Brasil, delimitação conceitual da licitação, disciplina constitucional acerca do referido instituto, e os fundamentos e princípios que lhe dão sustentação. Passa-se a tratar da nova lei de licitações em seu nascedouro, no processo legislativo a que foi submetida, com enfoque nas contribuições da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos - CTLICON do Senado Federal. Propõe-se relação das mudanças trazidas pela Lei n.º 14.133/2021 a serem vistas com mais atenção, dentre estas o surgimento do agente de contratação, a respeito do qual são feitos comentários sobre o modo como é tratado na nova lei, regulamentação infralegal, compatibilidade com o princípio da segregação de funções e o dever de ser este agente o impulsionador do processo licitatório.

Palavras-chave: Lei Geral de Licitações. Agente de Contratação. Lei n.º 14.133/2021.

ABSTRACT

Among the innovations that arise with the change in the regulatory framework of public tenders in Brazil, the figure of the contracting agent is investigated. Law n.º 14.133/2021 is the new general law on bidding and contracting, which complies with the command of art. 22, XXVII of the Federal Constitution of 1988, replacing Law n.º 8.666/1993. It started with a study on the history of the subject of public bidding in Brazil, conceptual delimitation of the bidding, constitutional discipline on the referred institute, and the foundations and principles that support it. The new bidding law in its inception is discussed in the legislative process to which it was submitted, focusing on the contributions of the Temporary Commission for the Modernization of the Bidding and Contract Law - CTLICON of the Federal Senate. A list of changes brought about by Law No. 14.133/2021 is proposed to be seen more carefully, among them the emergence of the hiring agent, about which comments are made on the way it is treated in the new law, regulation infralegal, compatibility with the principle of segregation of functions and the duty of this agent to be the driving force behind the bidding process.

Keywords: General Bidding Law. Contracting Agent. Law n.º 14.133/2021.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADIP	Centro de Apoio ao Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CTLIC	Comissão Temporária de Modernização da Lei Geral de Licitações e
ON	Contratos
SEGES/ ME	Secretaria de Gestão do Ministério da Economia
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	14
2. LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL, DISCIPLINA CONSTITUCIONAL, FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS	16
2.1. Delimitação Conceitual	17
2.2. Disciplina Constitucional	18
2.3. Fundamentos da Licitação	20
2.4. Princípios da Licitação	22
2.5. Disciplina Legal.....	29
3. LEI Nº 14.133/2021 - A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS: PROCESSO LEGISLATIVO E PRINCIPAIS ALTERAÇÕES.....	32
3.1. Processo Legislativo da Lei n.º 14.133/2021, da proposta legislativa à sanção presidencial: Projeto de Lei n.º 559 de 2013, contribuição da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos - CTLICON do Senado Federal.	32
3.2. Principais mudanças trazidas pela Lei n.º 14.133/2021: a nova lei geral de licitações brasileira	38
4. AGENTE DE CONTRATAÇÃO: DISPOSIÇÕES LEGAIS, REGULAMENTAÇÃO INFRALEGAL, PRINCÍPIO DA SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES E DEVER DE IMPULSIONAR O PROCESSO LICITATÓRIO.....	52
4.1 Disposições legais	53
4.2 Agente de Contratação e o Princípio da Segregação de Funções	55
4.3. Correspondência Entre a Comissão da Lei n.º 8.666/1993 e o Agente de Contratação da Lei n.º 14.133/2021	59
4.4. Agente de Contratação Como Gênero	61
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS	67
ANEXO A – MINUTA DE PORTARIA QUE ESTABELECE REGRAS E DIRETRIZES PARA A ATUAÇÃO DO AGENTE DE CONTRATAÇÃO, DA EQUIPE DE APOIO, DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO E DOS GESTORES E FISCAIS DE CONTRATOS, NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL	71

1. INTRODUÇÃO

A edição da Lei n.º 14.133/2021 representa uma grande reforma na legislação brasileira sobre licitações e contratos públicos. Consiste na nova lei geral de licitações e contratações, que atende ao comando do art. 22, XXVII da Constituição Federal de 1988. O normativo substitui a Lei das Licitações (Lei n.º 8.666/1993), a Lei do Pregão (Lei n.º 10.520/2002) e revoga o Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Lei n.º 12.462/11), além de promover alterações em alguns dispositivos das Leis n.ºs 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), correlatos ao tema licitações e contratos.

Toda mudança legislativa traz certa ansiedade para aqueles que lidam direta ou indiretamente com esta nova lei. Nem sempre há tempo suficiente para que se forme conhecimento adequado sobre a aplicabilidade da legislação e sobre as inovações introduzidas. A adaptação às inovações e o surgimento de novos institutos podem carecer de esforços para melhor esclarecimento, diante da objetividade dos textos normativos, e o caso da nova lei brasileira de licitações e contratos não será exceção.

O texto normativo prevê um período de transição entre a lei anterior e a atual de dois anos. Durante este período poderá ser feita a opção por qual lei regulará aquele processo de compra, o que expressa a possibilidade de aplicação imediata do novo regramento.

Dentre as principais inovações previstas, destaca-se o surgimento da figura do agente de contratação, a ser designado pela autoridade competente para conduzir a licitação e exercer atribuições descritas na lei, além de “... executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação” (art. 6º, LX e art. 8º). Faz-se necessária uma reflexão sobre os limites de sua atuação, em cotejo com as funções dos demais agentes envolvidos no processo de compras públicas, à luz dos princípios que regem a licitação, em especial do princípio da segregação de funções.

Considerando então a abrangência das alterações propostas pela Lei n.º 14.133/2021 e a urgência da aplicabilidade imediata da legislação, propõe-se um estudo dos princípios que regem as compras públicas no Brasil, relacionar as principais inovações trazidas na Lei n.º 14.133 de 2021, do ponto de vista prática administrativa, destacando a figura do agente de contratação e como a sua efetivação se conforma nas limitações existentes.

A pesquisa realizada é de natureza bibliográfica constituída por levantamento de trabalhos publicados, pertinentes ao tema, conceitos e formulações de autores com conhecimento no assunto. Emprega-se também a pesquisa documental, utilizando-se documentos elaborados por entidades conceituadas, inclusive publicações online, além da utilização principalmente de normas e Leis relacionados à licitação. A partir dos dados levantados buscou-se conhecer as principais publicações e documentos na área de licitações, as quais serviram inclusive para justificar as contribuições e limites utilizados na pesquisa, propiciando também a coleta de informações, conhecimentos sobre a área de licitações e as mudanças propostas pela nova legislação, as quais foram utilizadas para a elaboração da fundamentação teórica.

No que se refere à metodologia e objetivos, emprega-se a pesquisa comparativa, por meio da qual se compara a Lei de Licitações n.º 8.666/1993 em vigor, com a Lei n.º 14.133/2021, no intuito de verificar quais os principais pontos de mudança e suas características, sobretudo para o gestor público. Aliado à pesquisa comparativa, serviu de base para formular relação das principais inovações, o estudo “Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133/2021” de autoria do CADIP – Centro de Apoio ao Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, analisado à luz da experiência própria do autor como atuante na área de licitações públicas, fazendo portanto uma análise empírica sobre o tema.

2. LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL, DISCIPLINA CONSTITUCIONAL, FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS

No desempenho de suas funções a Administração Pública nem sempre é a responsável direta por prestar um serviço ou fornecer um bem à coletividade, ela se vale do fornecimento de bens e serviços por parte de terceiros. Na maioria das vezes, há grande disponibilidade destes prestadores de serviços ou fornecedores de bens, de tal modo que a escolha de qual particular virá a ser contratado não poderá ficar ao exclusivo critério do administrador porque “... essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares” (CARVALHO FILHO, 2019, p. 245). O administrador público não pode dispor livremente do recurso, ao contrário, deverá dispensar o melhor tratamento, com máxima responsabilidade, e a isso se deve a obrigação de, nas contratações em que se empregam recursos públicos, buscar sempre o contrato que mais vantagem traga à coletividade.

Dessa forma, a intenção de compra de um bem ou necessidade de que seja prestado determinado serviço à Administração, deve ser amplamente divulgada a fim de alcançar o maior número de potenciais contratantes, aumentando proporcionalmente, em consequência direta, as chances de obter um contrato mais vantajoso.

Nesse sentido, cumpre destacar que, o contrato que se celebra entre um particular e a Administração não é um jogo de soma zero, na medida em que o contratante particular faz parte da coletividade, será de seu interesse, ainda que secundário ou indireto, que o recurso público seja utilizado da forma mais eficiente possível.

Além disso, deve ser dada igual oportunidade para que todos os interessados possam ter como um de seus clientes a Administração Pública (também pelo motivo de que os possíveis contratantes compõem a coletividade, detentora dos recursos). A essa necessária igualdade de oportunidades, Carvalho Filho atribui o status de fundamento da licitação, ao lado da moralidade administrativa. O fundamento da igualdade de oportunidades “... se agrega à noção que envolve os princípios da igualdade e da impessoalidade, de obrigatória observância por todos aqueles que integram os quadros da Administração”. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 252)

No ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, a licitação: “Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. (MELLO, 2015, p. 533) Ingênuo seria achar que a mera utilização de uma ferramenta competitiva, de

per si, teria o condão de alcançar a proposta mais vantajosa à Administração. Não à toa, intrínseco ao conceito de Licitação está uma série de cuidados e precauções a serem tomadas pela Administração a fim de fiscalizar e conferir condições para que entes externos fiscalizem o processo licitatório.

2.1. Delimitação Conceitual

A doutrina é rica em exemplos de conceitos do procedimento da Licitação. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a licitação é a própria competição entre interessados. Em suas palavras, consiste a licitação em “... um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas”. (MELLO, 2015, p. 533)

Por seu turno, Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera o instituto da licitação uma metodologia que propicia aos interessados a apresentação de suas propostas a fim de suprir uma necessidade da Administração. Conforme a doutrinadora, licitação é um “... procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato”. (DI PIETRO, 2019, p. 755)

Para os fins deste trabalho, será adotado o conceito da lição de Hely Lopes Meirelles, segundo o qual a licitação é procedimento administrativo de que se serve a Administração Pública para obter uma proposta de prestação de serviço ou aquisição de um bem. Objetiva também assegurar que nenhum proponente tenha vantagens sobre os demais, ou seja, é instrumento de isonomia:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Destina-se a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o poder público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração e atua como fator de moralidade e eficiência nos negócios administrativos, traduzidas na escolha da melhor proposta. Realiza-se através de uma sucessão de atos vinculantes para a Administração e para os proponentes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento da licitação e o contrato subsequente. (MEIRELLES, 1971, p. 16)

A Licitação contém uma ideia de competição entre interessados, albergada de precauções nem sempre presentes em relações entre particulares, com o intuito de obter a proposta mais vantajosa para a Administração. Maria Sylvia Zanella Di Pietro apresenta uma comparação das relações entre particulares, regidas pelo direito privado, com as relações do poder público e particulares oriundas do processo licitatório e regidas pelo Direito Administrativo:

No direito privado, em que vigora o princípio da autonomia da vontade, o contrato celebra-se mediante a apresentação de uma oferta que o outro aceita. No Direito Administrativo, a licitação equivale a uma oferta dirigida a toda a coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais e regulamentares constantes do edital; dentre estas, algumas apresentarão suas propostas, que equivalerão a uma aceitação da oferta de condições por parte da Administração; a esta cabe escolher a que seja mais conveniente para resguardar o interesse público, dentro dos requisitos fixados no ato convocatório. (DI PIETRO, 2019, p. 756)

Em condições ideais, sabendo se tratar seu cliente do próprio poder público, o particular, sem que houvesse qualquer estímulo competitivo, já apresentaria a proposta que resultasse na máxima vantagem possível à Administração, ou seja, que contribuísse para a maximização da eficiência deste recurso coletivo, recurso de todos.

Do conceito acolhido de Hely Lopes Meirelles, destacam-se algumas destas precauções que caracterizam o processo de licitação: busca declarada de uma das partes em firmar uma avença da qual obtenha a máxima vantagem possível, tratamento isonômico por parte da Administração com os possíveis contratantes e critérios de decisão pré-estabelecidos. Denominar as práticas citadas como precauções não prejudica o fato de serem verdadeiros mandamentos vinculantes, de modo que a não obediência invalida a licitação e o contrato da qual se origina por se presumir o insucesso na obtenção da proposta mais vantajosa.

2.2. Disciplina Constitucional

A Constituição Federal de 1988 não criou o instituto da licitação, muito menos inovou em prever o seu uso na Administração Pública, afinal a primeira norma de licitações, o Decreto n.º 2.926/1862, foi editada ainda no período imperial (BUSSOLOTTO; BOFF, 2015, p. 36).

Estabelece a Carta Magna no artigo 37, em seu inciso XXI que, “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública”. O *caput* do aludido artigo 37 relaciona os princípios

que deverão obedecer a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quais sejam: os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nos incisos, o constituinte continuou a arrolar regramentos mais ou menos genéricos, dentre os quais o dever de licitar.

Dessa forma, mais do que nomear um procedimento a ser seguido a fim de obter bens ou a prestação de serviços, carrega a licitação forte carga principiológica. O princípio da licitação:

... exige que o contrato resulte de competição entre ofertantes, os quais, disputando o negócio através de suas ofertas, propiciam ao futuro contratante a oportunidade de escolher a mais vantajosa. Para tanto, é essencial que o objeto da licitação (que se confunde com o objeto do futuro contrato) seja suficientemente definido e que se estabeleçam regras precisas, disciplinando a participação dos interessados e, principalmente, o julgamento das propostas. (DA SILVA, 1979, p. 35)

Ao prever a Constituição ressalvas ao princípio da licitação, ela não promove o enfraquecimento de sua importância porque essas exceções se referem aos casos específicos em que a competição é impossível ou inviável.

O inciso XXVII do artigo 22, por sua vez, fixa como competência da União a edição de normas gerais de licitação e contratação, cabendo aos Estados, Distrito Federal e Municípios a competência suplementar, ou seja, sobre os pontos não esgotados pela lei geral. Os pormenores relativos aos processos de compras podem diferir bastante de um ente para outro, de modo que a abertura para que Estados, Distrito Federal e Municípios possam suplementar a regulação das licitações e contratos nada mais é do que o reconhecimento da impossibilidade de prever em uma lei nacional todas as diferentes realidades dos diversos entes da federação.

A posição atual da União como competente para a edição de normas gerais de licitações e contratos se construiu ao longo dos anos, até ser firmada constitucionalmente. A Constituição de 1967, anterior à vigente Constituição Federal de 1988, não definiu qual o ente seria responsável por editar normas gerais de licitação, o que culminou no desenvolvimento de duas correntes, uma delas considerava a licitação como matéria de direito financeiro, devendo as normas gerais serem editadas pela União e a outra corrente considerava a licitação matéria de direito administrativo, cuja competência legislativa caberia a cada ente da federação. No silêncio da Constituição de 1967, leis federais foram editadas obrigando Estados, Distrito Federal e Municípios a seguirem as normas gerais de licitações nelas estabelecidas, o que, na visão daqueles que consideravam a licitação como matéria de direito

administrativo, feriria a autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios de legislar sobre a matéria. A atual Constituição pôs fim à discussão ao pacificar a matéria. (DI PIETRO, 2019, p. 758)

Prevê ainda a atual Constituição em seu artigo 173 que o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, no exercício da exploração direta de atividade econômica pelo Estado, será definido em lei e deverá dispor, dentre outros assuntos, sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Apesar deste esforço do legislador constitucional em conferir relevante status ao tema das licitações, questiona-se até que ponto a legislação infraconstitucional regulatória obteve o êxito esperado (DA SILVA, 2017, p. 35).

2.3. Fundamentos da Licitação

Entende-se por fundamentos da licitação a base, o alicerce sobre os quais se erige o procedimento de licitação. Em outras palavras, fundamento é “... aquilo que confere a alguma coisa a sua existência ou a sua razão de ser” (FUNDAMENTO, 2015). Caso algum normativo que regule a licitação esteja em desacordo com seus fundamentos, ainda que produza efeitos por um tempo, ele certamente não se sustentará ao ser posto à prova.

Partindo da lição de Carvalho Filho, tem-se que a licitação se funda na moralidade administrativa e na igualdade de oportunidades. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 252) Todo ato administrativo, procedimento, decisão, norma editada relativa às licitações e contratos deve concorrer para concretizar a moralidade e a igualdade no processo licitatório.

2.3.1. Moralidade Administrativa

A concepção da moralidade administrativa como princípio autônomo é tema longe de ser aceito de forma pacífica, de modo que sua consolidação, se assim podemos falar, foi fruto de um longo processo, em que a porta de entrada no mundo jurídico se deu pelo campo do Direito Civil, passando em seguida para o direito público, até alcançar o Direito Administrativo, nas discussões acerca do desvio de poder. Há quem confunda a moralidade com a legalidade, ou que entenda ser a moralidade uma espécie de legalidade: a legalidade quanto aos fins. É com base na legalidade quanto aos fins que o administrador público

pratica atos com finalidade definida na regra de competência e não de forma diversa, como por exemplo, em benefício próprio ou de terceiro, ou mesmo para perseguir seus inimigos políticos. (DI PIETRO, 2019. p. 233)

Há ainda críticas à moralidade administrativa no sentido de caracterizar o referido princípio como vago e impreciso, como mero conceito filosófico, e por isso de difícil aplicação prática, contudo, para os fins deste trabalho, mais do que a discussão a fim de distinguir a moral do direito, é suficiente demonstrar que, no direito brasileiro, a moralidade administrativa já ocupa um espaço em diversos regramentos. Ao demonstrar que o princípio da legalidade e o da moralidade administrativa não se confundem, Di Pietro nos dá alguns exemplos, para além da previsão do caput do Art. 37 da Constituição de 1988, de como a moralidade vem sendo prevista na legislação pátria, vale citar:

... a Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 7-6-94, alterou o § 9º do artigo 14 da Constituição para colocar a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato como objetivos a serem alcançados pela lei que estabelecer os casos de inelegibilidades. A Lei nº 1.079, de 10-4-50, que define os crimes de responsabilidade, prevê, no artigo 9º, os crimes contra a probidade administrativa; em alguns deles, há ofensa direta à lei, como na hipótese de infringência às normas legais sobre provimento dos cargos públicos; em outros, isso não ocorre, como na hipótese de omissão ou retardamento doloso na publicação de atos do Poder Executivo, na omissão de responsabilização dos subordinados por delitos funcionais e no de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo. A Lei nº 9.784/99 prevê o princípio da moralidade no artigo 2º, caput, como um dos princípios a que se obriga a Administração Pública; e, no parágrafo único, inciso IV, exige “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”, com referência evidente aos principais aspectos da moralidade administrativa. (DI PIETRO, 2019, p. 235)

No que concerne especificamente às licitações, o Tribunal de Contas da União proferiu decisão na qual considera a participação de licitante que possua quaisquer relações de parentesco com agente público que detenha poder de influência na decisão de contratação, fere o princípio da igualdade, bem como o da moralidade. (BRASIL, 2009). Da mesma forma, atenta contra o princípio da moralidade a participação de servidor público na fase interna do pregão eletrônico, quando se definem as regras do certame, e na condução da licitação, seja como pregoeiro ou membro da equipe de apoio. (BRASIL, 2020)

2.3.2. Igualdade de Oportunidades

Além da moralidade administrativa, a licitação funda-se também no dever de proporcionar as mesmas condições para todos àqueles que tenham interesse em contratar com a administração, por força do princípio da isonomia administrativa, do qual decorre o fundamento da igualdade de oportunidades.

O princípio da igualdade está expresso na Carta Magna, no art. 37, XXI, *verbis*:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988)

Devem ser dadas oportunidades iguais para aqueles que desejam contratar com a administração, mas estes potenciais contratantes devem ter condições de bem cumprir o contrato. Essa constatação é relevante porque, se existem interessados em contratar que não disponham das habilidades ou qualificações mínimas necessárias, não se exige que a administração subverta o teor de suas necessidades a fim de possibilitar a participação destes interessados. Nesse sentido, um edital de licitação pode vir a ter requisitos que restrinjam a participação de licitantes, mas não necessariamente essas restrições representarão ofensa ao fundamento da igualdade entre os licitantes. Deve a administração comprovar que àqueles requisitos restritivos serão essenciais ao êxito do contrato, que não tornarão inviável a competição e que sejam previamente definidos de forma objetiva.

É fácil notar a relação do princípio da igualdade de oportunidades com o princípio do julgamento objetivo. Definir previamente os critérios de julgamento de forma precisa e objetiva, concorre para evitar que a administração se valha de um critério ambíguo ou genérico para escolher determinado fornecedor em detrimento de outro, isso com certo ar de legalidade, na medida em que o critério, ainda que não definido de forma clara e objetiva, foi previamente estipulado no edital. Neste esteio, o Tribunal de Contas da União considerou irregular a realização de procedimento licitatório com base em projeto básico sem o nível de detalhamento exigido pela Lei de Licitações. (BRASIL, 2008)

2.4. Princípios da Licitação

Em todos os ramos do Direito, em maior ou menor grau, a importância dos princípios é reconhecida, e com relação ao ramo do Direito Administrativo não é diferente. As

divergências doutrinárias existem a respeito de quantos e quais seriam os princípios mais aplicáveis às licitações e contratos.

Para José dos Santos Carvalho Filho, remetendo ao Art. 3º da ainda vigente Lei Geral de Licitações e Contratos, qual seja, Lei n.º 8.666/1993, há os princípios básicos, que possuem essa qualidade por estarem expressamente previstos na referida legislação, não derivando de outros princípios. São eles: o princípio da legalidade, princípios da moralidade e da impessoalidade, princípio da igualdade, princípio da publicidade, princípio da probidade administrativa, princípio da vinculação ao instrumento convocatório, princípio do julgamento objetivo. Carvalho Filho também relaciona alguns dos princípios correlatos, previstos no art. 3º mas que não foram expressos na Lei Geral de Licitações e Contratos, assim chamados por derivarem dos princípios básicos: princípio da competitividade, princípio da indistinção, princípio da inalterabilidade do edital, princípio do formalismo procedimental, princípio da vedação à oferta de vantagens, princípio da obrigatoriedade. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 253-260)

A título de comparação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro menciona em sua obra os seguintes princípios: igualdade, legalidade, impessoalidade, moralidade, probidade, publicidade, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, adjudicação compulsória, ampla defesa e, por fim, o princípio da licitação sustentável. (DI PIETRO, 2019, p. 763-778)

Diante da patente divergência entre os doutrinadores na indicação dos princípios que regem a licitação, são tratados aqueles considerados mais conexos aos objetivos do presente trabalho, ou seja, aqueles princípios que constam expressamente na Nova Lei Geral de Licitações e Contratos, sem prejuízo de eventual abordagem de outros princípios no desenvolver do estudo.

2.4.1. Princípio da legalidade

A afirmação mais recorrente quando se busca explicar ou definir o princípio da legalidade é: a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. Apesar de ser uma frase simples, curta e direta, para a sua perfeita compreensão, se faz útil opor à legalidade da Administração Pública à legalidade do particular. Ao particular tudo lhe é permitido, exceto aquilo que a lei proíbe, é a autonomia da vontade. Dessa forma, observa-se que a Administração se move em um universo pré-concebido, com fronteiras devidamente fixadas

pela lei, e isso ocorre justamente para evitar o avanço sobre as liberdades individuais dos particulares.

Materialização plena do princípio da legalidade é a licitação, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei, prova disso é que a lei geral de licitação chega a um nível de detalhamento compatível com a enumeração dos documentos que devem constar essencialmente no processo administrativo cuja abertura inicia o procedimento licitatório:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso; II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite; III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite; IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem; V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora; VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade; VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação; VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões; IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente; X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso; XI - outros comprovantes de publicações; XII - demais documentos relativos à licitação. (BRASIL, 1993)

Dessa forma, a licitação é um procedimento administrativo balizado pelo princípio da legalidade em todas as suas fases.

2.4.2. Princípios da moralidade e da impessoalidade

Para a Administração, agir conforme os parâmetros legais não é suficiente porque o desempenho das suas atividades deve ser também conforme a “... moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade” (DI PIETRO, 2019, p. 773). Consequência direta é a possibilidade de atuação conforme a lei, portanto obediente ao princípio da legalidade, sem necessariamente atender ao princípio da moralidade.

A decisão da Administração de se utilizar do processo de licitação como meio para adquirir um bem ou a prestação de um serviço é uma consumação do princípio da moralidade. Imagine-se uma situação em que não existisse qualquer procedimento pré-definido a ser seguido por um administrador que, no exercício de suas funções, tenha por dever legal adquirir um bem no interesse da Administração. Nesse caso, a mera aquisição do

bem atenderia ao princípio da legalidade, bastando para tanto atuar tal qual faria nas suas compras particulares, pessoais. Mas, de forma diversa, sabendo que o recurso utilizado pertence não a si, mas à coletividade, se este agente resolvesse convocar possíveis fornecedores e estabelecesse uma concorrência amplamente divulgada e com critérios de disputa pré-definidos, estaria assim fazendo uma escolha legalmente possível, e moralmente mais adequada.

Com base no princípio da impessoalidade, a Administração não poderá atuar com o fim de prejudicar ou beneficiar quem quer que seja. Ainda que tais consequências possam advir, a finalidade buscada deverá ser sempre o interesse público. Daí tem-se que um processo licitatório objetivará atingir um interesse da coletividade, e o sucesso deste processo necessariamente constituirão partes que se beneficiarão diretamente da licitação, os vencedores do certame, e partes outras que não poderão ser chamadas de prejudicadas apesar de vencidas no certame, afinal, como componentes da coletividade detentora do recurso público, também compartilham os benefícios de uma compra pública realizada de forma eficiente.

Mas a impessoalidade, além de denotar o fim último da atuação estatal, tem outra acepção e esta diz respeito à imputação que se dá aos atos administrativos. Considera-se que o autor dos atos administrativos não consiste na pessoa do agente público mas sim no órgão ou entidade à qual está vinculado aquele agente. Se por um lado os feitos e realizações são atribuíveis ao órgão, por outro lado, será a Administração responsável por reparar a lesão que um particular sofra em consequência de certo ato administrativo, o que é mais uma proteção a este particular, na medida em que será mais provável que a Administração disponha de mais recursos para arcar com a indenização do que o seu agente de forma singular. Claro é que a coletividade não poderá ser prejudicada por má conduta deliberada de um agente que está a seu serviço, razão pela qual é assegurado o direito à Administração de pleitear o ressarcimento contra o responsável, que deverá responder nos casos de dolo ou culpa.

2.4.3. Princípio da igualdade

O princípio da igualdade busca assegurar que não sejam feitas distinções entre os interessados em contratar com a Administração. Todos aqueles capazes de fornecer um bem ou prestar um serviço conforme a necessidade pré-definida da Administração, devem concorrer entre si em pé de igualdade. A especificação do objeto a ser contratado bem como a qualificação mínima necessária ao fornecedor devem ser fixados com base unicamente em

suprir a Administração, jamais com a finalidade de que o fornecimento advenha de um fornecedor específico. Relaciona-se à isonomia em sua visão aristotélica: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”.

Em alguns casos, por mais analítica que seja a descrição de um bem a ser contratado, a Administração poderá prever a solicitação de uma amostra durante a fase de análise. Nesses casos, deve-se estabelecer critérios objetivos, detalhadamente especificados, para apresentação e avaliação do produto que a Administração deseja adquirir, além disso, as decisões relativas às amostras apresentadas devem ser devidamente motivadas, conforme assentou o Tribunal de Contas da União, a fim de se atenda ao princípio do julgamento objetivo bem como ao princípio da igualdade entre os licitantes. (BRASIL, 2018)

2.4.4. Princípio da publicidade

A Administração deve engendrar esforços para que as informações sobre os atos da licitação estejam disponíveis, o que ultrapassa a retirada de obstáculos que dificultem o acesso. Deve a Administração dispor de ferramentas que venham a facilitar o acesso a todas as informações sobre as diferentes fases da licitação, inclusive no que diz respeito às fases preparatórias, que antecedem a disputa entre os licitantes.

Esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sobre o alcance do princípio da publicidade, que este abrange não só a “... divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade”. (DI PIETRO, 2019, p. 773) Resta claro que a Administração deve se abster de ações que dificultem a publicidade de seus atos, mas a abrangência do princípio da publicidade pode ainda apontar para outra direção, ao considerar o esforço que deve ser empreendido pelo Administrador, a ação positiva a fim de concretizar a aplicação do princípio.

A licitação deve ser um procedimento público, mas mais que isso: ao procedimento deve ser dada a devida publicidade. Para melhor entendimento, é útil comparar a publicidade dispensada aos documentos que compõem o processo administrativo, cuja abertura inicia o procedimento licitatório, e a publicidade conferida ao edital da licitação. O acesso aos autos de processos administrativos é, em regra, assegurado tanto aos interessados diretos (aqueles que participam do processo) quanto aos indiretos (aqueles que não participam), contanto que esses últimos demonstrem seu interesse particular ou, ainda, o

interesse coletivo ou geral que pretendem defender. (BORGES, 2014). Quanto ao edital da licitação, este é parte integrante do processo administrativo, tendo assim acesso assegurado aos interessados. Contudo, os resumos dos editais, mais do que estarem disponíveis, deverão ser publicados com antecedência, conforme preconiza o art. 21 da Lei nº. 8.666/1993: “Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez”. Essa diferença de tratamento tem algumas consequências práticas, mas a principal é que a norma do edital e um regramento que conste em documento que apenas compõe o processo administrativo não poderão vincular no mesmo grau um participante da licitação. Dessa forma, é passível de questionamentos norma editalícia cuja proposta seja vincular os licitantes a documentos ou regramentos que, apesar de constarem no processo administrativo, optou-se por não os fazerem constarem no edital e seus anexos, porque a estes documentos não foi dada a devida publicidade.

2.4.5 Princípio da probidade administrativa

A Administração deve se pautar pela honestidade, boa-fé e moralidade, assim leciona José dos Santos Carvalho Filho, sobre o princípio da probidade administrativa. Diferente do que ocorre com os princípios até aqui tratados, percebe-se que a doutrina tem se debruçado com mais ênfase sobre o que não é a probidade, ou seja, nos atos que constituem a chamada improbidade administrativa.

Esta preferência teve impulso com a edição da Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, dentre outras providências. Apesar de ser conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, ali não encontramos definição precisa de ato de improbidade administrativa (muito menos de probidade administrativa).

O art. 9º da referida lei, que aparentemente se propõe a definir a improbidade administrativa, trata em verdade de caracterizar o ato pelo qual se recebe vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego como ato de improbidade administrativa com consequente enriquecimento ilícito, se não, vejamos: “Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:”

(BRASIL, 1992). O mesmo raciocínio se aplica aos artigos 10, 10-A e 11. No caso do art. 10, a ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º da lei de improbidade administrativa, constitui uma espécie de ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário. O art. 10-A por seu turno, assevera que ações e omissões que concorram para concessão, aplicação ou manutenção benefício financeiro ou tributário indevido constituem ato de improbidade administrativa. Por fim, o art. 11 aponta que a ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente são consideradas ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública.

2.4.6. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O instrumento convocatório demarca o subgrupo de limites que serão estritamente observados em um processo licitatório, dentre as possibilidades do universo normativo atinente às licitações e contratos administrativos. Entre uma ou outra alternativa que a legislação prevê, a Administração aponta qual delas será exigida, em detrimento das demais alternativas igualmente legais mas de menor viabilidade para a situação. Note-se que não só os licitantes deverão atuar nos limites restritos do instrumento convocatório, mas também a própria Administração. Assim, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório preconiza que os licitantes e a Administração, entre uma e outra possibilidade legal, devem se pautar pela alternativa que previamente se fez constar no edital, ou seja, o edital é a lei do certame.

Há pelo menos dois elementos que conferem a legitimidade à vinculação de licitantes e da própria Administração ao instrumento convocatório.

De um lado, tem-se que é a própria Administração quem estabelece as regras que constarão no edital e, atendendo ao princípio da legalidade, só poderá fazer constar normas previstas na legislação, caso contrário, estaria criando para si a obrigação de seguir, no âmbito do processo licitatório, uma norma eivada de ilegalidade.

Por outro lado, não se pode dizer que o licitante é parte completamente passiva no que diz respeito à composição do instrumento convocatório, afinal, o §1º do art. 41 da lei geral de licitações e contratos assegura a participação não só dos licitantes, mas qualquer cidadão, na medida em que os legitima para impugnar o edital publicado, o que poderá resultar na modificação do instrumento convocatório. Apesar de se tratar de participação

fiscalizatória posterior à publicação e não propriamente de auxílio na redação do instrumento convocatório, é uma oportunidade que tem o licitante de discordar de alguma disposição do normativo ao qual se vinculará, inclusive propondo sua retificação. Além da possibilidade de impugnar o instrumento convocatório, o estatuto de licitações e contratos prevê ainda, em seu art. 39, a realização de audiências públicas antes da publicação do edital, ao iniciar processos licitatórios cujo valor estimado da licitação ou do conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite que determina a realização de obras e serviços de engenharia por meio da modalidade concorrência, qual seja, R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

2.4.7. Princípio do julgamento objetivo

O princípio do julgamento objetivo é intimamente relacionado ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Se é o princípio da vinculação ao instrumento convocatório que determina o cumprimento de uma alternativa legal em detrimento de outra (s), pode-se dizer que é o princípio do julgamento objetivo que obriga a Administração escolher previamente os critérios aplicados ao certame, com clareza, de forma fundamentada, evitando a utilização de critérios genéricos. Ou seja, ao passo que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório tem aplicabilidade maior na fase competitiva da licitação, o julgamento objetivo tem maior aplicação na fase inicial e preparatória do processo licitatório, na medida em que este julgamento objetivo é consequência natural da prévia definição igualmente objetiva dos critérios de julgamento da licitação. É nesse sentido que a lei geral de licitações em seu art. 40, inciso VII, determina que o edital da licitação deverá indicar obrigatoriamente “critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos”. (BRASIL, 1993)

2.5. Disciplina Legal

Passados cinco anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi editada a Lei n.º 8.666/1993 para regulamentar o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabelecendo as regras gerais para licitações e contratos da Administração Pública, pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. São abrangidos pela lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as

autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme determina o §1º de seu artigo 1º.

A despeito da conotação negativa amplamente difundida sobretudo entre os operadores da área de compras públicas e estudiosos da matéria, a Lei n.º 8.666/1993 foi muito festejada como marco de modernização a época de sua edição, “... um verdadeiro divisor de águas para o aperfeiçoamento do processo licitatório em nosso país” (DE ALBUQUERQUE NÓBREGA, 2019, p. 72). O contexto para a propositura constitucional da edição da lei geral de licitações e contratos foi dado pela avaliação de que o Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986 e seus dispositivos, que até então regulamentavam as licitações e contratos administrativos da Administração Federal, facilitavam sistematicamente o cometimento de fraudes. O ambiente político geral era de clamor ao combate à corrupção, com efeito no parlamento e sobre as forças políticas. A nova lei geral viria “... como uma resposta aos sucessivos escândalos do governo Collor e dos ‘anões do Orçamento’...”, instituindo “... controles mais rígidos sobre as licitações” (FIUZA; MEDEIROS, 2013, p. 3). Também neste sentido, MELO FILHO, 2008, p. 4: “escândalos envolvendo orçamento público e contratos administrativos, que ganharam especial relevo em virtude das CPIs que foram realizadas para investigá-los, deram causa à elaboração de uma lei muito minuciosa e rigorosa no procedimento, a fim de minimizar as oportunidades para desvios”.

O fato de o combate à corrupção estar naquele momento no centro das discussões, a despeito de sua inegável importância, ficou em plano inferior um debate de cunho mais técnico sobre as contratações públicas. Inovações tecnológicas e de comunicação como a Internet, apesar de já se fazerem presentes, foram pouco consideradas, para não dizer ignoradas. “Embora o ‘mundo virtual’, o mundo do compartilhamento já fosse uma ‘realidade’, a Lei n.º 8.666/93 nasceu analógica, apegada a ritos formalistas e a uma concepção ainda isolacionista de funcionamento da Administração Pública” (DE TORRES, 2020, p. 1). Assim, a Lei n.º 8.666/1993 foi editada com um olhar para o passado, ao invés de prospectar os cenários nos quais seria exigida sua aplicação.

Apesar das boas intenções, a Lei n.º 8.666/1993 foi sempre muito criticada por não atender às necessidades da Administração e nem fazer frente às crescentes complexidades do mercado, especialmente os impactos tecnológicos. A profusão de normas infralegais tais como decretos, instruções normativas, orientações normativas ou mesmo orientações jurisprudenciais, acabam por permitir a exequibilidade da Lei n.º 8.666/1993, mas atestam pouca praticidade da norma, promovem um ambiente de insegurança para os administradores

públicos que lidam com contratos e licitações, além de abrir lacunas atrativas aos que buscam vender para a Administração por meio de práticas ilegais. Paradoxalmente, existe a visão de que, dessas fragilidades, muito se aproveitou o debate sobre licitações, a exemplo da advogada Alécia Paolucci Nogueira Bicalho: “É imperioso reconhecer que um dos maiores méritos da Lei nº 8.666/93 foi ter se constituído como a base de construção da farta e rica jurisprudência hoje existente em tema de licitações, em especial no âmbito do Tribunal de Contas da União.” (BICALHO, 2014, p. 11)

Ao longo de décadas, a lei n.º 8.666/1993 vem passando por várias modificações pontuais. Inúmeros normativos que afastam a incidência da lei geral foram editados, o que demonstra uma verdadeira insurgência contra seus regramentos e reforça a necessidade de debate sobre sua capacidade de fazer frente às necessidades atuais da Administração Pública. Inúmeras são as que normas alteram ou afastam a aplicação da lei geral de licitações, dentre elas, a título de exemplo, estão as leis: “8.883/1994, 9.032/1995, 9.648/1998, 9.854/1999, 10.520/2002, 10.973/2004, 11.079/2004, 11.101/2005, 11.107/2005, 11.196/2005, 11.445/2007, 11.481/2007, 11.484/2007, 11.763/2008, 11.962/2009, 12.188/2010, 12.349/2010, 12.440/2011, 12.462/2011, 12.715/2012”. (DE ALBUQUERQUE NÓBREGA, 2019, p. 73)

Muitos projetos de lei já foram apresentados tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal com vistas a reformar por completo o modo como o poder público efetua suas compras e demais contratações. Mas foi somente no ano de 2013 que um desses projetos sobressaiu sobre os demais, chegando a ser efetivamente discutido no Congresso Nacional, resultando no Projeto de Lei do Senado n.º 4.253/2020 e posteriormente, na Lei n.º 14.133/2021.

3. LEI Nº 14.133/2021 - A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS: PROCESSO LEGISLATIVO E PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos brasileira, sancionada em 1º de abril de 2021, substituirá, após dois anos de transição previstos na própria lei, a Lei Geral das Licitações (Lei n.º 8.666/1993), a Lei do Pregão (Lei n.º 10.520/2002) e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC (Lei n.º 12.462/11), mas as disposições penais da Lei n.º 8.666/93 foram revogadas de imediato, não obedecendo ao período de transição. Durante a fase de transição a nova lei poderá ser aplicada em detrimento da legislação passada, por decisão da Administração, dessa forma, a previsão de dois anos não se trata de *vacatio legis*, que é o período entre a data da publicação de uma lei e o início de sua vigência.

Apesar da notável celeridade da tramitação final no Congresso (o Senado, em praticamente uma semana recebeu formalmente o texto na data de 02/12/2020, enviado pela Câmara há mais de um ano e o aprovou em sessão plenária remota única, em 10/12/2020, mesmo no conturbado contexto da pandemia causada pelo surto mundial da COVID-19), o início dos debates legislativos remonta a meados de 2013, um contexto igualmente turbulento provocado pelas mobilizações ocorridas simultaneamente em mais de 500 cidades do Brasil no ano de 2013, também conhecidas como “Jornadas de Junho”.

Mais do que atualizar a Lei n.º 8.666/1993, a nova lei opera uma verdadeira reforma no âmbito das compras públicas, contudo, cumpre destacar que existem normas dispostas sobre licitações e contratos que não foram objeto de alteração: a lei que trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, prevista no art. 175 da Constituição Federal (Lei n.º 8.987/1995), lei que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública (Lei n.º 11.079/2004), lei que dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação de serviços de publicidade (Lei n.º 12.232/2010), e a lei que estabelece normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa (Lei n.º 12.598/2012).

3.1. Processo Legislativo da Lei n.º 14.133/2021, da proposta legislativa à sanção presidencial: Projeto de Lei n.º 559 de 2013, contribuição da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos - CTLICON do Senado Federal.

Tramitavam no Poder Legislativo no ano de 2013 mais de 500 projetos tratando de compras públicas (SENADO FEDERAL, 2013, p. 4), tamanha importância e interesse que o tema desperta. Em março de 2015, o número de proposições ultrapassava a marca de 600 propostas de mudanças: 518 na Câmara dos Deputados e 157 no Senado (SILVA, 2015, p. 46)

Destes tantos projetos, destacou-se o Projeto de Lei do Senado de nº 559/2013 de iniciativa da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos - CTLICON, aprovado em 13 de dezembro de 2016 e remetido à revisão da Câmara, contendo uma nova lei de licitações, composta de 131 artigos. Na Câmara dos Deputados, o PLS nº 559/2013 sofreu alterações substanciais, e em seu lugar passou a tramitar o texto substitutivo, Projeto de Lei nº 4.253 de 2020, na data de 19 de agosto de 2020, contando com 191 artigos.

Como casa iniciadora, o Senado Federal teve grande parcela de contribuição com o Projeto de Lei nº 4.253 de 2020, o que se deu por meio do trabalho da referida comissão temporária. O escopo de trabalho estabelecido por ocasião da criação da CTLICON foi alterado logo no início, de modo que as mudanças a serem propostas pela comissão iriam além daquelas previstas no ato que a criou, qual seja: atualização e modernização da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Com a alteração no plano de trabalho, propôs-se que os estudos da Comissão abrangessem outras leis que veiculam normas para procedimentos licitatórios. Nesse sentido, o projeto de lei viria a substituir não apenas a Lei nº 8.666 de 1993, mas também a Lei nº 10.520/2002, que instituiu o pregão, e a Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime diferenciado de contratações públicas (RDC). Mais do que modernizar a lei geral de licitações vigente, a Comissão buscava propor alterações em todo o arcabouço normativo acerca do tema licitações e contratos.

Um exame mais apurado sobre o trabalho da CTLICON é de grande valia para melhor entender certos aspectos da nova lei geral de licitações (Lei nº 14.133/2021), porque uma parcela substancial dessa lei é fruto do trabalho da referida comissão.

A CTLICON foi criada pelo Ato do Presidente nº 19, de 2013, composta pelos então senadores Vital do Rêgo, Kátia Abreu, Wilder Morais, Waldemir Moka, Francisco Dornelles, Eduardo Suplicy, Aloysio Nunes Ferreira e Armando Monteiro, sob a presidência do Senador Vital do Rêgo e relatoria a cargo da senadora Kátia Abreu. Foi proposto em seu plano de trabalho que as atividades da Comissão seriam divididas em três fases, distribuídas nos 120 (cento e vinte) dias de trabalho inicialmente previstos.

Na primeira fase, previu-se a realização de quatro audiências públicas para ouvir entidades da sociedade civil, setores econômicos, especialistas, órgãos de controle e governo, ao menos um representante de administração estadual ou municipal, e ainda uma dessas

audiências teria por objeto o direito comparado da matéria, com especialistas brasileiros e estrangeiros. Para a segunda fase foi prevista a consolidação das sugestões de convidados e parlamentares colhidas nas audiências públicas, considerando também as contribuições dos demais projetos criados para modificação da legislação de licitações e contratos em tramitação na casa. Na terceira etapa dos trabalhos, reservada aos membros da Comissão, seria discutida a minuta elaborada na segunda fase e deliberada a versão final do projeto de lei revisor.

No relatório final da CTLICON constam os objetivos buscados pelo projeto da nova lei brasileira de licitações e contratos: compilar os diplomas legais atinentes às contratações públicas (lei n.º 8.666/1993, lei n.º 10.520/2002 e lei n.º 12.462/2011) bem como acrescentar inovações, por fim a formalismos em excesso, conferir maior celeridade aos procedimentos, consignar com maior ênfase o respeito e a obediência aos contratos e permitir maior qualidade nas compras. (SENADO FEDERAL, 2013, p. 4-5) Mesmo explicitando estes objetivos, na medida em que a nova lei viria a substituir a Lei n.º 8.666/1993, a Comissão também se prestaria a materializar a previsão do art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal, que reserva à União a competência para legislar sobre: “XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”. (BRASIL, 2020)

Os objetivos expressos da CTLICON indicam que o seu trabalho viria a ser uma resposta aos problemas gerados pelas disfunções da complexidade que atingiu ao longo dos anos o arcabouço normativo acerca das licitações e contratos. Essa constatação por si só, seria um forte indicativo de quão árduo seria o trabalho da referida Comissão, porém essa previsão é potencializada pela existência do objetivo implícito, mas não menos importante, de editar aquelas que passariam a ser as abrangentes normas gerais de licitação e contratação previstas no mencionado art. 22 da CF/1988. Não por outro motivo, as audiências públicas realizadas durante a primeira fase dos trabalhos da CTLICON, contaram com a presença de representantes das mais diversas entidades, setores econômicos, especialistas brasileiros e estrangeiros, órgãos do governo:

1ª audiência pública (24/06/2013): Sindicato Nacional da Indústria da Construção Pesada – SINICON, Confederação Nacional da Indústria – CNI, Confederação Nacional do Transporte – CNT; Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo – CNC,

Conselho Federal de Engenharia e Agronomia – CONFEA, Sindicato da Arquitetura e da Engenharia – SINAENCO, Associação Brasileira de Consultores de Engenharia – ABCE.

2ª audiência pública (08/07/2013): Sr. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, advogado e mestre em Direito.

3ª audiência pública (05/08/2013): representantes do Comando da Marinha do Brasil; do Comando do Exército Brasileiro; do Comando da Aeronáutica do Brasil; Chefe de Gabinete da Secretaria de Organização Institucional do Ministério da Defesa; Diretor de Auditoria da Secretaria Federal de Controle Interno da Controladoria-Geral da União; Diretor do Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral da União; representante do Tribunal de Contas da União; Diretora de Administração e Finanças da EMBRAPA; Diretor-Presidente do SERPRO; Diretora do Departamento de Logística e Serviços Gerais da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento e o Diretor do Departamento de Infraestrutura de Logística da Secretaria do Programa de Aceleração do Crescimento.

4ª audiência pública (19/08/2013): Presidente da Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC; Vice-Presidente de Articulação Política da Associação das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação – ASSESPRO; Presidente Executivo da Associação Brasileira dos Distribuidores de Produtos Especiais e Excepcionais – ABRADIMEX; Diretor Executivo da Associação Brasileira do Atacado Farmacêutico – ABAFARMA; Consultora Jurídica da Federação Nacional das Empresas de Serviço e Limpeza Ambiental – FEBRAC; Diretor Executivo da Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais – ABRELPE; Representante da Associação Brasileira de Resíduos Sólidos e Limpeza Pública – ABLP; Presidente do Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil – CAU/BR e o Presidente do Instituto dos Arquitetos do Brasil - Departamento do Distrito Federal – IAB/DF;

5ª audiência pública (02/09/2013): Especialista Sênior de Aquisições do Banco Interamericano de Desenvolvimento; Especialista Sênior de Aquisições do Banco Mundial; Sócio da Price Waterhouse Coopers; Luis Roberto Ponte, Ex-Deputado Federal, autor do Projeto de Lei nº 1.491/91 que deu origem à Lei nº 8.666/1993; Presidente da Confederação Nacional dos Municípios; Secretário Municipal de Fazenda de Salvador; Chefe de Gabinete da Presidência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e o Diretor de Relações Institucionais da Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação – BRASSCOM.

Encerradas as audiências públicas com especialistas e entidades, foi apresentada a minuta do Relatório Final dos trabalhos da Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos e em seguida este relatório foi submetido à votação e aprovado, concluindo-se pela apresentação do Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) autuado sob o n.º 559 de 2013.

A análise do PLS n.º 559/2013 passou a ser feita em conjunto pelas três comissões para as quais foi despachado: Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) e a Comissão de Serviços de Infraestrutura (CI), e passou também a tramitar na Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional (CEDN).

É possível estabelecer um comparativo a partir do número e origem das emendas que o PLS recebeu: 56 emendas de Plenário, 4 emendas na CAE, 4 emendas na CCJ, 2 emendas na CI e 32 emendas na CEDN. Em 08/12/2016 houve a aprovação do Substitutivo, cabendo à matéria ser submetida a turno suplementar, hipótese em que foram apresentadas outras 57 emendas de Plenário. O projeto foi submetido ao plenário e aprovado, em seguida, na data de 03/02/2017, foi remetido à casa revisora, Câmara dos Deputados, nos termos do art. 65 da Constituição Federal.

Por se tratar de projeto de lei destinado a regulamentar dispositivo constitucional, o trâmite na Câmara dos Deputados ocorreu sob regime de prioridade. O projeto recebeu o número 6.814 de 2017 e foi despachado para as comissões do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços; Trabalho, de Administração e Serviço Público; Finanças e Tributação, Constituição e Justiça e de Cidadania e por Comissão Especial criada em razão da distribuição a mais de três Comissões de mérito.

Neste ponto faz-se necessária uma observação a fim de alcançar melhor compreensão acerca do processo legislativo que culminou com a nova lei geral de licitações e contratos. À época do recebimento do PL n.º 559/2013, tramitava na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 1.292/1995, de autoria do Senador Lauro Campos, com a proposta de uma alteração pontual no art. 72 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 no que se refere às subcontratações. O mesmo assunto foi tratado no art. 99 do Projeto de Lei n.º 6.814/2017, consistindo em evidente correlação entre as proposições. Assim, por força do que determina o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o projeto mais recente foi apensado ao mais antigo, devendo prevalecer o PL n.º 1.292/1995 em detrimento do PL n.º 6.814/2017, ainda que este último seja claramente mais compreensivo. Pelos mesmos motivos, o nome da

Comissão Especial do Projeto de Lei n.º 6.814/2017 passou a se referir ao Projeto de Lei n.º 1.292/1995.

Não obstante ao fato de que a base do projeto de lei dever-se ao trabalho da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, houve intensa tramitação também na Câmara dos Deputados, casa revisora, ocasião em que foram realizadas dezenas de audiências públicas e apresentadas 127 emendas parlamentares. A Redação Final do Projeto de Lei assinada pelo Relator Dep. Augusto Coutinho foi aprovada pelo plenário na sessão do dia 17/09/2019 e remetida à casa iniciadora, o Senado Federal, em 10/12/2019 para apreciação das emendas. Como mencionado, o Senado veio a receber formalmente o texto somente na data de 02/12/2020, aprovando-o logo em seguida em 10/12/2020, por meio de sessão plenária única, realizada de forma remota, devido às recomendações de isolamento social por conta da pandemia global da Covid-19.

Ainda assim, o tempo exíguo não impediu a realização de debates finais antes do envio do projeto de lei ao Presidente da República para sanção. Foram objetos de destaques para votação em separado temas como:

- a) obrigatoriedade da publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União;
- b) a determinação de uso das súmulas do Tribunal de Contas da União pelos órgãos de controle como guia de orientação para a aplicação da lei;
- c) Possibilidade de consulta aos órgãos de controle interno ou externo, com solicitação de posicionamento sobre a aplicação da lei em comento, com prazo de resposta de 1 (um) mês, como forma de controle preventivo;
- d) Previsão de dispensa de licitação para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com os custos da entidade a ser contratada ou o praticado no mercado.

A redação final da do Projeto de Lei aprovado em plenário, contendo a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, seria ainda submetida ao processo de padronização de terminologias, bem como adequações redacionais para clareza, precisão e ordem lógica do texto, nos termos da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, antes de ser remetida na data de 12/03/2021 à Presidência da República para sanção, que viria a ocorrer no dia 01/04/2021, marcando o início do fim de uma era no campo das contratações públicas do Brasil, período este de três décadas que virá a se consumir com o transcurso dos dois anos

seguintes à sanção presidencial, quando se completará a transição da Lei n.º 8.666/1993 para a Lei n.º 14.133 de 1º de abril de 2021.

Com a sanção da nova lei de licitações, saber quais os pontos de mudanças principais é uma preocupação comum não só dos agentes públicos que lidam diretamente com os processos licitatórios, como também dos particulares licitantes, sejam pessoas físicas ou jurídicas. Dessa forma, indicar as inovações que mereçam mais atenção por serem mais impactantes, bem como uma análise sobre estes pontos, concorre para compor o debate que tende a se intensificar no período de transição entre as duas leis, e é o que se buscar elucidar no subtópico seguinte.

3.2. Principais mudanças trazidas pela Lei n.º 14.133/2021: a nova lei geral de licitações brasileira

Na composição da lista de pontos de mudanças, considerou-se não somente a previsão de novos institutos, mas também o deslocamento de previsões antes constantes de leis específicas (como o RDC e a Lei do Pregão), para a lei geral de licitações. Dessa forma, o trabalho propôs-se a comparar as Leis n.º 8.666/93 e n.º 14.133/2021, e relacionar quais os pontos da nova lei merecem maior atenção do gestor público, sem a pretensão de classificar, dentre elas, quais alterações se destacam.

3.2.1. Meios alternativos de previsão e resolução de controvérsias

O capítulo XII do título II trata especificamente da utilização de meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias como: conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas, e a arbitragem nas contratações reguladas pela Lei n.º 14.133/2021. Quando se diz meios alternativos, trata-se de oferecer opções à via comum de resolução de conflito por meio do Poder Judiciário, como forma de evitar aos contratantes os percalços inerentes às condições em que os serviços judiciais são prestados. Além disso, contribui para a melhoria do serviço da Justiça como um todo, na medida em que estimula a diminuição das causas levadas à apreciação judicial.

Contudo, como observou Guilherme Carvalho, há uma limitação ao uso dos meios alternativos prevista no parágrafo único do artigo 151, segundo o qual "será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis ...". Reproduz a nova Lei de Licitações previsão da Lei de Arbitragem (Lei n.º

9.307/1996), conferindo um ambiente de maior segurança jurídica “... àqueles que se submetem às contratações com a Administração Pública, especialmente em temas mais sensíveis, cuja expertise para solucionar a disputa é essencial e passa, no mais das vezes, ao largo do conhecimento comum inerente aos membros do Poder Judiciário”. (CARVALHO, 2021, p. 2)

Ao utilizar a nomenclatura “meios alternativos de resolução de controvérsias”, a nova lei geral de licitações caminha na contramão dos estudos mais recentes. Estes demonstram que tais meios não seriam “alternativos”, mas sim adequados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas, como expõem Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha. E acrescentam:

Para cada tipo de controvérsia, seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e, finalmente, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal. Há casos, então, em que o meio alternativo é que seria o da justiça estatal. (CABRAL, 2016, p. 2)

No mesmo sentido, a Resolução n.º 125 de 29/11/2010 do Conselho Nacional de Justiça abandona o termo “alternativo” ao dispor sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

3.2.2. Agente de contratação

A nova figura do agente de contratação é conceituada no art. 6º, LX como a “pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação”. O art. 8º, de forma desnecessária, repete o conceito descrito no art. 6º, LX, e em parágrafo primeiro, estabelece que o agente de contratação responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe de apoio, a qual caberá prestar auxílio ao agente. No parágrafo terceiro, é prevista a comissão de contratação formada por no mínimo 3 (três) membros, correspondente à comissão de licitação prevista na Lei n.º 8.666/1993, como uma alternativa ao agente de contratação para licitações que envolvam bens ou serviços especiais.

O tema do agente de contratação é daqueles sobre os quais o debate tende a se intensificar porque trará impactos diretos no desempenho das funções dos agentes que lidam com compras públicas, e tem o potencial de causar a alteração nas estruturas organizacionais de todos os órgãos abrangidos pela Lei n.º 14.333/2021. Some-se a isso o fato de que o texto legal apresenta lacunas que carecem de imediata regulação, o que se exemplifica com a presença da genérica atribuição de “executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento”. Por todas essas razões, elegeu-se este tema como objeto de análise mais acurada a ser feita em capítulo específico do presente estudo.

3.2.3. Prazos de vigência dos contratos

No título destinado à regulação dos contratos administrativos, é reservado um capítulo para tratar da duração dos contratos regidos pela Lei n.º 14.133/2021. Chama a atenção neste ponto o art. 108 que prevê a possibilidade de assinatura de contratos pelo período inicial de até 10 anos, nos casos de contratações:

- a) de bens ou serviços produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional;
- b) de materiais de uso das Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante autorização por ato do comandante da força militar;
- c) para constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas, Instituições Científicas e Tecnológicas - ICTs e entidades privadas sem fins lucrativos voltados para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos, processos e serviços inovadores e a transferência e a difusão de tecnologia.
- d) para celebrar convênios e contratos, com as fundações de apoio, com a finalidade de dar apoio às Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e Instituições Científicas e Tecnológicas - ICTs,
- e) com vistas a possibilitar à União e os demais entes federativos e suas entidades autorizadas, nos termos de regulamento, a participar minoritariamente do capital social de empresas, com o propósito de desenvolver produtos ou processos inovadores que estejam de acordo com as diretrizes e prioridades definidas nas

políticas de ciência, tecnologia, inovação e de desenvolvimento industrial de cada esfera de governo.

f) a fim de possibilitar que órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, possam contratar diretamente ICT, entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, isoladamente ou em consórcios, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador.

g) que possam acarretar comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios;

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

i) para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da Administração Pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS.

O contrato por prazo indeterminado, antes expressamente vedado, passa a ser possível nos contratos em que a Administração figure como usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio, desde que comprovada, a cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação. (art. 109)

Por fim, há a previsão de contratações com prazos entre 10 e 35 anos para os contratos que gerem receita ou economia, a depender da ocorrência de investimento por parte da Administração. (art. 110)

3.2.4. Anteprojeto

Definido no inciso XXIV do art. 6º como peça técnica que subsidia a elaboração do projeto básico e deve conter, no mínimo, os seguintes elementos:

- a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, avaliação de demanda do público-alvo, motivação técnico-econômico-social do empreendimento, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado;
- b) condições de solidez, de segurança e de durabilidade;
- c) prazo de entrega;
- d) estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico e/ou projeto da área de influência, quando cabível;
- e) parâmetros de adequação ao interesse público, de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade;
- f) proposta de concepção da obra ou do serviço de engenharia;
- g) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção proposta;
- h) levantamento topográfico e cadastral;
- i) pareceres de sondagem;
- j) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação.

3.2.5. Avaliação dos impactos da nulidade contratual

A nova lei elenca nos incisos do art. 147 aspectos que devem ser observados quando da decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade dos contratos, após a constatação de irregularidade não passível de saneamento. A nulidade será medida excepcional, quando se revelar medida de interesse público, e não mais consequência direta da constatação de irregularidades.

3.2.6. Modelagem da Informação da Construção

Previsto no art. 19, §3º, a Modelagem da Informação da Construção (Building Information Modelling - BIM) deve ser preferencialmente utilizada nas licitações de obras e serviços de engenharia e arquitetura, sempre que adequada ao objeto da licitação.

No âmbito da administração pública federal, o Building Information Modelling é tido por um conjunto de tecnologias e processos integrados que permite a criação, a utilização e a atualização de modelos digitais de uma construção, de modo colaborativo, que sirva a todos os participantes do empreendimento, em qualquer etapa do ciclo de vida da construção, conforme definido no art. 19, §3º do Decreto Federal n.º 10.306/2020.

Em que pesem os benefícios que possam surgir da adoção do Building Information Modelling como preferencial em toda a Administração Pública (inclusive nos Estados e Municípios), o grau de difusão do BIM pode ser tornar um entrave. À época das discussões legislativas sobre a Lei n.º 14.333/2021, predominavam no Brasil áreas de difusão do BIM desbalanceadas e baixos níveis de capacidade de modelagem, colaboração e integração. (BRITO, 2019, p. 20)

3.2.7. Responsabilidade solidária entre contratado e agente público em caso de dano ao erário advindo de processo de contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação

A novidade está nos requisitos para a responsabilização, devendo ocorrer a contratação indevida com dolo, fraude ou erro grosseiro. A lei n.º 8.666/1993 trazia como requisito a necessária comprovação da ocorrência de superfaturamento.

3.2.8. Contrato de eficiência

Nos termos do art. 6º, LIII, é o contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada.

O contrato de eficiência foi expressamente previsto na Lei n.º 12.462/2012 que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, contudo, como esclarece Benjamin Zymler (GAZETA DO POVO, 2014, citado por MARQUES JÚNIOR, 2018. p. 21), antes mesmo do RDC, o contrato de eficiência já era aplicado no âmbito da Lei 8.666/93, não de forma explícita, mas nas entrelinhas. Portanto, a nova lei inova ao prever o contrato de

eficiência como regra geral e não apenas com uso restrito às hipóteses de aplicação do Regime Diferenciado de Contratações.

3.2.9. Defesa dos agentes públicos pela advocacia pública

Passa a ser assegurada a promoção de representação judicial e extrajudicial nas esferas administrativa, controladora ou judicial, às autoridades competentes e servidores que tiverem participado dos procedimentos relacionados a licitações e contratos, inclusive na hipótese de o agente público não mais ocupar o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato questionado. É requisito que o ato tenha sido praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico. Não se aplica a previsão quando praticados atos ilícitos dolosos, devidamente comprovados (art. 10).

3.2.10. Instrumentos auxiliares

A nova lei dedicou capítulo específico para reunir e regulamentar de forma detalhada os instrumentos auxiliares: registro cadastral (arts. 87 e 88), sistema de registro de preços (arts. 82 a 86), pré-qualificação (art. 80), procedimento de manifestação de interesse – PMI (art. 91) e o credenciamento (art. 79).

3.2.11. Matriz de alocação de riscos

Por meio da previsão da matriz de alocação de risco, abre-se a possibilidade de o valor estimado da contratação considerar o risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado. Os riscos identificados serão alocados entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

3.2.12. Extinção e criação de modalidades de licitação

Segundo o inciso XLII do artigo 6º, a nova modalidade licitatória denominada “diálogo competitivo” pode ser definida como a “modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou

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

O diálogo competitivo tem inspiração no Direito Europeu, mais especificamente na Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, previsto como uma solução para as contratações consideradas pela Administração Pública como complexas (DE OLIVEIRA, 2019, p. 2).

Como desafio à efetiva utilização do diálogo competitivo nas licitações do Brasil, destaca-se a ausência de quadro técnico especializado (LIMA, 2021, p. 8; DE OLIVEIRA, 2019, p. 32).

Ainda sobre mudanças acerca das modalidades de licitação, a nova lei operou extinção das modalidades “tomada de preço” e “convite”, pouco utilizadas na prática desde o advento do pregão, em especial o de forma eletrônica (LOPES, 2021, p.3).

A intenção do legislador em prever o diálogo competitivo como uma nova modalidade concorre para a democratização do processo licitatório ao permitir que a comunidade participe na definição do objeto da licitação que será capaz de suprir aquela necessidade da Administração. Espera-se que sejam superadas as barreiras operacionais para a efetiva utilização da nova modalidade, com as devidas adaptações à realidade brasileira.

3.2.13. Novos critérios de julgamento das licitações

Foram mantidos os critérios de menor preço, melhor técnica (sob a denominação “melhor técnica ou conteúdo artístico”), técnica e preço e maior lance ou oferta, e previstos dois novos critérios: maior desconto e maior retorno econômico. Quanto ao critério maior desconto, agora previsto na lei geral, ele já fora previsto anteriormente para uso na modalidade pregão.

Quanto ao critério de julgamento pelo maior retorno econômico, nos termos do art. 39, ele será utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração à contratada será atrelada à economia efetivamente obtida na execução do contrato.

3.2.14. Novos critérios de desempate

Sob a vigência da lei n.º 8.666/1993, os casos de empate de propostas eram decididos atribuindo sucessivamente, preferência aos bens e serviços produzidos no País,

produzidos ou prestados por empresas brasileiras, produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País, produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

A nova lei geral é mais complexa no tratamento de casos de empate entre propostas. Nesses casos, deverão ser utilizados, nesta ordem, os seguintes critérios: disputa final, avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento, e desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle. Persistindo o empate, só então são utilizados os critérios semelhantes àqueles previstos na lei n.º 8.666/1993, por meio dos quais terão preferência, sucessivamente, empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize, empresas brasileiras, empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País, empresas que comprovem a prática de mitigação (mudanças e substituições tecnológicas que reduzam o uso de recursos e as emissões por unidade de produção, bem como a implementação de medidas que reduzam as emissões de gases de efeito estufa e aumentem os sumidouros), nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC.

3.2.15. Previsão de outros princípios aplicáveis às licitações

No capítulo II do capítulo I, art. 5º, é prevista a aplicação dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do 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, assim como as disposições do Decreto-Lei n.º 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Consta ainda, no art. 24, § 6º, menção aos princípios da celeridade, da cooperação, da economicidade e da eficiência para orientarem os licenciamentos ambientais de obras e serviços de engenharia licitados e contratados nos termos da Lei das Licitações.

Por fim, o art. 47 prevê para os casos de licitações de serviços, o atendimento aos princípios da padronização e do parcelamento.

3.2.16. Ordem cronológica de pagamento

O legislador estabeleceu que os pagamentos da Administração aos seus credores terão a ordem de preferência cronológica. Trata-se de uma medida a fim de evitar que critérios não isonômicos sejam utilizados pelo gestor ao decidir qual contratado terá preferência de pagamento. Há porém situações em que a ordem cronológica poderá ser alterada, em situações excepcionais descritas nos incisos do § 1º, do art. 141:

- a) grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública;
- b) pagamento à 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;
- c) pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;
- d) pagamento de direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada;
- e) 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.

3.2.17. Previsão de cláusula contratual com período de cura que antecede o efetivo início da execução do contrato

É prevista a possibilidade de existência de cláusula contratual com a indicação de um período a ser observado pela Administração entre a assinatura do contrato e a expedição da ordem de serviço. Neste período deve acontecer a verificação de pendências, liberação de áreas ou adoção de outras providências cabíveis para a regularidade do início da execução do contrato. É uma proteção ao contratado de modo que o período de vigência do contrato não seja consumido por questões que não estão completamente sobre a sua ingerência. (art. 92, §2º)

3.2.18. Sistema de cadastro unificado de licitantes o PNCP

A nova lei impõe aos órgãos e entidades da Administração Pública a utilização do sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento. (art. 87) Além disso, está prevista a possibilidade de realização de licitações com participação restrita aos licitantes cadastrados.

Mas o PNCP foi criado com um objetivo mais extenso, que é possibilitar a divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela lei geral de licitações, e ser o ambiente facultativo para a realização das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos. (art. 174)

3.2.19. Orçamento Sigiloso

Proíbe a Lei n.º 8.666/1993, conforme disposição do § 1º do art. 44, a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

A nova lei de licitações por seu turno, em seu art. 24, prevê que orçamento estimado da contratação, desde que justificado, poderá ter caráter sigiloso. Relacionado ao sigilo, cumpre destacar que a nova lei de licitações inclui no Código Penal o artigo 337-J, que trata do tipo penal “Violação de sigilo em licitação”, com pena de detenção de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa para quem agir de modo a devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo.

3.2.20. Previsão expressa de reajustes e repactuações como cláusulas contratuais

O art. 135 estabelece que os preços dos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra serão repactuados para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante demonstração analítica da variação dos custos contratuais.

Além disso, o art. 92, que trata de cláusulas necessárias de todos os contratos regidos pela Lei 14.133/2021, prevê a obrigatoriedade de que se estabeleça prazo de resposta às solicitações de repactuação de preços e de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, previstos no art. 135.

3.2.21. Programa de integridade

Os editais de licitação para contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, devem prever a implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato. A lei atribui a regulamento específico informações sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento. (art. 25, §4º)

3.2.22. Possibilidade de extinção do contrato por inadimplência da Administração

A Lei n.º 8.666/1993 prevê como um dos motivos para rescisão do contrato o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração. A nova lei geral de licitações diminui o prazo para 2 (dois) meses, a contar da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos, em atendimento ao princípio da continuidade dos serviços públicos.

3.2.23. Responsabilidade solidária da Administração

Dispõe o art. 121 que o contratado, e somente ele, será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. Contudo, o §2º excetua dessa regra os casos de contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado. Nestas situações a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas

Além disso, em contratações diretas indevidas ocorridas 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 (art. 73).

3.2.24. Possibilidade de exigência de seguro-garantia

O seguro-garantia é previsto na Lei n.º 8.666/1993 como uma das modalidades de garantia posta como opção, nos casos em que o instrumento convocatório de licitações para contratações de obras, serviços e compras preveja essa ferramenta como meio de garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado.

A Lei n.º 14.133/2021 confere o mesmo tratamento ao seguro-garantia, como uma das opções do contratado, mas inova ao permitir que o edital da licitação estabeleça a modalidade de seguro-garantia como sendo obrigatória para aquele caso, além de obrigar à seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, a assumir a execução e concluir o objeto do contrato.

3.2.25. Regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia denominado “fornecimento e prestação de serviço associado”

Dentre os regimes de contratação indireta de obras e serviços de engenharia admitidos pela nova lei geral de licitações, figura o fornecimento e prestação de serviço associado. (art. 46, VII) O regime é caracterizado por atribuir ao contratado não somente a responsabilidade pelo fornecimento do objeto, mas também por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado.

O contrato firmado sob o regime de fornecimento e prestação de serviço associado terá vigência máxima definida pela soma do prazo relativo ao fornecimento inicial ou à entrega da obra com o prazo relativo ao serviço de operação e manutenção, este limitado a 5 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto inicial, autorizada a prorrogação na forma do art. 107 da lei (ou seja, respeitada a vigência máxima decenal, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes).

3.2.26. Previsão de aplicação de sanção ao responsável pelas infrações administrativas

As sanções de advertência, multa, impedimento de licitar e contratar, e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar passam a alcançar os responsáveis pelas infrações administrativas. Trata-se de um esforço do legislador com a finalidade de coibir a prática por meio da qual o responsável por uma empresa que não possa participar de licitações por ter sofrido alguma sanção, abre outra empresa com o mesmo objeto para participar e participa de licitações com esta nova empresa. Cabe ressaltar que a Lei n.º 8.666/1993 prevê as mesmas sanções, mas o sujeito passivo é a figura do contratado, pelo qual se entende a pessoa jurídica contratada.

As sanções decorrem do poder deferido à Administração de dirigir o processo licitatório conforme os parâmetros da boa gestão pública, por força do poder disciplinar que lhe é conferido.

4. AGENTE DE CONTRATAÇÃO: DISPOSIÇÕES LEGAIS, REGULAMENTAÇÃO INFRALEGAL, PRINCÍPIO DA SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES E DEVER DE IMPULSIONAR O PROCESSO LICITATÓRIO

Dentre as inovações trazidas pela Nova Lei Geral de Licitações e Contratos, merece destaque a figura do agente de contratação, a ser designado pela autoridade competente para conduzir a licitação e exercer atribuições descritas na lei, além de “... executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação” (art. 6º, LX e art. 8º).

De forma geral, as funções do agente de contratação são previstas na legislação anterior. O que faz a nova lei é reunir funções e designá-la como responsabilidade do agente de contratação, e não mais da comissão de licitação ou de outro ente. Além disso, optou-se por tratar dos agentes públicos envolvidos na licitação, em capítulo destacado.

Quanto à intenção do legislador, para Victor Amorim (ONLL, 2020), com a nova denominação “... busca-se institucionalizar a profissionalização dos agentes públicos envolvidos em todo o ciclo de contratação, não apenas com foco na licitação propriamente dita, relacionada à fase externa do procedimento”, o que representa um aspecto positivo da mudança introduzida, desde que a prática aconteça de forma harmônica com toda a legislação que rege as compras públicas no Brasil.

Dada a abrangência de atribuições que a lei confere ao agente de contratação, faz-se necessária uma reflexão sobre os limites de sua atuação, em cotejo com as funções dos demais agentes envolvidos no processo de compras públicas, à luz dos princípios que regem a licitação, em especial do princípio da segregação de funções.

No decorrer do processo legislativo da nova lei de licitações, o agente de contratação inicialmente recebeu o nome de “agente de licitação”. Se a expressão “agente de licitação” aludia somente à fase competitiva do processo de compra, com ênfase na fase externa, ao ser promovida a alteração para “agente de contratação”, a referência direta que se passa a ter é toda a extensão do processo de contratação, desde a formalização da necessidade do bem ou serviço, passando pela aprovação da autoridade competente, elaboração da minuta do instrumento convocatório, análise da regularidade jurídica da minuta, dentre outras etapas.

A mudança para a expressão “agente de contratação” abrangeria inclusive os processos de contratação que não tenham origem em uma licitação, como os casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação. Este raciocínio é também defendido por Karlin Olbertz Niebuhr (2020).

Contudo, se essa ampliação de escopo foi a real intenção do legislador, os dispositivos da nova lei relacionados ao agente de contratação referem-se expressamente apenas ao termo “licitação”. A mera alteração de nomenclatura não foi capaz de operar a mudança desejada.

Ainda que se atribua ao termo “licitação” por meio da regulamentação ou jurisprudência, amplitude que alcance a fase preparatória (fase interna) do certame, não se observa possibilidade lógica de que o termo se refira às contratações oriundas de inexigibilidade ou dispensa de licitação, justamente pelo fato de não haver licitação que preceda tais contratos.

Diante da constatação de que os dispositivos referidos ao agente de contratação não acompanham a pretensa abrangência de sua denominação, a proposta de regulamentação da função do agente de contratação no âmbito do Poder Executivo Federal prevê a atribuição de “acompanhar o trâmite da licitação, zelando pelo seu fluxo satisfatório, **desde a fase preparatória**” (grifou-se). A respeito deste ponto, recomendável se faz analisar se o regulamento exorbita os limites da lei ao conferir maior abrangência à atuação do agente de contratação ou se consiste em especificação da regra geral com vista a conferir aplicabilidade.

4.1. Disposições legais

O agente de contratação é definido no art. 6º, LX da Lei n.º 14.133/2021 como a “pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação”.

O artigo 8º, *caput*, antes de repetir literalmente o conceito do art. 6º, LX, acrescenta que a licitação será “conduzida por agente de contratação”. Ainda no art. 8º, em seus parágrafos são previstos o auxílio de uma equipe de apoio, a responsabilização individual do agente de contratação (salvo quando induzido a erro pela equipe de apoio), utilização da comissão de contratação como possível substituta do agente de contratação em licitações que envolvam bens ou serviços especiais, e a necessidade de regulamentação da atuação do agente de contratação, equipe de apoio, comissão de contratação, fiscais e gestores de contratos.

Por fim, no seu §5º, o art. 8º estabelece que o agente responsável pela condução do pregão será designado pregoeiro. Da leitura do dispositivo, fica evidente que o pregoeiro é espécie de agente, assim como o agente de contratação, e não uma espécie de agente de

contratação com outra designação. É sim figura distinta, apesar de não ser nova, mas amplamente reconhecida, por corresponder a modalidade pregão a 94,9% das licitações realizadas em todos os entes federativos entre 2013 e 2018. (AMORIM, 2019)

É importante destacar que, ao conservar a figura do pregoeiro, a lei preserva também a curva de conhecimento adquirida com sua atuação. O pregoeiro foi inicialmente previsto na Medida Provisória n.º 2.026, de 04 de maio de 2000, que instituiu o pregão como modalidade de licitação no âmbito da União. Desde então, a complexa e especializada atuação deste agente, devido às características competitivas do mercado concorrencial das empresas privadas, com o qual sua atuação guarda estreita aproximação, bem como a farta jurisprudência advinda da intensa fiscalização dos órgãos de controle internos e externos, têm sido responsáveis por considerável agregação de conhecimento pela Administração, ao longo de mais de duas décadas. Essa realidade motivou a apresentação de emenda ao projeto da nova lei (Emenda de Plenário nº 54/2019 de autoria do Deputado Reinhold Stephanes Júnior - PSD/PR), com o propósito de incluir no art. 8º do Substitutivo adotado pela Comissão Especial do PL nº 1.292/1995, o §7º. Sem a aludida complementação, a especialização da função do pregoeiro teria sido extinta.

No §2º do art. 61 é prevista a negociação a ser conduzida pelo agente de contratação (ou comissão de contratação, se for o caso). O procedimento é previsto inicialmente na Lei do Regime Diferenciado de Contratações (art. 26), mas como uma faculdade da “administração pública”, sem reservar o procedimento à agente determinado, conforme se observa: “Definido o resultado do julgamento, a administração pública poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado”.

4.1.1. Regulamentação da Atividade do Agente de Contratação no Âmbito da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional

Em atendimento ao que determina o §3º do art. 8º da Lei n.º 14.133/2021 (regulamentação da atuação dos agentes no processo licitatório), o Governo Federal por meio da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia (SEGES/ME) disponibilizou para consulta pública minuta de Portaria, que estabelece regras e diretrizes para a atuação do agente de contratação, da equipe de apoio, da comissão de contratação e dos gestores e fiscais de contratos, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional (Anexo A), tendo recebido 267 contribuições nos 15 dias em que ficou disponível (15/06/2021 a 29/06/2021).

Cumprе destacar que a Advocacia-Geral da União - AGU, por meio da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos da Consultoria-Geral da União — CNMLC/DECOR/CGU emitiu o Parecer n.º 00002/2021/CNMLC/CGU/AGU, por meio do qual analisa os condicionamentos e requisitos para possibilidade de utilização da Lei n.º 14.133/2021 como fundamento para embasar licitações e/ou contratações. No item 5 das conclusões da referida manifestação, o órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal advoga pela impossibilidade de licitar ou contratar (com base na nova lei) até que as condutas dos agentes respectivos sejam regulamentadas na forma do artigo art. 8º da Lei n.º 14.133/2021 (LIMA, 2021). Portanto, para que o novo ordenamento de licitações seja aplicado já no período 2 (dois) anos de transição entre as legislações, a efetivação da proposta apresentada pela SEGES/ME é condição essencial.

O art. 4º da referida proposta de regulamentação, ao definir a figura do agente de contratação, transcreve em grande medida as disposições da Lei n.º 14.133/2021. Destacam-se os incisos II e III:

- II - acompanhar o trâmite da licitação, zelando pelo seu fluxo satisfatório, **desde a fase preparatória**;
- III - dar impulso ao procedimento licitatório, em ambas as suas fases e em observância ao **princípio da celeridade**; e (grifou-se)

O art. 5º da Lei n.º 14.133/2021 já prevê a obrigatoriedade de se observar o princípio da celeridade na aplicação da lei geral de licitações, e na proposta de regulamentação, optou-se por destacar o princípio ao definir as funções do agente de contratação.

Quanto à expressão “desde a fase preparatória”, resta evidente a intenção do legislador infralegal de que o agente de contratação atue tanto na fase externa quanto na fase interna da licitação. Caso a proposta se efetive, este ponto trará consequência que serão tratadas no subtópico seguinte.

4.2. Agente de Contratação e o Princípio da Segregação de Funções

A segregação de funções é um princípio básico que orienta as atividades de controle interno. Conforme o Tribunal de Contas da União:

...consiste na separação de atribuições ou responsabilidades entre diferentes pessoas, especialmente as funções ou atividades-chave de formalização, autorização,

execução, atesto/aprovação, registro e revisão, facultando a revisão por setores diferentes nas várias etapas do processo e impedindo que a mesma pessoa seja responsável por mais de uma atividade sensível ao mesmo tempo, sem o devido controle. (BRASIL, 2015)

A Lei n.º 14.133/2021 traz no art. 5º de forma expressa a necessidade de observância ao princípio da segregação de funções para nortear todo ato de aplicação da lei.

Por seu turno, a Lei n.º 8.666/1993 não menciona o princípio da segregação de funções, mas apresenta dispositivos que foram editados em homenagem ao referido princípio, a exemplo do art. 9º.

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.

Não obstante a falta de previsão expressa na Lei n.º 8.666/1993, o TCU enfrentou considerável número de situações, à luz da referida lei, de modo que as decisões do tribunal fornece uma variedade de exemplos de aplicação do princípio da segregação de funções, como se constata da leitura dos seguintes acórdãos:

a) Acórdão n.º 185/2012-Plenário - Relator: Min. ANDRÉ DE CARVALHO: “Os documentos apresentados para lastrear a liquidação da despesa devem possuir o devido atesto da execução dos serviços por pessoa diversa da que autorizou o pagamento, em atenção ao princípio da segregação de funções”.

b) Acórdão n.º 4.204/2014-Segunda Câmara - Relator: Min. ANA ARRAES: “Em observância ao princípio da segregação de funções, não se deve permitir, em

certames licitatórios para a contratação de serviços de monitoramento ambiental, a participação de empresa já contratada para a execução de outros serviços que podem causar impacto no ambiente a ser monitorado”.

c) Acórdão n.º 5.529/2010-Segunda Câmara - Relator: Min. JOSÉ JORGE: “A comprovação de despesas por meio de suprimento de fundos não pode ser atestada pelo próprio suprido, em obediência ao princípio de segregação de funções”.

d) Acórdão n.º 140/2007-Plenário - Relator: Min. MARCOS VINÍCIOS VILAÇA: “Com fundamento no princípio da segregação de funções, como garantia da independência da fiscalização, é fundamental que o agente fiscalizador não seja ao mesmo tempo executor, em um mesmo contrato administrativo”.

e) Acórdão n.º 2.296/2014-Plenário - Relator: Min. BENJAMIN ZYMLER: “As boas práticas administrativas impõem que as atividades de fiscalização e de supervisão do contrato devem ser realizadas por agentes administrativos distintos (princípio da segregação das funções), o que favorece o controle e a segurança do procedimento de liquidação de despesa”.

f) Acórdão n.º 589/2016-Plenário - Relator: Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES: “Os serviços de vigilância ostensiva e os de central de monitoramento não devem ser contratados junto à mesma empresa, diante do princípio da segregação de funções. A Administração deve impedir, por meio dos seus editais de licitação, que empresa por ela contratada para um desses serviços participe de licitação cujo objeto seja o outro serviço em questão”.

g) Acórdão n.º 594/2020-Plenário - Relator: Min. VITAL DO RÊGO: “Não cabe à comissão de licitação avaliar o conteúdo da pesquisa de preços realizada pelo setor competente do órgão, pois são de sua responsabilidade, em regra, apenas os atos relacionados à condução do procedimento licitatório”.

h) Acórdão n.º 1.276/2008-Plenário - Relator: Min. VALMIR CAMPELO: “É vedada a concessão de suprimento de fundo na qual a pessoa do suprido se confunda com a pessoa do ordenador de despesa”.

i) Acórdão n.º 2.171/2005-Plenário - Relator: Min. AUGUSTO SHERMAN: “Atividades como as de solicitação, avaliação da qualidade e atestação da realização dos serviços devem ser executadas de forma independente da empresa contratada, mediante a designação de responsáveis pelas atividades com as devidas qualificações e sem vínculo com a empresa executora”.

j) Acórdão n.º 499/2019-Plenário - Relator: Min. MARCOS BEMQUERER: “É irregular a atribuição de responsabilidade ao órgão de controle interno para a instrução de processos de tomada de contas especial, por falta de amparo legal e por ofensa ao princípio da segregação de funções.”

Em manifestação mais recente, o Acórdão do TCU n.º 1.278/2020-Primeira Câmara, de forma mais enérgica, veda inclusive a participação de servidor na fase interna da licitação e posterior atuação como condutor desta licitação: “A participação de servidor na fase interna do pregão eletrônico (como integrante da equipe de planejamento) e na condução da licitação (como pregoeiro ou membro da equipe de apoio) viola os princípios da moralidade e da segregação de funções” (BRASIL, 2020).

Dessa forma, a ocorrência da expressão “desde a fase preparatória”, no art. 4º da proposta de regulamentação que trata da atuação do agente de contratação na Administração Federal, concorre para possível ofensa ao princípio da segregação de funções, positivado na lei geral de licitações.

Mesmo o art. 11 da mesma proposta de regulamentação, ao vedar a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, não dispõe da capacidade de garantir o atendimento ao princípio da segregação de funções, dada a ausência de definição de quais funções seriam mais suscetíveis a riscos.

A definição de quais funções deverão ser desempenhadas por pessoas distintas, por serem mais suscetíveis a riscos, deverá ser uma decisão a ser tomada no âmbito de cada órgão, nos termos do §1º do art. 7º da nova lei de licitações: “a autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos”.

Na falta de parâmetros mais específicos, decisões do TCU, a exemplo das que foram citadas neste tópico, podem ser um ponto de partida na determinação das atividades

sensíveis do órgão ou entidade. Vale ressaltar que, nesse aspecto, a Lei n.º 8.666/1993 mostra-se superior quanto à aplicabilidade na medida em que apresenta situações específicas de afronta ao princípio da segregação de funções, sendo por isso vedadas, como se depreende da leitura do art. 9º transcrito neste mesmo tópico.

4.3. Correspondência Entre a Comissão da Lei n.º 8.666/1993 e o Agente de Contratação da Lei n.º 14.133/2021

Com base na Lei n.º 8.666/1993, cabe à comissão, nos termos do artigo 6º, XVI, "receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes". A comissão é a figura que mais se assemelha ao novo agente de contratação. Sem considerar o pregoeiro, pois este não é mencionado na lei geral de licitações n.º 8.666/1993.

Apesar de a maioria das licitações serem realizadas por meio da modalidade pregão, considerando que a nova lei fixou que seria o pregoeiro o responsável por conduzir as licitações nesta modalidade (§5º, art. 8º), para fins deste estudo, é viável a comparação entre a comissão da Lei n.º 8.666/1993 e o agente de contratação da Lei n.º 14.133/2021. Ao que parece, o pregoeiro terá seu campo de atuação preservado sem influência do advento da figura do agente de contratação, em função da previsão do §5º, art. 8º da nova lei.

Como agente de contratação absorve todas as funções da comissão, se considerada tão somente a previsão residual que lhe cabe, de "executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação", a diferença entre os dois consiste então, na função do agente de contratação que não guarda correspondência com uma função da comissão, qual seja: incumbência por dar impulso ao procedimento licitatório.

4.3.1. Agente de Contratação como Impulsionador do Processo Licitatório

Dentre as funções designadas ao agente de contratação está a de “dar impulso ao procedimento licitatório” (art. 6º, LX e art. 8º da Lei n.º 14.133/2021).

Em comparação, a Lei n.º 8.666/1993 não atribuiu à pessoa específica responsabilidade por dar impulso à tramitação do processo administrativo de licitação. Sendo assim, no âmbito da Administração Pública Federal, sob a tutela da Lei n.º 8.666/1993, aplica-se a regra geral do processo administrativo insculpida no parágrafo único do artigo 2º, inciso XII, da Lei n.º 9.784/1999, qual seja, impulsão de ofício do processo administrativo como

critério de observação obrigatória, não por um servidor determinado, mas por toda a Administração Pública. O dispositivo consiste em verdadeira proteção ao administrado que busca ter seu direito satisfeito, em face de possível suspensão injustificada do andamento do processo administrativo no qual figure como interessado.

Mas, no caso específico do processo administrativo de licitação, a situação é distinta. Existe por parte da Administração a necessidade de um bem a ser contratado, bem este indispensável ao desempenho de sua função de forma satisfatória. Todas as partes envolvidas no processo têm interesse convergente: a busca da proposta mais vantajosa, contratação e fornecimento do bem.

Decorre dos princípios da continuidade do serviço público e da eficiência, que a licitação não sofra qualquer atraso injustificado, vindo a interromper o serviço público cuja prestação dependa daquele bem a ser adquirido. Os referidos princípios devem ser atendidos por todos os agentes públicos e não somente por um determinado agente atuante no processo.

A licitação é um procedimento com etapas concatenadas e sucessivas, com prazos definidos seja na lei, nos regulamentos ou no instrumento convocatório, e essas etapas têm seus respectivos responsáveis também pré-definidos. Cada agente deve receber o resultado de uma operação feita na fase anterior, processar (realizar o trabalho que lhe cabe), e entregar para o ator subsequente, a fim de continuar o fluxo processual. Falar em “impulsionar o processo de licitação” é prever na lei como normal a possibilidade de alguma das atividades pré-estabelecidas não ser realizada em sua completude, atribuindo ao multifuncional agente de contratação o ônus pelo saneamento das falhas.

Em sentido amplo, impulso processual no direito brasileiro remete ao princípio do impulso oficial que consta do art. 2º do novo Código de Processo Civil. A previsão de que o processo se desenvolva por impulso oficial se opõe à informação anterior, no mesmo artigo que atribui à parte a iniciativa processual: “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

É uma proteção ao interesse do particular relacionado ao princípio da duração razoável do processo e ao risco de ofensa ao princípio da imparcialidade.

Em se tratando de processo administrativo, conforme foi dito, vale a regra parágrafo único do artigo 2º, inciso XII, da Lei n.º 9.784/1999, qual seja, impulso de ofício do processo administrativo como critério de observação obrigatória por toda a Administração Pública.

Na prática, as duas situações pressupõem partes com interesses divergentes e poderes desproporcionais: Administração *versus* administrado e Poder Judiciário *versus* cada uma partes em litígio.

É certo que processo administrativo de licitação visa em última instância atender ao interesse do cidadão. Mas seu fim imediato é o fornecimento de um bem ou serviço para a Administração, ou seja, é um processo da Administração para atender aos interesses administrativos.

Dessa forma, é de se refletir sobre os efeitos de atribuir a agente específico a incumbência por impulsionar um processo em que todas as partes envolvidas buscam o mesmo fim (com interesses convergentes). Dito de outro modo: não havendo parte que se beneficie da inércia processual, questiona-se qual o interesse é resguardado ao conferir a um agente específico a função de dar impulso no processo administrativo licitatório, função essa antes de responsabilidade inerente à própria condição de agente público.

4.4. Agente de Contratação Como Gênero

A Lei n.º 14.133/2021 é clara em vedar à autoridade competente a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação (§1º, art. 7º). Porém, o surgimento da figura do agente de contratação e a amplitude de atribuições que a lei lhe confere, pode induzir à tomada de decisão contrária à vedação do art. 7º, atentando contra o princípio da segregação de funções.

Em nível federal, a Advocacia Geral da União emitiu parecer no qual afirma ser o regulamento do art. 8º, §3º necessário para a atuação do agente ou da comissão de contratação (LIMA, 2021). O Poder Executivo Federal, por sua vez, emitiu proposta de regulamentação na qual transcreve a vedação do §1º, art. 7º da Lei n.º 14.133/2021 suprarreferida, sem detalhar quais as funções são mais suscetíveis a riscos.

A fim de conciliar a instituição do agente de contratação com a inafastável obediência ao princípio da segregação de funções, propõe-se como alternativa identificar o agente de contratação não como uma espécie do gênero agentes públicos, mas sim como gênero autônomo (expresso com mais clareza por meio do plural “agentes de contratação”), englobando todos aqueles agentes envolvidos no processo de contratação.

Assim, toda pessoa designada pela autoridade competente, para exercer funções com vistas à obtenção de bens ou prestação de um serviço para a Administração seria

chamado agente de contratação. Cada área sensível (aquelas que a autoridade máxima do órgão julgar como sendo mais suscetível a riscos) ficaria a cargo de uma das espécies de agente de contratação. Dessa forma, teria-se, por exemplo, o agente de contratação demandante, agente de contratação elaborador de editais, agente de contratação responsável pela etapa competitiva, agente de contratação gestor de contratos, ou mesmo o agente de contratação homologador.

A alternativa proposta não aplaca o contexto de risco proporcionado pela nova lei, no que diz respeito à figura do agente de contratação. As expressões genéricas utilizadas para nomear suas atribuições são terreno fértil para o surgimento de conflito de competências administrativas entre os atuantes nos processos de compras públicas. Ainda que a lei não garanta a efetivação de vícios, ela confere à regulamentação infralegal a carga por delimitar a atuação do agente de contratação em conformidade com o princípio da segregação de funções.

Nesse sentido, a Administração Federal, com toda a estrutura que dispõe, apresentou poucas semanas após a promulgação da nova lei, sua proposta de regulamentação e, como exposto, deixa a desejar na medida em que não explicita quais são as áreas sensíveis cujas funções devam ser desempenhadas por agentes públicos distintos. Situação mais precária é a de muitas administrações municipais que não possuem sequer capacidade de regulamentar os dispositivos da nova lei, adequando-a à sua realidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, no inciso XXVII do artigo 22, fixa como competência da União a edição de normas gerais de licitação e contratação, cabendo aos Estados, Distrito Federal e Municípios a competência suplementar, o que consiste no reconhecimento da impossibilidade de prever em uma lei nacional todas as diferentes realidades dos diversos entes da federação.

Passados cinco anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi editada a Lei n.º 8.666/1993 para regulamentar o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabelecendo as regras gerais para licitações e contratos da Administração Pública, pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Mas a Lei n.º 8.666/1993 foi editada com um olhar para o passado, ao invés de prospectar os cenários nos quais seria exigida sua aplicação. Dessa forma, o normativo foi sempre muito criticado por não atender às necessidades da Administração e nem fazer frente às crescentes complexidades do mercado, especialmente os impactos tecnológicos. Nem tudo são críticas, afinal, existe a visão de que, dessas fragilidades, muito se aproveitou o debate sobre licitações, na construção da farta jurisprudência hoje existente em tema de licitações, em especial no âmbito do Tribunal de Contas da União.

Muitos projetos de lei já foram apresentados tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal com vistas a reformar por completo o modo como o poder público efetua suas compras e demais contratações. Até que no ano de 2013 um desses projetos se sobressaiu, chegando a ser efetivamente discutido no Congresso Nacional, resultando no Projeto de Lei do Senado n.º 4.253/2020 e em seguida, na Lei n.º 14.133/2021.

Sancionada em 1º de abril de 2021, a Lei n.º 14.133/2021 é nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos brasileira e substituirá, após dois anos de transição previstos na própria lei, a Lei n.º 8.666/1993, a Lei do Pregão (Lei n.º 10.520/2002) e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC (Lei n.º 12.462/2011).

Com a sanção da nova lei de licitações, saber quais os pontos de mudanças principais é uma preocupação comum não só dos agentes públicos que lidam diretamente com os processos licitatórios, como também dos particulares licitantes, sejam pessoas físicas ou jurídicas. Dessa forma, indicar as inovações que mereçam mais atenção por serem mais impactantes, bem como uma análise sobre estes pontos, concorre para compor o debate que tende a se intensificar no período de transição entre as duas leis.

Da comparação entre as Leis n.º 8.666/1993 e n.º 14.133/2021, relacionam-se os pontos da nova lei que merecem maior atenção do gestor público, e dentre eles está a figura do agente de contratação.

O tema do agente de contratação é daqueles sobre os quais o debate tende a se intensificar, pois traz impactos diretos no desempenho das funções dos agentes que lidam com compras públicas, e tem o potencial de causar a alteração nas estruturas organizacionais de todos os órgãos abrangidos pela Lei n.º 14.133/2021. Some-se a isso o fato de que o texto legal apresenta lacunas que carecem de imediata regulação, o que se exemplifica com a presença da genérica atribuição de “executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento”.

De forma geral, as funções do agente de contratação são previstas na legislação anterior. O que faz a nova lei é reunir funções e designá-la como responsabilidade do agente de contratação, e não mais da comissão de licitação ou de outro ente. Além disso, optou-se por tratar dos agentes públicos envolvidos na licitação, em capítulo destacado.

O agente de contratação é definido no art. 6º, LX da Lei n.º 14.133/2021 como a “pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação”.

Em atendimento ao que determina o §3º do art. 8º da Lei n.º 14.133/2021 (regulamentação da atuação dos agentes no processo licitatório), o Governo Federal por meio da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia (SEGES/ME) disponibilizou para consulta pública minuta de Portaria, que estabelece regras e diretrizes para a atuação do agente de contratação, da equipe de apoio, da comissão de contratação e dos gestores e fiscais de contratos, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional (Anexo A), tendo recebido 267 contribuições nos 15 dias em que ficou disponível (15/06/2021 a 29/06/2021).

A referida proposta de regulamentação, com o acréscimo da expressão temporal “desde a fase preparatória”, intenciona que o agente de contratação atue tanto na fase externa quanto na fase interna da licitação. Caso a proposta se efetive, este ponto trará consequência sobretudo no que diz respeito ao princípio da segregação de funções, princípio básico que orienta as atividades de controle interno, mencionado de forma recorrente nas decisões do Tribunal de Contas da União e contemplado expressamente na Lei n.º 14.133/2021, art. 5º com vistas a nortear todo ato de aplicação da lei.

A ocorrência da expressão “desde a fase preparatória”, no art. 4º da proposta de regulamentação que trata da atuação do agente de contratação na Administração Federal, concorre para possível ofensa ao princípio da segregação de funções, positivado na lei geral de licitações.

Mesmo o art. 11 da mesma proposta de regulamentação, ao vedar a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, não dispõe da capacidade de garantir o atendimento ao princípio da segregação de funções, dada a ausência de definição de quais funções seriam mais suscetíveis a riscos.

Dentre as funções designadas ao agente de contratação está a de “dar impulso ao procedimento licitatório” (art. 6º, LX e art. 8º da Lei n.º 14.133/2021).

É de se refletir sobre os efeitos de atribuir à agente específico a incumbência por impulsionar um processo em que todas as partes envolvidas buscam o mesmo fim (com interesses convergentes). Dito de outro modo: não havendo parte que se beneficie da inércia processual, questiona-se qual o interesse é resguardado ao conferir a um agente específico a função de dar impulso no processo administrativo licitatório, função essa antes de responsabilidade inerente à própria condição de agente público.

A fim de conciliar a instituição do agente de contratação com a inafastável obediência ao princípio da segregação de funções, propõe-se como alternativa identificar o agente de contratação não como uma espécie do gênero agentes públicos, mas sim como gênero autônomo (expresso com mais clareza por meio do plural “agentes de contratação”), englobando todos aqueles agentes envolvidos no processo de contratação.

Assim, toda pessoa designada pela autoridade competente, para exercer funções com vistas à obtenção de bens ou prestação de um serviço para a Administração seria chamado agente de contratação. Cada área sensível (aquelas que a autoridade máxima do órgão julgar como sendo mais suscetível a riscos) ficaria a cargo de uma das espécies de agente de contratação. Dessa forma, ter-se-ia, por exemplo, o agente de contratação demandante, agente de contratação elaborador de editais, agente de contratação responsável pela etapa competitiva, agente de contratação gestor de contratos, ou mesmo o agente de contratação homologador.

A alternativa proposta não aplaca o contexto de risco proporcionado pela nova lei, que confere à regulamentação infralegal a carga por delimitar a atuação do agente de contratação em conformidade com o princípio da segregação de funções. Assim, delicada é a situação de muitas administrações municipais que não possuem plena capacidade de regulamentar os dispositivos da nova lei, adequando-a a sua realidade.

Ressalte-se ainda a existência de desafios práticos no tocante ao papel institucional da atuação da figura do agente de contratação, ante os desafios da eficiência e desburocratização do procedimento licitatório. A ideia de criar um agente de fluidez processual pode resultar em um verdadeiro entrave burocrático, com atividades redundantes, ou mesmo desnecessárias. Afinal, a previsão de mais um ator no processo licitatório (conhecido por ser um campo fértil para difusão das disfunções da burocracia), poderá torná-lo ainda mais moroso, caso não se tenha clareza dos limites da atuação do agente de contratação.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor. **A figura do "agente de licitação" (e a ausência do pregoeiro) no PL 1.292/1995**. In: Revista Consultor Jurídico, 12 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/victor-amorim-figura-agente-licitacao-pl12921995>>. Acesso em: 12 jul. 2021.

BICALHO, A. P. N. **Recentes alterações e perspectivas do Regime Diferenciado de Contratações nas Obras e Serviços de Engenharia**. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n.153, p. 9-20, 2014.

BORGES, Daniela Silva. **O direito de acesso ao processo administrativo e o interessado indireto**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 de julho de 2014. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/40248/o-direito-de-acesso-ao-processo-administrativo-e-o-interessado-indireto>. Acesso em: 16 mai. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com alterações resultantes da Lei 8.883, de 08 de junho de 1994 e da Lei 9.648, de 27 de maio de 1998**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 jun 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> acesso em: 14 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm> Acesso em: 17 maio. 2021.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2829/2015. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas**. Sessão de 04/11/2015. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1543360%22>>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 529/2018. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas**. Sessão de 14/03/2018. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2296985%22>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1278/2020. Primeira Câmara. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues**. Sessão de 18/02/2020. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2392899%22>>. Acesso em: 11 mai. 2021.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2606/2008. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer**. Sessão de 08/10/2008. Disponível em:

<<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-41738%22>>. Acesso em: 12 mai. 2021.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 5277/2009**. Segunda Câmara. Relator: Ministro André de Carvalho. Sessão de 06/10/2009. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1137223%22>>. Acesso em: 11 mai. 2021.

BRITO, Douglas Malheiro de. **Fatores críticos de sucesso para implantação de Building Information Modelling (BIM) por organizações públicas**. Salvador-BA. 2019.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): 'mediação sem mediador'**. Revista de Processo, v. 259, p. 471-489, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.18.PDF>. Acesso em: 02 jul. 2021.

CADIP – CENTRO DE APOIO AO DIREITO PÚBLICO. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133/2021**. São Paulo, 17 de maio de 2021 (2ª edição). Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPublico/Pdf/Cadip/Esp-CADIP-Nova-Lei-Licitacoes.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2021.

CARVALHO, Guilherme. **As medidas conciliatórias da nova Lei de Licitações**. 2021. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/222976/As%20medidas%20conciliat%C3%B3rias%20da%20nova%20Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es%20-%20Guilherme%20Carvalho%20-%20Conjur.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

DA SILVA, Antonio Marcello. **O Princípio e os Princípios da Licitação**. Revista de Direito Administrativo, v. 136, p. 34-45, 1979. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42901/41622>>. Acesso em: 23 jul. 2021.

DA SILVA, José Maria Alves. **Administração pública e cultura patrimonialista**. Práticas de Administração Pública, v. 1, n. 1, p. 25-41, 2017.

DE ALBUQUERQUE NOBREGA, Theresa Christine; BRITO, Marina Falcão Lisboa. **A nova lei de licitações no Brasil / A licitação diante das transições legislativas**. Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor, v. 5, n. 2, p. 68-98, 2019.

DE OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima. **O diálogo competitivo do projeto de lei de licitação e contrato brasileiro**. 2019. Disponível em: <http://licitacaoecontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_2.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2021.

DE TORRES, Ronny Charles Lopes. **A futura nova lei de licitações**. Ronny Charles. fev, 2021. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/a-futura-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 20 fev. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro.** – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. **A reforma da Lei 8.666/93 e do arcabouço legal de compras públicas no Brasil: contribuições do Ipea à consulta pública do Senado.** Brasília: Ipea, out. 2013. (Nota técnica, n. 8). Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5766/1/NT_n08_Reforma-Lei-866693-arcabouco-legal_Diset_2013-out.pdf. Acesso em: 16 fev. 2021.

FUNDAMENTO. In: MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2015. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/fundamento/>>. Acesso em: 04 mai. 2021.

GAZETA DO POVO. **O RDC explicitou aquilo que já vinha sendo utilizado com sucesso: Entrevista com Benjamin Zymler.** Paulo Ferracioli. 20 nov. 2014. Curitiba, PR. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/entrevistas/o-rdc-explicitou-aquilo-que-ja-vinha-sendo-utilizado-com-sucesso-egdo0ou4f5qhsgtlzyu15krwu/>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

LIMA, Edcarlos Alves. **O diálogo competitivo e os desafios práticos de sua operacionalização.** 2021. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/222991/di%C3%A1logo%20competitivo%20e%20os%20desafios%20pr%C3%A1ticos%20de%20sua%20operacionaliza%C3%A7%C3%A3o%20-%20jota.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

LIMA, Jonas. **Parecer da AGU e aplicabilidade da nova lei de licitações e contratos administrativos.** In: Revista Consultor Jurídico, 18 jun. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-18/licitacoes-contratos-parecer-agu-aplicabilidade-lei-1413321>>. Acesso em: 07 jul. 2021.

LOPES, Virgínia Bracarense. **A Nova Lei de Licitações: 5 mudanças trazidas pela norma aprovada.** 2021. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/221790/a%20nova%20lei%20de%20licita%C3%A7%C3%B5es%20-%205%20mudan%C3%A7as%20trazidas%20pela%20norma%20aprovada%20-%20anesp.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva; SALES, Amanda Alves Nobre. **A aplicação do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) em licitações públicas e sua influência nas transformações legislativas.** Revista da Faculdade de Direito da UFC, v. 39, p. 13-30, 2018.

MEIRELLES, H. L. **Licitações e contratos administrativos.** Revista de Direito Administrativo, v. 105, p. 14-34, 14 out. 1971.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** Brasil, Malheiros, 2015.

MELO FILHO, Luiz Fernando Bandeira de. A licitação na Constituição de 1988. In: CRUXÊN, Eliane; DANTAS, Bruno (Org.). **O Exercício da Política: Constituição de 1988. O Brasil 20 anos depois.** Brasília: Senado Federal - ILB, 2008. Cap. 9. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/a-licitacao-na-constituicao-de-1988>>. Acesso em: 20 fev. 2021.

NIEBUHR, Karlin Olbertz. **Agente de Contratação**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 166, dezembro de 2020, disponível em <<https://www.justen.com.br/nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos-pl-4-253-2020/>>. Acesso em: 07 jul. 2021.

ONLL, Observatório da Nova Lei de Licitações. (03 de fevereiro de 2020). **Nova Lei de Licitações cria Agente de Contratação** <<http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/02/03/nova-lei-de-licitacoes-cria-agente-de-contratacao/>>. Acesso em: 07 jul. 2021.

SILVA, Daniel Sá da. **Análise da possibilidade de alteração do marco legal das licitações e contratações diretas à luz da efetividade do princípio da eficiência na administração pública federal**. 2015. 190 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015.

SENADO FEDERAL. **Relatório Final. Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) - CTLICON**. Dez. 2013, disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4728409&ts=1593989881688&disposition=inline>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

ANEXO A – MINUTA DE PORTARIA QUE ESTABELECE REGRAS E DIRETRIZES PARA A ATUAÇÃO DO AGENTE DE CONTRATAÇÃO, DA EQUIPE DE APOIO, DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO E DOS GESTORES E FISCAIS DE CONTRATOS, NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL

O SECRETÁRIO DE GESTÃO DA SECRETARIA ESPECIAL DE DESBUROCRATIZAÇÃO, GESTÃO E GOVERNO DIGITAL DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA, no uso das atribuições que lhe conferem o inciso VII do art. 127 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019, o art. 9º do Decreto nº 1.094, de 23 de março de 1994, e tendo em vista o disposto da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, **resolve**:

CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Objeto e âmbito de aplicação

Art. 1º Esta Portaria estabelece regras e diretrizes para a atuação do agente de contratação, da equipe de apoio, da comissão de contratação e dos gestores e fiscais de contratos, nas áreas de que trata a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

Art. 2º Os órgãos e entidades da Administração Pública não integrantes do Sistema de Serviços Gerais - Sisg, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive os que utilizem recursos da União oriundos de transferências voluntárias, poderão observar as disposições desta Portaria, no que couber.

Definições

Art. 3º Para os efeitos do disposto nesta Portaria, considera-se:

- I - Administração Pública: 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;
- II - Administração: órgão ou entidade por meio do qual a Administração Pública atua;
- III - atividades de gestão e fiscalização de contrato: conjunto de ações que têm por objetivo aferir o cumprimento dos resultados previstos pela Administração em suas avenças

administrativas, bem como prestar apoio à instrução processual pertinente ao setor de contratos para a formalização dos procedimentos relativos a alteração, prorrogação, reequilíbrio, repactuação, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outras.

IV - autoridade: agente público dotado de poder de decisão;

V - agente público: indivíduo que, em virtude de eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, exerce mandato, cargo, emprego ou função em pessoa jurídica integrante da Administração Pública.

CAPÍTULO II DA DESIGNAÇÃO

Agente de contratação

Art. 4º O agente de contratação será designado pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para:

I - tomar decisões acerca do procedimento licitatório;

II - acompanhar o trâmite da licitação, zelando pelo seu fluxo satisfatório, desde a fase preparatória;

III - dar impulso ao procedimento licitatório, em ambas as suas fases e em observância ao princípio da celeridade; e

IV - executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

Equipe de apoio

Art. 5º A equipe de apoio será designada pela autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, entre agentes públicos, para auxiliar o agente de contratação ou a comissão de contratação no desempenho e na condução de todas as etapas do processo licitatório, de que trata o inciso II do art. 13, o que inclui conhecimentos sobre aspectos técnicos e de uso do objeto, licitações e contratos, dentre outros.

Gestores e fiscais de contratos

Art. 6º Os gestores e fiscais de contratos, ou os respectivos substitutos, serão representantes da Administração designados pela autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as

normas de organização administrativa indicarem, para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, nos termos dos art. 20 a 22.

Art. 7º Os fiscais de contratos poderão ser assistidos e subsidiados por terceiros contratados pela Administração, observado o disposto no art. 24.

Comissão de contratação ou de licitação

Art. 8º A comissão de contratação ou de licitação será designada entre um conjunto de agentes públicos indicados pela Administração, em caráter permanente ou especial, com a função de receber, examinar e julgar documentos relativos às licitações e aos procedimentos auxiliares.

Requisitos para a designação

Art. 9º Os agentes públicos designados para o cumprimento do disposto nesta Portaria, deverão preencher os seguintes requisitos:

- I - sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;
 - II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e
 - III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.
- Art. 10. Os agentes de contratação designados serão sempre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública.

Vedação

Art. 11. Fica vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, em observância ao princípio da segregação de funções, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

Art. 12. Deverão ser observados, quando da designação do agente público e do terceiro que auxilie a condução da contratação na qualidade de integrante de equipe de apoio, profissional especializado ou funcionário ou representante de empresa que preste assessoria técnica, os impedimentos dispostos no art. 9º da Lei nº 14.133, de 2021.

CAPÍTULO III
DA ATUAÇÃO E DO FUNCIONAMENTO

Seção I

Agente de Contratação

Atuação

Art. 13. Caberá ao agente de contratação, em especial:

I - acompanhar os trâmites da fase preparatória da licitação, promovendo diligências, se for o caso, para que o calendário de contratação, de que trata IN nº xx, de xx de xxxx de 2021, seja cumprido na data prevista, observado, ainda, o grau de prioridade da contratação, em especial na confecção dos seguintes artefatos:

- a) estudos técnicos preliminares;
- b) anteprojeto, termo de referência ou projeto básico;
- c) pesquisa de preços; e
- d) minuta do edital e do instrumento do contrato.

II - conduzir a sessão pública da licitação, promovendo as seguintes ações:

- a) receber, examinar e decidir as impugnações e os pedidos de esclarecimentos ao edital e aos seus anexos, além de poder requisitar subsídios formais aos responsáveis pela elaboração desses documentos;
- b) verificar a conformidade da proposta em relação aos requisitos estabelecidos no edital;
- c) coordenar a sessão pública e o envio de lances;
- d) verificar e julgar as condições de habilitação;
- e) sanear erros ou falhas que não alterem a substância das propostas;
- f) encaminhar à comissão de contratação os documentos de habilitação, caso verifique a possibilidade de sanear erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica;
- g) indicar o vencedor do certame;
- h) conduzir os trabalhos da equipe de apoio; e
- i) encaminhar o processo devidamente instruído, após encerradas as fases de julgamento e habilitação, e esgotados os recursos administrativos, à autoridade superior para adjudicação e homologação.

§ 1º O agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio, de que trata o art. 5º, e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe.

§ 2º A atuação do agente de contratação na fase preparatória deve se ater à supervisão e às eventuais diligências para o bom fluxo da instrução processual, eximindo-se do cunho operacional da elaboração dos artefatos arrolados no inciso I do caput.

Art. 14. Nas licitações que envolvam bens ou serviços especiais, o agente de contratação poderá ser substituído por comissão de contratação, formada por, no mínimo, 3 (três) membros, designados nos termos do Capítulo II.

§ 1º Na hipótese do caput, a comissão de contratação deverá observar o disposto nos incisos I e II do art. 13 e no art. 17.

§ 2º Os membros da comissão de contratação de que trata o caput responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão.

Art. 15. O agente de contratação poderá solicitar manifestação técnica da assessoria jurídica ou de outros setores do órgão ou da entidade, bem como do órgão de controle interno, a fim de subsidiar sua decisão.

Seção II

Equipe de apoio

Atuação

Art. 16. Caberá à equipe de apoio auxiliar o agente de contratação ou a comissão de contratação nas etapas do processo licitatório, de que trata o inciso II do art. 13.

Parágrafo único. A equipe de apoio poderá solicitar manifestação técnica do órgão de assessoramento jurídico ou de outros setores do órgão ou da entidade licitante, bem como do órgão de controle interno, a fim de subsidiar sua decisão.

Seção III

Comissão de contratação ou de licitação

Funcionamento

Art. 17. Caberá à comissão de contratação ou de licitação, entre outras:

I - substituir o agente de contratação, nos termos do art. 13, quando a licitação envolver a contratação de bens ou serviços especiais, desde que observados os requisitos estabelecidos nos arts. 8º e 9º;

II - conduzir a licitação na modalidade diálogo competitivo, observado, no que couber, o disposto no art. 13;

III - receber, examinar e julgar documentos relativos aos procedimentos auxiliares, previstos no art. 78 da Lei nº 14.133, de 2021, observadas as normas e os regulamentos expedidos pela Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia;

Parágrafo único. Na licitação na modalidade diálogo competitivo, que dispõe o inciso II, a comissão será composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão.

Art. 18. A comissão de contratação poderá solicitar manifestação técnica do órgão de assessoramento jurídico ou de outros setores do órgão ou da entidade licitante, bem como do órgão de controle interno, a fim de subsidiar sua decisão.

Seção IV

Gestores e fiscais de contratos

Atividades de gestão e fiscalização de contratos

Art. 19. As atividades de gestão e fiscalização da execução do contrato competem ao gestor do contrato, auxiliado pela fiscalização técnica e administrativa, de acordo com as seguintes disposições:

I - gestão da execução do contrato: é a coordenação das atividades relacionadas à fiscalização técnica e administrativa, bem como dos atos preparatórios à instrução processual e ao encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para formalização dos procedimentos quanto aos aspectos que envolvam a prorrogação, alteração, reequilíbrio, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outros;

II - fiscalização técnica: é o acompanhamento do contrato com o objetivo de avaliar a execução do objeto nos moldes contratados e, se for o caso, aferir se a quantidade, qualidade, tempo e modo da prestação ou execução do objeto estão compatíveis com os indicadores estipulados no edital, para efeito de pagamento conforme o resultado pretendido pela Administração, podendo ser auxiliado pela fiscalização administrativa;

III - fiscalização administrativa: é o acompanhamento dos aspectos administrativos exclusivamente dos contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra quanto às obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como quanto às providências tempestivas nos casos de inadimplemento.

Parágrafo único. Compete ao gestor e aos fiscais de contrato de que tratam os art. 20 a 22 conhecer as normas, as regulamentações e os padrões estabelecidos pela Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia e demais legislações correlatas.

Gestor do contrato

Art. 20. Caberá ao gestor do contrato e, nos seus afastamentos e impedimentos legais, ao seu substituto, em especial:

I - coordenar as atividades relacionadas à fiscalização técnica e administrativa, de que dispõe os incisos II e II do art. 19.

II - emitir decisão sobre todas as solicitações e reclamações relacionadas à execução dos contratos, no prazo de até 1 (um) mês, contados da instrução do requerimento, ressalvados os requerimentos manifestamente impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para a boa execução do contrato;

III - acompanhar os registros realizados pelos fiscais do contrato ou dos terceiros contratados, de todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato e as medidas adotadas, informando, se for o caso, à autoridade superior aquelas que ultrapassarem a sua competência;

IV - acompanhar a manutenção das condições de habilitação da contratada, para efeito de empenho de despesa e pagamento, devendo anotar no relatório de riscos eventuais problemas que obstem o fluxo normal da liquidação e pagamento da despesa;

V - manter atualizado o processo de acompanhamento e fiscalização do contrato contendo todos os registros formais da execução no Histórico de Gerenciamento do Contrato, a exemplo da ordem de serviço, do registro de ocorrências, das alterações e das prorrogações contratuais, elaborando relatório com vistas à necessidade ou não de eventuais adequação ao contrato para que atenda a finalidade da Administração;

VI - coordenar os atos preparatórios à instrução processual e ao envio da documentação pertinente ao setor de contratos para formalização dos procedimentos de que dispõe o inciso I do art. 19;

VII - estabelecer prazo razoável para comunicar à autoridade competente o término dos contratos, em caso de nova contratação ou prorrogação, visando à solução de continuidade;

VIII - constituir relatório final, de que trata a alínea "d" do inciso VI do § 3º do art. 174 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, com as informações obtidas durante a execução do contrato, como forma de aprimoramento das atividades da Administração.

Fiscal técnico

Art. 21. Cabe ao fiscal técnico do contrato e, nos seus afastamentos e impedimentos legais, ao substituto, em especial:

- I - prestar apoio técnico e operacional ao gestor do contrato, subsidiando-o de informações pertinentes às suas competências;
- II - anotar no Histórico de Gerenciamento do Contrato todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato, determinando o que for necessário para a regularização das faltas ou dos defeitos observados;
- III - emitir notificações para a correção de rotinas ou de qualquer inexatidão ou irregularidade constatada em desacordo com a execução do contrato, determinando prazo para a correção;
- IV - informar ao gestor do contrato, em tempo hábil, a situação que demandar decisão ou adoção de medidas que ultrapassem sua competência, para que adote as medidas necessárias e saneadoras, se for o caso;
- V - comunicar imediatamente ao gestor do contrato quaisquer ocorrências que possam inviabilizar a execução do contrato nas datas aprazadas;
- VI - fiscalizar a execução do contrato, para que sejam cumpridas todas as condições estabelecidas na avença, de modo a assegurar os melhores resultados para a Administração, conferindo as notas fiscais e as documentações exigidas para o pagamento, e após o ateste, encaminhar ao gestor de contrato, para ratificação;
- VII - comunicar o gestor do contrato, no prazo estabelecido nos termos no inciso VIII do art. 19, o término do contrato sob sua responsabilidade, no caso de nova contratação ou prorrogação.

Fiscal administrativo

Art. 22. Cabe ao fiscal administrativo do contrato e, nos seus afastamentos e impedimentos legais, do substituto, em especial:

- I - prestar apoio técnico e operacional ao gestor do contrato, subsidiando-o de informações pertinentes às suas competências;
- II - verificar a manutenção das condições de habilitação da contratada; e
- III - examinar a regularidade no recolhimento das contribuições fiscal, trabalhista e previdenciária e, em caso de descumprimento, observar as regras expedidas pela Secretaria de

Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.

Recebimento provisório e definitivo

Art. 23. O recebimento provisório ficará a cargo do fiscal técnico e o recebimento definitivo do gestor do contrato ou comissão designada pela autoridade competente, conforme regras definidas em ato expedido pela Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.

Terceiros contratados para assistir e subsidiar os fiscais do contrato

Art. 24. Na hipótese da contratação de terceiros para assistir e subsidiar os fiscais de contrato de que trata esta Portaria, deverão ser observadas as seguintes regras:

- I - a empresa ou o profissional contratado assumirá responsabilidade civil objetiva pela veracidade e pela precisão das informações prestadas, firmará termo de compromisso de confidencialidade e não poderá exercer atribuição própria e exclusiva de fiscal de contrato; e
- II - a contratação de terceiros não eximirá de responsabilidade o fiscal do contrato, nos limites das informações recebidas do terceiro contratado.

Apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno

Art. 25. Os fiscais técnico e administrativo serão auxiliados pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração vinculados ao órgão ou a entidade promotora da contratação, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução do contrato.

CAPÍTULO V DISPOSIÇÕES FINAIS

Orientações Gerais

Art. 26. Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, no âmbito de sua competência, poderão expedir normas internas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na atuação na área de licitações e contratos do agente de contratação, da equipe de apoio, da comissão de contratação, dos gestores e fiscais de contratos, desde que observadas as disposições desta Portaria.

Art. 27. Os casos omissos decorrentes da aplicação desta Portaria serão dirimidos pela Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.

Art. 28. A Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia poderá expedir normas complementares para a execução desta Portaria, bem como disponibilizar em meio eletrônico informações adicionais.

Vigência

Art. 29. Esta Portaria entra em vigor no dia 1º de agosto de 2021.