

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DA REGIÃO DAS HORTÊNSIAS  
ÁREA DE CONHECIMENTO DAS CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**ALCIONE ROBERTO DAL CASTEL**

**A MODALIDADE DO DIÁLOGO COMPETITIVO E O DESENVOLVIMENTO DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS NA INFRAESTRUTURA RODOVIÁRIA**

**CANELA  
2022**

**ALCIONE ROBERTO DAL CASTEL**

Monografia apresentada no Curso de Direito da Universidade de Caxias do Sul, Campus universitário da região das Hortênsias, requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador Prof. Ms. Luis Fernando Castilhos Silveira

**CANELA**

**2022**

**ALCIONE ROBERTO DAL CASTEL**

**A MODALIDADE DO DIÁLOGO COMPETITIVO E O DESENVOLVIMENTO DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS NA INFRAESTRUTURA RODOVIÁRIA**

Monografia apresentada no Curso de Direito da Universidade de Caxias do Sul, Campus universitário da região das Hortênsias, requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador Prof. Ms. Luis Fernando Castilhos Silveira

**Aprovado em 06/dezembro/2022**

**Banca Examinadora**

Prof. Ms. Luiz Fernando Castilhos Silveira  
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Bruno Rigon  
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Me. Róbson de Vargas  
Universidade de Caxias do Sul

## RESUMO

As alterações nos contratos de licitações advindos da nova Lei 14.133/2021 e a sua possível contribuição para a solução de impasses jurídicos no desenvolvimento de políticas públicas na infraestrutura rodoviária com o potencial uso do diálogo competitivo para solucionar esses impasses. O trabalho apresenta o direito administrativo, a teoria sobre os Contratos Administrativos, Licitação, Crimes praticados na licitação, Análise da Lei 8.987/1995, Análise da Lei 8.666/1993 em relação à Lei 14.133/2021, Análise do Diálogo Competitivo, e a apresentação da teoria sobre Infraestrutura Rodoviária. Análise se o diálogo competitivo referente à nova Lei das licitações contribui para melhorar as negociações entre a administração pública e o setor privado. Essa pesquisa tem como importância tirar as dúvidas se ao fazerem as Leis o Poder Legislativo está em sintonia com a realidade e a necessidade das negociações entre as empresas e o Poder Executivo. No Direito Administrativo os contratos de obras de infraestrutura a administração pública deverá obedecer a Lei das licitações com o objetivo de contratar pelo menor preço, com melhor técnica e melhor qualidade, e conforme o diálogo competitivo da Lei 14.133/21 essa modalidade contribuirá para as negociações entre o setor privado e o setor público, mas falta muito ainda para que as empresas de pequeno porte possam também participarem de concorrências de licitações por causa das grandes exigências de aportes econômicos e financeiros e de burocracias que a lei exige. A Lei 14.133/21 que trata também dos contratos administrativos passará a partir de 31 de março de 2023 a substituir o texto da Lei 8.666/93 que perderá a validade na íntegra. A metodologia aplicada referente a esse trabalho é uma pesquisa bibliográfica retirada de livros, artigos científicos, Constituição Federal e Leis específicas do Direito Administrativo.

Palavras-chave: Licitação; Contrato Administrativo; Diálogo Competitivo; Infraestrutura Rodoviária

## ABSTRACT

The changes in bidding contracts arising from the new Law 14.133/2021 and its possible contribution to the solution of legal impasses in the development of public policies in road infrastructure with the potential use of competitive dialogue to solve these impasses. The work presents the administrative law, the theory on Administrative Contracts, Bidding, Crimes committed in bidding, Analysis of Law 8.987/1995, Analysis of Law 8.666/1993 in relation to Law 14.133/2021, Analysis of Competitive Dialogue, and the presentation of the theory on Road Infrastructure. Analysis if the competitive dialogue regarding the new Bidding Law contributes to improve the negotiations between the public administration and the private sector. This research has as importance to remove the doubts if when making the Laws the Legislative Power is in tune with the reality and the necessity of the negotiations between the companies and the Executive Power. In Administrative Law, the contracts for infrastructure works, the public administration must obey the Bidding Law in order to contract by the lowest price, with better technique and better quality, and according to the competitive dialogue of Law 14.133/21 this modality will contribute to the negotiations between the private sector and the public sector, but there is still a long way to go before small companies can also participate in bidding competitions because of the great demands for economic and financial contributions and the bureaucracy required by law. Law 14.133/21, which also deals with administrative contracts, will replace Law 8.666/93 as of March 31, 2023. The methodology applied to this work is a bibliographical research taken from books, scientific articles, the Federal Constitution, and specific Laws of Administrative Law.

Keywords: Bidding; Administrative Contract; Competitive Dialog; Road Infrastructure

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>2. DIREITO PÚBLICO</b> .....	<b>8</b>
2.1. DIREITO ADMINISTRATIVO E SERVIÇO PÚBLICO .....	8
2.2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS .....	10
2.3. CONCESSÃO/PERMISSÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS LEI 8.987/1995 .....	41
<b>3. LICITAÇÕES</b> .....	<b>47</b>
3.1. PARTE GERAL DAS LICITAÇÕES .....	47
3.2. CRIMES PRATICADOS NAS LICITAÇÕES .....	49
3.3. ANÁLISE ENTRE A LEI 8.666/1993 E A LEI 14.133/2021 .....	50
3.4. DIÁLOGO COMPETITIVO .....	57
3.5. INFRAESTRUTURA RODOVIÁRIA .....	63
<b>4. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>69</b>
<b>ANEXOS</b> .....	<b>73</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por tema as alterações da nova Lei 14.133/2021 e a sua possível contribuição para a solução de impasses jurídicos no desenvolvimento de políticas públicas na infraestrutura rodoviária.

O objetivo é analisar a nova Lei das licitações observando o caso do diálogo competitivo se tem ou não potencial para contribuir para a solução de impasses jurídicos no desenvolvimento de políticas públicas no setor de infraestrutura rodoviária brasileira.

A delimitação do tema gira em torno do Direito Administrativo mais precisamente aos contratos administrativos de licitação.

O diálogo competitivo tem potencial para contribuir para a solução de impasses jurídicos no desenvolvimento de políticas públicas na infraestrutura rodoviária?

Nos contratos administrativos em obras de infraestrutura com valores altos, a administração pública deverá obedecer a Lei das licitações com o objetivo de contratar pelo menor preço, com melhor técnica e melhor qualidade, e conforme o artigo a respeito do diálogo competitivo da Lei 14.133/21 será que essa modalidade contribuirá para as negociações entre o setor privado e o setor público.

No modo tradicional de licitação dada pela Lei 8.666/93 tem como base para redação da nova Lei 14.133/21 que em muitos artigos se tem o mesmo significado jurídico.

O objetivo do trabalho é apresentar o direito administrativo, a teoria sobre os Contratos Administrativos, Licitação, Crimes praticados na licitação, Análise da Lei 8.987/1995, Análise da Lei 8.666/1993 em relação à Lei 14.133/2021, Análise do Diálogo Competitivo, Apresentação da teoria sobre Infraestrutura Rodoviária.

Análise se o diálogo competitivo referente à nova Lei das licitações contribui para melhorar as negociações entre a administração pública e o setor privado.

Essa pesquisa tem como importância tirarem as dúvidas se ao fazerem as Leis o Poder Legislativo esta em sintonia com a realidade e a necessidade das negociações entre as empresas e o Poder Executivo.

A metodologia aplicada referente a esse trabalho é uma pesquisa bibliográfica retirada de livros, artigos científicos, Constituição Federal e Leis específicas do Direito Administrativo.

## 2. DIREITO PÚBLICO

Nesse capítulo será tratado sobre a relação do contrato administrativo com sua aplicação em uma licitação, bem como uma introdução rápida da história do direito administrativo. Além disso, uma análise da Lei 8.987/95 sobre a concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

### 2.1. DIREITO ADMINISTRATIVO E SERVIÇO PÚBLICO

O Estado Social de Direito que nasce a partir da Constituição 1934 é um prestador de serviço que teve sua atuação ampliada para abranger as áreas econômica e social fortalecendo o Poder Executivo, e assim como apresenta Di Pietro (2014, p.29) “o princípio da legalidade ampliou-se para abranger os atos normativos baixados pelo Poder Executivo, com força de lei, e estendeu-se a todo o âmbito de atuação administrativa”. Assim o princípio da legalidade passou a significar que a Administração só pode fazer o que a lei permite.

De acordo com o princípio da legalidade, a Administração Pública precisa controlar seus próprios atos e se necessário anular aqueles que contrariam a lei, conhecida como uma prerrogativa de autotutela e que conforme Di Pietro (2014, p.286) “não deixa de corresponder a um dos atributos dos atos administrativos, que diz respeito à sua executoriedade pela própria Administração. Esta decide e põe em execução a própria decisão”.

Já na Constituição de 1988 apresentam-se os princípios próprios do Estado Democrático de Direito como uma concepção mais ampla do princípio da legalidade e a participação do cidadão na gestão e controle da Administração Pública.

No interesse público o Estado tem que defender a coletividade no sentido de favorecer o bem-estar social, assim Di Pietro (2014, p.38) diz que

o princípio da supremacia do interesse público não coloca em risco os direitos individuais, porque tem que ser aplicado em consonância com os princípios todos que informam o direito administrativo, como os da lealdade, impessoalidade, razoabilidade e segurança jurídica.

Na Constituição Federal de 1988 o artigo 175 diz que o Poder Público tem a incumbência de prestar serviços públicos por meio direto ou sob regime de concessão ou permissão, sendo que no parágrafo único a lei ordinária tem a tarefa de estabelecer qual o regime para as empresas concessionárias e permissionárias, o caráter do contrato, a prorrogação, as condições de execução, a fiscalização e a rescisão (BRASIL, 1988).

Há diferenças nos regimes jurídicos de direito privado e dos de direito público, o primeiro é parcialmente derogado pelo direito público já o regime jurídico administrativo. Como cita Di Pietro (2014, p.268) caracteriza-se por prerrogativas e sujeições; as primeiras conferem poderes à Administração, que a colocam em posição de supremacia sobre o particular; as sujeições são os limites à atuação administrativa, necessárias para garantir as finalidades públicas e os direitos do povo.

O poder de polícia administrativo é uma das áreas de atuação do Estado e de acordo com Di Pietro (2014, p.125) essa polícia tem caráter preventivo, ela tenta impedir que o comportamento individual cause maiores prejuízos a todos, sendo que a mesma incide sobre bens, direitos ou atividades.

Assim seguindo em relação ao direito administrativo chegamos ao processo que conforme Di Pietro (2014, p.694) seu significado “tem o sentido de marcha para a frente, avanço, progresso, desenvolvimento; seria na linguagem de José Frederico Marques, um “fenômeno em desenvolvimento”. O processo é sempre forma, instrumento, modo de proceder”.

Então nesse mesmo raciocínio destaca-se o processo administrativo em seu sentido mais amplo, como sendo o conjunto de atos coordenados para a solução de uma controvérsia no âmbito administrativo, mas conforme Di Pietro (2014, p.696) “como nem todo processo administrativo envolve controvérsia, também se pode falar em sentido ainda mais amplo, de modo a abranger a série de atos preparatórios de uma decisão final da Administração”.

Não se pode confundir processo com procedimento, pois como já foi apontado, processo é um instrumento indispensável para o exercício da função administrativa e tudo o que a Administração faz como operações materiais ou atos jurídicos fica documentado em um processo, e já no caso do procedimento Di Pietro (2014, p.696) “é o conjunto de formalidades que devem ser observados para a

prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo”.

Existe ainda o processo administrativo disciplinar que de acordo com Di Pietro (2014, p.711) “no direito brasileiro, os meios de apuração de ilícitos administrativos são o processo administrativo disciplinar e os meios sumários, que compreendem a sindicância e a verdade sabida”.

Já ao falar em responsabilidade extracontratual do Estado entende-se como sendo o dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, e conforme Di Pietro (2014, p.715)

ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito, no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinados ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade.

Então por fim, os agentes públicos conforme o direito administrativo deve agir sempre em consonância com as regras da lei tendo uma atitude igualitária a todos os membros da coletividade.

## **2.2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

A expressão contrato administrativo serve para designar a celebração de um negócio que a Administração Pública realiza com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas para a execução de fins públicos pelo regime jurídico de direito público, mas assim como cita Di Pietro (2014, p.263) os contratos de direito privado a Administração se iguala ao particular sendo que a relação jurídica é horizontal e nos contratos administrativos, a Administração age como poder público de império sobre o particular caracterizando uma relação jurídica vertical.

Ao explicar sobre a história dos contratos segundo Tanaka (2007, p.11) “o contrato é um acordo livre entre duas ou mais vontades visando produzir efeitos jurídicos”, e conforme Cretella apud Tanaka (2007, p.11) o Código Napoleão inaugura o uso do contrato e que as relações entre as partes se tornam livres de

mudanças com igualdade e liberdade dos contratantes para ajustes a imutabilidade das cláusulas e a limitação das consequências entre as partes.

As ideias liberais do século XVIII passaram a suprimir os privilégios da Nobreza e do Clero com a proclamação do princípio da soberania nacional representado pelo governo e a separação entre o direito público e o direito privado.

Assim dessa forma Tanaka (2007, p.13) descreve que o Estado liberal possibilitou o livre desenvolvimento da vida econômica ocasionando transformações no conceito dos contratos, mediante a sobreposição da parte de maior poder econômico sobre a economicamente fraca, que fixava unilateralmente as cláusulas, restando a esta última a desistência ou a mera adesão sem possibilidade de discutir ou propor qualquer modificação das cláusulas.

Mas esse Estado liberal precisava de uma grande reforma por causa das grandes distorções entre as classes sociais, sendo que a parte mais fraca se rebelou com violência surgindo o Estado revolucionário ou em alguns países continuando com o Estado Liberal, mas de forma pacífica evoluiu para uma social democracia intervindo na economia, nos conflitos entre capital e trabalho, e administrando a produção, a distribuição e o consumo.

Assim, no século XIX as modificações de ordem econômica introduzidas pelo sistema capitalista como cita Tanaka (2007, p.14) “objetivando evitar a exploração referida nos contratos entre particulares, dentre outros distúrbios, o Estado passou a intervir nas relações contratuais”, marcando assim uma nova época conhecida na história do Direito como o dirigismo contratual.

Nos primórdios da elaboração da teoria do contrato administrativo mesmo que houvesse resistências fortes a essa ideia, decorrentes das concepções que predominavam no século 19, concepções estas elaboradas para o contrato entre particulares e regido pelo regime jurídico de Direito Privado, sendo que dessa forma a administração pública não poderia firmar contratos em razão da posição de superioridade em relação ao particular e que deveria nascer em decorrência de atos unilaterais ou atos administrativos.

Mas apesar das resistências Medauar apud Berwig (2019, p.301)

a teoria do contrato administrativo teve seus elementos elaborados nas decisões do Conselho de Estado francês, afastando os preceitos de Direito Privado, deixando de lado a autonomia de vontade, a igualdade entre as partes e a intangibilidade de vontade, assim a administração apresenta-se

com prerrogativas e privilégios necessários para assegurar o interesse público, mas também interesses do particular contratado.

Surgia também nessa época a situação de delinear os limites entre o direito público e privado distinguindo quais litígios da Administração seriam da competência do Conselho de Estado ou da jurisdição comum, aqueles oriundos das relações existentes entre a Administração Pública e os particulares, e conforme Tanaka (2007, p.15) com o advento do Estado intervencionista “a caótica situação das relações de ordem econômica e social com o capitalismo, a necessidade de se estabelecer os referidos limites passou a ser agravada diante da evolução do direito administrativo”.

Já no século XX como aponta Tanaka (2007, p.15) o Conselho de Estado Francês elaborou os elementos fundamentais da teoria do contrato administrativo, que são a teoria negativa do contrato que sustentava que os contratos administrativos inexistiam por serem iguais os outros contratos de direito privado e que sendo impostos pelo poder do império era ato administrativo unilateral. A outra teoria do contrato administrativo admitia sim a existência dos contratos administrativos como espécie absolutamente autônomo. E por último a teoria intermediária dizia que seria possível a celebração das duas espécies de contratos.

Um das grandes dificuldades como demonstra Tanaka (2007, p.54) é separar e precisar quais atos seriam considerados de gestão ou de autoridade confundindo-se normas próprias do direito público com as normas de direito privado.

Os contratos administrativos possuem também cláusulas exorbitantes que são aquelas definidas pelo Conselho de Estado que tem por objetivo conferir as partes direitos ou colocar obrigações estranhas que não são suscetíveis de ser livremente consentidas por qualquer pessoa, mas segundo Tanaka (2007, p.65) “um contrato pode ser administrativo mesmo na ausência expressa dessas cláusulas, por quanto elas se referem aos atributos da Administração, como ente público, e precedem a própria existência do contrato”, ainda a autora complementa que “a cláusula exorbitante poderá estar ausente na letra do contrato, porém sempre estará presente em sua essência quando o contrato, por sua própria natureza, for realmente administrativo”.

Observando pelo critério subjetivo o contrato administrativo se define pela presença da Administração como uma das partes, assim descreve Tanaka (2007, p.67) que tendo em vista um contrato celebrado entre particulares jamais resultará

num contrato de direito público, pois este último se configurará com a presença da Administração em um dos polos contratuais.

O contrato administrativo é um dos meios que a administração pública se utiliza para realizar suas atividades e concretizar o interesse público, mas a doutrina não é uniforme ao tratar a respeito da utilização da técnica contratual pela administração, porém ele se utiliza deste instrumento que é um regime jurídico diferenciado do contrato utilizado entre particulares (BERWIG, 2019, p.301).

As circunstâncias que acompanham os contratos administrativos conseguisse observar sua especialidade o objeto que pode ser obra ou serviço público, e de acordo com Tanaka (2007, p.73) “na doutrina brasileira, a maioria dos autores posiciona-se nesse sentido, caracterizando os contratos administrativos através do interesse público visado”

Alguns contratos administrativos regidos pelo Direito Público, como os contratos de concessão, de obra pública, de prestação de serviço e de compras efetuadas pela administração pública, podem não seguir as mesmas normas e a partir dos anos 70 tem-se o nascimento de novas modalidades contratuais ou convencionais advindas de consenso, acordo, cooperação, parceria entre administração e particulares ou entre órgãos e entidades públicas, que não se enquadram no padrão clássico de contrato administrativo nem no Direito Privado, mas uma ideia de contrato grego clássico e do Direito Romano mais antigo centrado em bens e prestações que é formado por vários tipos de contrato com regimes jurídicos diversos (BERWIG, 2019, p.301-302).

Até hoje no século XXI ainda não existe um posicionamento pacífico a respeito da caracterização dos contratos administrativos, e assim entende Tanaka (2007, p.79) por “caracterização dos contratos administrativos como o estabelecimento de um elemento que, por si só, geraria a inclusão automática dos demais componentes desses contratos”.

A separação dos poderes foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos e mais tarde seria desenvolvida e adaptada a novas concepções com o objetivo de aumentar a eficiência do Estado pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados, assim como cita Tanaka (2007, p.84)

a teoria da separação de Poderes foi concebida como um sistema em que se conjugam um Legislativo, um Executivo e um Judiciário, harmônicos e

independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das constituições.

Assim no caso do Poder Executivo Tanaka (2007, p.85) conclui que a Administração Pública deve ser entendida a atividade de cuidar, de gerir interesses públicos, atuando em prol da comunidade.

Dessa forma os interesses da coletividade devem estar presentes em todas as atuações da Administração Pública e assim Tanaka (2007, p.90) “conclui-se ser errado, portanto, afirmar que a Administração Pública pode ora celebrar contratos de direito privado, ora de direito público”. A realidade é que jamais ela poderá celebrar contratos regidos pelo direito comum, dado que a finalidade que norteia estes últimos que é a obtenção de lucro é absolutamente incompatível.

O contrato administrativo clássico é celebrado entre a administração pública e terceiro, regido pelo Direito Público por força da lei e das cláusulas que são asseguradas prerrogativas e impostas sujeições para o interesse público, dessa forma descreve Berwig, (2019, p.302) que tais prerrogativas permitem a mutabilidade contratual para garantir a concretização do interesse público ao mesmo tempo em que as sujeições determinam a observância da lei e a satisfação dos interesses patrimoniais do contratante privado.

As prerrogativas baseiam-se na outorga de poderes à Administração Pública com o intuito de modificar a relação contratual em função de alterações do interesse público, que sempre deverá alcançar. Assim Tanaka (2007, p.99) descreve que “é o interesse público, portanto, que justifica a outorga de privilégios à Administração Pública. Nesse sentido a nossa pacífica jurisprudência”. Ou ainda tais prerrogativas se fazem necessárias para a Administração Pública, tendo em vista o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

A posição de superioridade da administração pública em relação ao particular se expressa por meio de cláusulas exorbitantes, mas como cita Berwig (2019, p.303)

fica evidenciado, portanto, que esse contrato assegura prerrogativas, previstas em lei, para que a atuação da administração possa assegurar o interesse público expresso na lei, mas sem que isso significa preterir os direitos do contratante particular, posto que seu direito de ordem pecuniária estará sempre assegurado.

O contrato administrativo é considerado um contrato de adesão, pois tem como objetivo principal assegurar as prerrogativas estatais e pela licitação pública a

administração leva o conhecimento de todos os interessados que querem contratar com o poder público e mesmo que não haja necessidade de licitação mesmo assim quem estabelece as cláusulas contratuais unilaterais é a administração pública, sendo que o contratado terá essas informações por meio do edital, ao qual deverá ser dada a publicidade conforme condições e prazos fixados por lei. O contrato administrativo também tem natureza *intuitu personae* conforme relata Berwig (2019, p.303) que para “os quais a lei exige licitação pública, são firmados em razão de condições pessoais do contrato, apurados no certame licitatório, vedada a subcontratação, salvo previsão expressa no próprio edital de licitação”, então tendo sido adjudicado o contrato ao vencedor do certame em razão da qualidade das propostas e da habilitação não poderá ser preterido.

As finalidades e procedimentos para celebração de um contrato estão sujeitos à observância de requisitos previstos em lei para a validade de autorização legislativa, avaliação, licitação, motivação, indicação de recursos orçamentários, publicação e aprovação pelo Tribunal de Contas, além disso, como descreve Di Pietro (2014, p.269) “a finalidade direta ou indiretamente, há de ser sempre pública, sob pena de desvio de poder”.

Aspectos que diferenciava os contratos administrativos dos contratos privados foram denominados de cláusulas derogatórias e exorbitantes do Direito Comum ou Civil, assim (MEDAUAR apud BERWIG, 2019, p.304) diz que “pode-se entender por cláusulas exorbitantes, aquelas que expressam as prerrogativas da administração pública necessárias à concretização do interesse público”.

Nos contratos administrativos existem três categorias de cláusulas e assim conforme Tanaka (2007, p.104) as cláusulas contratuais são aquelas incluídas nos documentos formuladores das regras que deverá cumprir-se como relativas à garantia, ao preço, ao pagamento do preço, aos prazos e penalidades por mora, ao recebimento dos fornecimentos e obras, ao procedimento dos recursos, à rescisão nos casos de força maior ou caso fortuito, às medidas coercitivas.

Quando se fala de cláusulas contratuais está se falando de prerrogativas da Administração, assim como descreve Tanaka (2007, p.108) não existem cláusulas exorbitantes em contratos administrativos, mas sim, prerrogativas da Administração que vem antes da própria existência dos contratos públicos e por serem inerentes a personalidade não poderão ser alienados.

As prerrogativas que são previstas por meio das cláusulas exorbitantes ou de privilégio Di Pietro (2014, p.269) cita que "tais cláusulas podem ser definidas como aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra", mas podem algumas cláusulas existir desde que livremente pactuadas pelas partes e que não atinja a disposição expressa da lei.

O contrato administrativo visa à prestação de serviço público em sentido mais amplo que abrange toda atividade que o Estado assume e conforme relata Di Pietro (2014, p.270) "mais do que o tipo de atividade, o que se considera essencial para a caracterização do contrato administrativo é a utilidade pública que resulta diretamente do contrato", assim o particular visa o interesse individual, já a Administração visa o interesse geral.

Quando a Administração celebra contrato que o objeto indireto ou acessório diz respeito ao interesse geral ela se submete ao direito privado, como por exemplo, para comprar materiais para uma obra ou serviço público e outras com o intuito de se equipar dos instrumentos para realização da atividade principal.

Entre as matérias de competência legislativa privativa da União as normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades de Administração Pública direta, autarquias e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e conforme Di Pietro (2014, p.271)

os contratos administrativos, que antes era de competência privativa de cada ente político, reparte-se agora entre, de um lado, a União que estabelece normas gerais e, de outro, Estados e Municípios, que estabelecem as normas suplementares.

A finalidade pública está presente sempre em todos os atos e contratos da Administração Pública, mesmo que regidos pelo direito privado e assim como relata Di Pietro (2014, p.274) "é sempre o interesse público que a Administração tem que ter em vista, sob pena de desvio de poder".

O anacronismo observa que a presença da Administração em um dos polos contratuais tipifica a contratação como regida pelo direito público. Dessa forma Tanaka (2007, p.111) cita que "a Administração traz consigo as prerrogativas que impedem seu nivelamento ao particular contratado. Não existem, portanto, contratos celebrados pela Administração Pública regidos pelo direito privado".

A presença da Administração no contrato administrativo faz com que o interesse público apareça de forma direta ou indireta determinando prerrogativas para que a finalidade seja efetivada, assim como relata Tanaka (2007, p.123) é defendido o princípio da primazia do interesse público sobre o interesse particular, caracterizando um dos elementos dos contratos administrativos, ou seja, o da desigualdade das partes contratantes.

Esse interesse público que Tanaka (2007, p.125) descreve

não é o interesse de alguns, de uma coletividade, um grupo específico ou uma única pessoa. O interesse público é o interesse geral de todos, associado ao bem de toda a população, a uma recepção geral das exigências da sociedade.

Observando sobre outro aspecto do interesse público Tanaka (2007, p.127) diz que

para se utilizar determinada prerrogativa da Administração, o contrato poderá ser alterado, mas, ao mesmo tempo, deverá ser mantido e assegurado seu equilíbrio econômico-financeiro, podendo-se, por essas razões, falar da existência de um contrato de colaboração.

Em uma renegociação dos contratos (GONÇALVES apud CARMONA, 2020, p.23) descreve que a alteração anormal das circunstâncias não deve deixar de ser entendida como um instituto de *ultima ratio*, deve obedecer a duas condições. A primeira é de que deve ser reconhecida a semelhança do que se tem defendido no Direito Privado, um dever de negociar onde ainda seja possível modificar o contrato. A segunda condição é a de que a resolução deve ser acompanhada de uma indenização a qual na lógica da repartição de riscos, deve-a semelhança da impossibilidade não imputável ao credor, cobrir o interesse contratual negativo.

De acordo com Tanaka (2007, p.163) a jurisprudência caminha no sentido de que no caso do contrato de fornecimento rodoviário, mediante entrega única aos termos que aderiu o fornecedor, com cláusula exorbitante de direito comum em favor do Poder Público. Contrato de compra e venda com cláusula de reserva de domínio, ineficácia por tratar-se de contrato administrativo. Busca e apreensão de coisa deferida em favor do fornecedor, descabimento por ter a Administração adquirido pela tradição não só a posse como também o domínio, agravo de instrumento

provido. Dessa forma a Administração tem prerrogativas fundamentadas no interesse público não se sujeitando aos ditames do direito privado.

O princípio da continuidade do serviço público descreve que o serviço público nunca pode parar e sua aplicação esta vinculada aos contratos administrativos e ao exercício da função pública e conforme Di Pietro (2014, p.113) nos contratos o princípio traz consequências como

o reconhecimento de privilégios para a Administração, como o de encampação, o de uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa contratada, quando necessário para dar continuidade à execução do serviço.

Para assegurar a continuidade dos serviços públicos pelos concessionários Tanaka (2007, p.170) descreve que os contratos administrativos a teoria da imprevisão é concebida como a ocorrência de fatos imprevisíveis e inevitáveis, sendo que os efeitos prejudicam as relações contratuais no cumprimento das obrigações, mas há oportunidade da revisão da equação financeira ou se não houver solução haverá a rescisão do instrumento. Complementa ainda Tanaka (2007, p.177)

que a caracterização do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato não é imediata e nem tão simples de se averiguar na prática. Caberá sempre a análise pormemorizada de diversos fatores presentes na economia do Estado para ser efetivamente constatada ou não, sua existência.

Conforme Tanaka (2007, p.182) relata que há uma frequente confusão entre o reajuste e o desequilíbrio econômico-financeiro em um contrato aplicado pela teoria da imprevisão e que tem o mesmo entendimento a decisão encontrada no TCU, DC-0457-41/95-P, publicado no DOU 25/09/1995, p.14.893 (TCU, 1995).

O exercício financeiro coincide com o ano civil, sendo que os créditos normalmente tem essa vigência com o objetivo de evitar que ultrapassem o exercício financeiro do orçamento do ano subsequente, assim Di Pietro (2014, p.276) diz que “a lei quis fazer coincidir a duração dos contratos com o término do exercício financeiro, só admitindo, para os projetos, prazo superior, quando estejam previstos no Plano Plurianual”. O intuito é evitar obras e serviços não planejados que acarretem ônus superiores ao orçamento.

A competição do certame é ingrata e arriscada para as empresas menores, assim como cita Tanaka (2007, p.188) “que esse fato possibilita que somente as grandes empresas, com capital de giro, participem das licitações. Em verdade, as pequenas empresas não podem se arriscar a ficar sem pagamento ou suportar eventuais prejuízos”.

Assim como a terceirização que é uma modalidade de contrato administrativo que pode assumir várias formas pelo que destaca Di Pietro (2014, p.360)

no artigo 18, §1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº101, de 4-5-00), com o intuito de coibir a utilização do instituto como forma de burla ao limite de despesa com pessoal, previsto no artigo 169 da Constituição.

Para (NÓBREGA, 2011) a reforma administrativa baseada na eficiência como axioma, torna-se necessária uma reforma fiscal, com a finalidade de equilibrar o déficit público, sendo a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar 101) a qual constituiu normas sobre o gerenciamento do endividamento e a transparência nos gastos públicos.

E conforme a Lei 11.079 impõe uma série de restrições na responsabilidade da gestão fiscal, sendo que Di Pietro (2014, p.331) afirma que a “dificuldade, no entanto, de dar cumprimento às exigências dessa lei é grande, em razão da duração dos contratos de parceria público-privada, que vai de 5 a 35 anos”, pois na Lei de Responsabilidade Fiscal tem limitação no tempo por causa do Plano Plurianual e se o estudo mostrar que as despesas não são compatíveis com esse plano ou com a Lei de Diretrizes Orçamentarias ou com o orçamento anual, o contrato será rescindido.

Além disso, a regra vedou o pagamento antecipado que deve ser feito após o cumprimento do cronograma físico-financeiro e permitindo garantias para execução dos contratos, bem como, cláusulas financeiras permitindo revisões de preços para que não haja desequilíbrio nos valores contratados levando a prejudicar a execução do objeto pactuado (ALVES, et al, 2021, p.17).

No que se refere ao sigilo de informações referente a contratos Di Pietro (2000, p.454) descreve sobre a Lei 2.910/98 em seu artigo 54 que a celebração de contrato cujo objeto seja sigiloso ou que sua execução impliquem na divulgação de desenhos, plantas, materiais, dados ou informações de natureza sigilosa devem

obedecer aos requisitos do compromisso de sigilo estabelecido no contrato e o estabelecimento de cláusulas de sigilo.

As parcerias público-privadas foram adotadas para poupar investimentos públicos ou para remediar a carência financeira, mas como cita Mello (2010) a lei pressupõe que a modalidade patrocinada a contraprestação pecuniária a ser desembolsada pelo Poder Público poderá corresponder a até 70% da remuneração do contratado ou mais que isso, se houver autorização legislativa (artigo 10, § 3º) poderá chegar até 100% da remuneração. Seguramente este não é um modo de acudir a carência de recursos públicos porque antes pressupõe que existam disponíveis e implica permissão legal para que sejam despendidos.

Seguindo esse mesmo raciocínio sobre as parcerias público-privadas, a crítica passa também pelo estudo de (DI PIETRO, 2012) que diz ser um verdadeiro paradoxo da Lei 11.079/2004, pois foi criada para alavancar principalmente as obras de infraestrutura em face do Estado não possuir aportes financeiros, então como esse mesmo Estado falido pode custear até 70% da contratação e ofertar as mais diversas garantias previstas no dispositivo legal supra?

Ainda conforme a autora descreve que essa lei prevê duas modalidades de parceria a primeira é a concessão patrocinada e a segunda é a concessão administrativa sendo que a remuneração abrange total ou parcialmente a contribuição pecuniária do poder público mesmo que o particular tenha que assumir a execução da obra por sua conta própria o poder público terá que prestar pesadas garantias previstas na lei e dividir os riscos do empreendimento com o contratado nos casos de ocorrência extraordinária gerando certo paradoxo, porque se o poder público não dispõe de recursos para realizar as obras dificilmente disporá de recursos para garantir o parceiro privado de forma adequada.

As parcerias público-privadas tem como objetivo a venda dos ativos públicos a entidades privadas e conseqüentemente o afastamento da intervenção e controle do Estado alocando os riscos ao setor privado, mas conforme (SILVA, 2011) o Estado não se abstém pelo contrário continua a intervir, a controlar aquele setor de interesse público.

No paragrafo único do artigo 1º da Lei 11.079/2004 se aplica aos órgãos da administração pública direta, aos fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e

Municípios. Mas dentro da lei constata-se exceções que são restritas a esfera federal como no artigo 14 que determina a criação de um órgão gestor de parcerias público-privadas federais definindo os serviços prioritários e os procedimentos de celebração dos contratos, autorizaria a abertura de licitação e aprovaria o edital, além de apreciar os relatórios de execução dos contratos (BRASIL, 2004).

As “concessões administrativas são contratos em que a cobrança de tarifas é inviável econômica ou socialmente”, de acordo com decisão política a ser tomada pelo Estado ou juridicamente vedada, como a cobrança pela saúde ou educação pública ou ainda porque o único usuário do serviço a ser prestado é o próprio Estado (ARAGÃO, 2005, p.12).

Na concessão de uso pode-se dizer que é pelo qual a Administração por meio de um contrato administrativo direciona ao particular a utilização privativa de bem público para determinada destinação, assim Di Pietro (2014, p.771) diz que “sua natureza é a de contrato de direito público, sinalagmático, oneroso ou gratuito, comutativo e realizado *intuitu personae*”.

Como a Administração celebra muitos contratos ela estabelece um contrato-padrão como hipótese no caso de concessão de serviços públicos que como descreve Di Pietro (2014, p.266) é elaborada unilateralmente pela Administração e que em geral repete preceitos da lei, sendo que a característica desse ato unilateral é produzir uma só declaração de vontade.

Nem todos os atos da Administração utiliza-se de seu poder de império, assim como descreve Di Pietro (2014, p.266) “aqueles atos em que há uma coincidência entre a vontade da Administração e a do particular, ou seja, naquele tipo de ato em que a Administração não impõe deveres, mas confere direitos”. Assim em atos negociais, como a autorização, a permissão e a admissão a Administração por ato unilateral concede pedido do contratado para exercer certa atividade ou praticar determinado ato não lhe impondo obrigação.

Só depois do acordo de vontades é que produz o efeito do ato unilateral da Administração sendo que na celebração do contrato resultam direitos e deveres recíprocos em regra irrevogáveis, podendo ser modificado por rescisão unilateral ou por motivo de interesse público respeitando o equilíbrio econômico do contrato, mas conforme relata Di Pietro (2014, p.267) “as normas jurídicas, ao contrário, são obrigatórias para todos”, e não criam direitos e deveres recíprocos, pois há uma

relação desigual entre o poder da Administração em relação ao dever do administrado, sendo revogáveis sem direitos compensatórios para o particular.

Em um contrato administrativo que é ofertado por meio de um edital de licitação Di Pietro (2014, p.267) descreve que “os interessados que aceitam e fazem a sua proposta, a Administração seleciona a que apresenta as condições mais convenientes para a celebração do ajuste. Forma-se, assim, a vontade contratual unitária”, além disso, os interesses e finalidades para a Administração em uma concessão de serviço público é a prestação adequada do serviço já o particular objetiva o lucro.

Por fim, não se cria com essa lei, um novo tipo de contrato, mas, sim como cita Queiroz (2011), um contrato de concessão sob o regime jurídico de parceria público-privada, ou seja, um regime jurídico excepcional que traz novas regras e situações.

No fundo garantidor das parcerias público-privada o artigo 16 da Lei 11.079/2004 comenta que tem natureza privada sendo constituídos pela União seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar tendo um limite de 6 bilhões garantindo as obrigações pecuniárias dos parceiros públicos federais, distritais, estaduais e municipais. Esse tipo de modalidade de garantia ajuda a diminuir os riscos e a desconfiança de entidades privadas em relação ao poder público (BRASIL, 2004).

Já (OLIVEIRA, 2011) descreve que uma operação contratual normal com a administração pública, esta desagua em uma demanda judicial, a qual é naturalmente demorada em face das prerrogativas da fazenda em juízo e como também cita Justen Filho (2013), quando do trânsito em julgado da sentença desfavorável a Fazenda, o contratado privado tem que submeter o seu crédito ao regime cronológico de pagamento dos precatórios o qual poderá levar décadas para receber.

Em um processo judicial a respeito de um contrato administrativo (OLIVEIRA, 2011) destaca que o magistrado possivelmente não terá conhecimento para entender a complexidade desse contrato principalmente se for uma parceria público-privada, mas uma opção seria o juízo arbitral com conhecimento técnico para resolver o litígio.

O contrato administrativo tem uma grande importância para a administração pública assim como cita Justen Filho et al (2011, p.25) é cada vez mais frequente que o poder público valha-se da técnica contratual para operar intervenções no domínio econômico.

Ainda sobre as licitações os avisos ou extratos de edital precisam ser apresentado conforme Berwig (2019, p.276)

no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da administração pública estadual ou municipal, ou do distrito federal; em sítio eletrônico oficial do respectivo ente federativo, facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios, alternativamente à utilização de sítio eletrônico oficial da União, segundo regulamento do Poder Executivo Federal, conforme redação determinada pela Medida Provisória nº896 de 6 de setembro de 2019.

Na fase de habilitação das licitações verifica-se a parte jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal como descreve Berwig (2019, p.277) é a fase na qual a comissão de licitação verifica se os participantes têm condições de contratar e executar o futuro contrato, confirmando os licitantes aptos, de acordo com os termos do edital.

Na Lei 14.133/21 no artigo 89 os contratos administrativos regulam-se pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público e pelos princípios da teoria geral dos contratos e disposições de direito privado, assim conforme o § 1º todos os contratos devem possuir os nomes das partes e seus representantes, a finalidade, o ato da lavratura, o número do processo da licitação e a sujeição dos contratantes pelas normas desta Lei e suas cláusulas contratuais. Já no § 2º os contratos precisam apresentar com clareza e precisão as condições de execução com seus direitos e obrigações de acordo com o edital de licitação e o da proposta vencedora (BRASIL, 2021).

O Acórdão 2778/2020-TCU-Plenário, aponta que o início de execução de obra pública com base em projeto básico deficiente, que não contempla todos os elementos necessários e suficientes, com o nível de precisão adequado para bem caracterizar o empreendimento e garantir exatidão na sua orçamentação, constitui falha grave que enseja aplicação de multa aos responsáveis (TCU, 2020).

Conforme o artigo 90 da Lei 14.133/21 o licitante vencedor será convocado regularmente para assinar o termo de contrato estabelecido em edital sob pena de

perder o direito à contratação além das sanções, mas, no § 1º diz que poderá ser prorrogado uma vez por igual período desde que justificado, e no § 2º caso não ocorra a assinatura no prazo será convocado os licitantes remanescentes em ordem de classificação (BRASIL, 2021).

No artigo 91 da Lei 14.133/21 os contratos e aditamentos são de forma escrita sendo juntados ao processo de origem e expostas ao público em página eletrônica oficial e no §1º admite-se sigilo nos contratos quando prejudicar a segurança da sociedade e do Estado, já no § 3º admite-se a celebração de contratos na forma eletrônica e assim no § 4º antes de formalizar o contrato a administração verificará a regularidade fiscal do contratado emitindo certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas (BRASIL, 2021).

As cláusulas em um contrato precisam estabelecer o objeto e seus elementos característicos; a vinculação no edital e proposta do licitante; a legislação referente a contratos; o regime de execução ou fornecimento; o preço e as condições de pagamento a data base o período dos reajustes de preços e seus critérios monetários; os prazos de início e fim da execução; o crédito pelo qual correrá a despesa com classificação funcional e categoria econômica; as garantias oferecidas pelo contratado; os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis, as multas; obrigação do contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei e os casos de extinção. E no § 5º “os contratos de obras e serviços de engenharia, sempre que compatível com o regime de execução, a medição será mensal” (ARTIGO 92, LEI 14.133, BRASIL, 2021).

O artigo 94, § 3º da Lei 14.133/21 diz que em obras a administração pública divulgará em sítio eletrônico em até 25 dias úteis após a assinatura do contrato, a quantidade e o preço e até 45 dias úteis após a conclusão, e no artigo 95 o instrumento de contrato é obrigatório no caso de licitação e no § 2º é nulo e sem efeito o contrato verbal com a administração (BRASIL, 2021).

De acordo com o artigo 96 da mesma lei acima a administração pública poderá exigir prestação de garantia nas contratações de obras e no § 1º o contratado poderá optar por uma das modalidades de garantia, caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública; seguro-garantia; fiança bancária, mas, no § 2º o caso de suspensão do contrato por ordem ou inadimplemento da administração pública o contratado ficará desobrigado da garantia e caso esse contratado escolha o seguro-

garantia ele terá o prazo de 1 mês contado da data de homologação para a apresentação da garantia (BRASIL, 2021).

O objetivo do seguro-garantia é garantir as obrigações assumidas pelo contratado frente a administração, além das multas, os prejuízos e indenizações pelo inadimplemento assim como é descrito no artigo 97 da Lei 14.133/21, (BRASIL, 2021).

E no artigo 98 da mesma lei citada as contratações de obras a garantia poderá ser até 5% do valor inicial do contrato e se for de alta complexidade técnica e que envolve riscos o percentual sobe para 10%. E no artigo 99 as contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto poderão ser exigidas seguro-garantia de até 30% do valor inicial do contrato. Já no artigo 100 essa garantia prestada pelo contratado será restituída após a execução do contrato ou a extinção por culpa exclusiva da administração (BRASIL, 2021).

Conforme o artigo 102 da Lei 14.133/21 na contratação de obras e serviços de engenharia usando da modalidade seguro-garantia caso o contratado entre em inadimplemento a seguradora terá a obrigação de concluir o objeto do contrato tendo assim “livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal; acompanhar a execução do contrato principal; ter acesso a auditoria técnica e contábil; requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento”, mas no parágrafo único, inciso II, caso a seguradora não queira executar e concluir o objeto do contrato então deverá pagar o valor indicado na apólice (BRASIL, 2021).

Já no artigo 103 pode-se identificar e presumir os riscos contratuais alocando-os entre contratante e contratado indicando quais são os riscos de cada um, ou se são compartilhados entre os dois, mas conforme o § 2º todos os riscos cobertos pela seguradora serão transferidos ao contratado. Ainda no que se refere a alocação dos riscos o § 3º diz que será qualificado esses riscos para a projeção dos custos no valor estimado da contratação, sendo que o § 4º essa matriz de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato (BRASIL, 2021).

Ainda sobre o artigo acima o § 5º relata que “atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos”. E por fim, o § 6º cita que a alocação de riscos possui métodos e padrões adotados usualmente por entidades públicas e

privadas e que os ministérios e secretarias supervisoras dos contratos públicos definirão os parâmetros e procedimentos para a identificação, alocação e qualificação financeira (BRASIL, 2021).

No artigo 104 da Lei 14.133/21 descreve sobre o regime jurídico estabelecido nos contratos e que confere a administração pública as prerrogativas de modificá-las unilateralmente adequando as finalidades de interesse público; extingui-los unilateralmente; fiscalizar a execução; aplicar sanções; ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e mão de obra. Mas no § 1º as cláusulas econômico-financeiras e monetárias não poderão ser alteradas, pois o § 2º diz que é para manter o equilíbrio contratual (BRASIL, 2021).

De acordo com o artigo 105 da Lei 14.133/21 a duração dos contratos será prevista em edital sendo observado a cada exercício financeiro a disponibilidade de créditos orçamentários e se ultrapassar um exercício financeiro será feita previsão plurianual. Conforme o artigo 106 a duração de um contrato com a administração será de cinco anos, desde que seja serviços ou fornecimentos contínuos e no artigo 107 esses contratos poderão ser prorrogados sucessivamente respeitando a vigência máxima decenal, desde que prevista em edital e que os preços permaneçam vantajosos para a administração e que permita negociação ou extinção do contrato sem ônus para as partes (BRASIL, 2021).

A Lei 14.133/21 em seu artigo 109, diz que a administração poderá estabelecer prazo indeterminado para os contratos desde que seja usuária de serviço público em regime de monopólio com crédito financeiro comprovado em cada exercício (Brasil, 2021).

E no artigo 110 da mesma lei acima a contratação que gere receita e economia para a administração, os prazos serão de até 10 anos em contratos sem investimento, e 35 anos em contratos com investimento que serão revertidos ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato, sendo que no artigo 111 a contratação que tiver conclusão predefinido o prazo será automaticamente prorrogado se não for concluído no período, mas no artigo 112 confirma que esses prazos não excluem nem revogam os prazos contratuais previstos em lei especial (BRASIL, 2021).

De acordo com a Lei 14.133/21 os contratos sob regime de fornecimento e prestação de serviços associados terá vigência máxima definida pela soma do prazo

relativo ao fornecimento inicial ou a entrega da obra com prazo de 5 anos (Brasil, 2021).

No artigo 115 da mesma lei citada a pouco o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes conforme as cláusulas e normas da lei, sendo que o § 1º é proibido a Administração retardar imotivadamente a execução de obra ou serviço ou as parcelas mesmo que esteja em sua posse. No § 4º as contratações de obras e serviços de engenharia se a responsabilidade pelo licenciamento ambiental for da Administração deverá deixar pronta antes da divulgação do edital. Já o § 6º em contratações de obras que ocorra impedimento, paralização ou suspensão do contrato por mais de um mês a Administração deverá divulgar em sítio eletrônico oficial e no local da obra aviso público de obra paralisada com motivo, responsável pela inexecução e data prevista para reinício (BRASIL, 2021).

O apontamento do artigo 116 da lei 14.133/21 é de que em toda a execução do contrato, o contratado deverá cumprir a reserva de cargos estabelecida em lei para pessoas com deficiência, reabilitados ou aprendizes, bem como outras reservas previstas em lei (BRASIL, 2021).

Já no artigo 117 dessa mesma lei, descreve que a execução do contrato deverá ser acompanhada de um ou mais fiscais representantes da Administração e assim, no § 1º diz que esse fiscal anotará em registro todas as faltas ou defeitos na execução do contrato determinando a regularização, e se ultrapassar sua competência o § 2º descreve que esse fiscal então relatará ao seu superior, sendo que no § 3º esse mesmo fiscal será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, mas já o § 4º se for contratado terceiros para esse serviço a empresa ou profissional contratado assumirá responsabilidade civil objetiva, firmará termo de compromisso de confidencialidade não podendo exercer atribuição exclusiva de fiscal, porque o fiscal da Administração Pública continuará como responsável (BRASIL, 2021).

No artigo 119 será obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir total ou em parte o objeto do contrato que verifique vícios, defeitos ou incorreções de execução ou material, e no artigo 121 o contratado será responsável por encargos trabalhistas fiscais e comerciais, não transferindo esses encargos para a Administração no caso de inadimplemento, mas se for contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos

encargos trabalhistas. Conforme o § 3º as contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra a Administração para cumprimento das obrigações trabalhistas exigirá caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidos; condicionamento do pagamento em relação a quitação das obrigações trabalhistas. No § 4º os valores depositados em conta vinculada para obrigações trabalhistas são impenhoráveis (Lei 14.133, BRASIL, 2021).

No artigo 122 da mesma lei anterior o contratado poderá subcontratar partes da obra, do serviço ou do fornecimento ate o limite autorizado pela Administração mas, o § 1º desde que comprove capacidade técnica do subcontratado. No § 2º o regulamento ou edital de licitação poderá vedar, restringir ou estabelecer condições na subcontratação. E no § 3º será vedada a subcontratação se a pessoa física ou jurídica tiver qualquer tipo de vínculo com a Administração Pública (BRASIL, 2021).

Pelo artigo 123 desta mesma lei acima diz que a Administração terá o dever de emitir decisão sobre todas as solicitações e reclamações relacionadas a execução dos contratos, tendo um mês para decidir, admitida prorrogação por igual período salvo disposição legal ou contratual que estabeleça prazo diferente (BRASIL, 2021).

Seguindo nessa mesma legislação a interpretação do artigo 124 diz que os contratos poderão ser alterados conforme o inciso I, unilateralmente pela Administração por causa de modificação do projeto ou das especificações ou do valor contratual; inciso II, por acordo entre as partes, quando conveniente a substituição da garantia de execução, quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, a modificação da forma de pagamento, para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis que inviabilizam a execução do contrato. No § 1º se tiver falhas de projeto em alterações de contratos de obras e serviços de engenharia gerarão apuração do responsável técnico e dos ressarcimentos dos danos à Administração, mas já no § 2º os contratos poderão ser alterados quando houver atraso na conclusão de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental por circunstâncias do contratante (BRASIL, 2021).

O contrato administrativo tem como característica a mutabilidade que decorre de determinadas cláusulas exorbitantes que confere a Administração poder de alterar cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato antes do prazo estabelecido por causa do interesse público, e conforme Di Pietro (2014, p.289) “segundo entendemos, a mutabilidade pode decorrer também de outras circunstâncias, que dão margem à aplicação das teorias do fato do príncipe e da imprevisão”.

Nos contratos administrativos e outros de que a Administração participa não existe a mesma autonomia da vontade pelo lado da Administração, pois precisa buscar a equivalência material e como relata Di Pietro (2014, p.289) “é mais difícil fazer, no momento do contrato, uma previsão adequada do equilíbrio, uma vez que os acordos administrativos em geral envolvem muitos riscos decorrentes de várias circunstâncias”, dessa forma o equilíbrio do contrato administrativo se torna muito dinâmico e pode romper-se facilmente e por causa desses elementos de insegurança existe essa teoria econômica nos contratos administrativos.

Continuando na mesma linha de estudo o artigo 125 cita que as alterações unilaterais o contratado será obrigado a aceitar acréscimos ou supressões de até 25% do valor inicial atualizado no contrato de obras ou serviços, e já na reforma de edifícios o limite para acréscimo será de 50%, mas o artigo 126 diz que essas alterações não poderão transfigurar o objeto da contratação, e no artigo 127 se o contrato não contemplar preços unitários para obras ou serviços esses serão fixados por meio dos valores da proposta e do orçamento-base da Administração sobre os preços referenciais ou de mercado vigentes na data do aditamento respeitando os limites do artigo 125 (LEI 14.133, BRASIL, 2021).

De acordo com a lei acima o artigo 128, diz que nas contratações de obras e serviços de engenharia a diferença entre o valor global do contrato e o preço de referência não poderá ser reduzido para o contratado. No artigo 129 havendo alteração contratual na supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já estiver colocado o material no local do trabalho, estes deverão ser pagos pela Administração, cabendo até indenização por outros danos decorrentes da supressão (BRASIL, 2021).

Ainda nessa mesma questão sobre preços em licitações existe o Acórdão 1695/2018-TCU-Plenário, A definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global nos editais para a contratação de obras, com a fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor (Súmula TCU 259),

ainda que se trate de empreitada por preço global. Essa obrigação tem por objetivo mitigar a ocorrência dos riscos associados tanto ao “jogo de cronograma” quanto ao “jogo de planilha” (TCU, 2018).

De acordo com a Lei 14.133 em seu artigo 131 “a extinção do contrato não configura óbice para o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, hipótese em que será concedida indenização por meio de termo indenizatório”, mas no parágrafo único para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro é necessário a formulação durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação (BRASIL, 2021).

No artigo 132 é necessário o termo aditivo para execução pelo contratado, das prestações determinadas pela Administração, salvo em casos de justificada necessidade de antecipação de seus efeitos sendo que deverá ocorrer no prazo máximo de um mês para essa formalização (LEI 14.133, BRASIL, 2021).

De acordo com essa mesma lei acima o artigo 134 descreve que os preços contratados alteram-se para mais ou para menos após a data da apresentação da proposta, criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos legais ou a repercussão dos preços contratados (BRASIL, 2021).

Conforme o artigo 135 os preços dos contratos de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra serão reatualizados por demonstrações analíticas dos custos com o intuito de manter o equilíbrio econômico-financeiro, sendo quando da apresentação da proposta ou do acordo (convenção coletiva ou dissídio), e no §1º em matéria não trabalhista a Administração não se vinculará nos pagamentos de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados ou em direitos não previstos em lei, já no §3º a repactuação precisará de um intervalo mínimo de um ano, contado da data proposta ou da última repactuação, bem como no §4º diz que a repactuação poderá ser dividida em várias parcelas dentro daquele ano, e por fim o §6º a repactuação será precedida de solicitação do contratado de acordo com a demonstração analítica dos custos por meio da planilha de custos e formação de preços ou do acordo, convenção ou sentença normativa da repactuação (BRASIL, 2021).

Na Lei 14.133 em seu artigo 136 os registros que não existem alterações no contrato não precisam de termo aditivo, somente nas situações como variação do valor contratual; atualizações, compensações ou penalizações financeiras; alteração na razão social e empenho de dotações orçamentárias (BRASIL, 2021).

O artigo 137 da mesma lei já descrita acima relata sobre a extinção dos contratos o qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo assegurando o contraditório e a ampla defesa pelo não cumprimento ou cumprimento irregular de normas, cláusulas, projetos ou prazos; alteração social, modificação da finalidade ou da estrutura da empresa; decretação de falência, insolvência, dissolução ou falecimento do contratado; caso fortuito ou força maior; atraso na obtenção da licença ambiental; atraso na liberação nas desapropriações, na desocupação ou servidão; interesses públicos; não cumprimento das obrigações de reserva de cargos. Já o contratado terá direito a extinção do contrato conforme o §2º pela supressão da Administração em obras e serviços que acarrete modificação do valor inicial; suspensão do contrato por três meses por ordem da Administração; repetidas suspensões que totalizam 90 dias úteis; atraso superior a dois meses a partir da nota fiscal, dos pagamentos ou das parcelas de pagamentos devidos pela Administração; não liberação pela Administração dos prazos contratuais de área, local ou objeto e de fontes de materiais naturais especificados no projeto, mas o §3º diz que a extinção não será admitida em caso de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra, mas no inciso II é assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até a normalização da sentença, e no §4º os contratados responsáveis pelas garantias deverão ser notificados pelo contratante do processo administrativo que estarão sendo submetidos (BRASIL, 2021).

O Acórdão 820/2019-TCU-Plenário, o gestor que aprova projeto básico contendo falhas perceptíveis em função do exercício do cargo ou que não contemple os requisitos mínimos exigidos na legislação torna-se responsável por eventuais prejuízos advindos de sua implementação, mesmo que o projeto tenha sido elaborado por empresa contratada (TCU, 2019).

No artigo 138 da Lei 14.133 a extinção do contrato poderá ser determinada por ato unilateral escrito pela administração; consensual, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas; determinada por decisão arbitral de cláusula compromissória ou decisão judicial, e no §2º quando a extinção for culpa exclusiva da Administração o contratado será ressarcido e terá o direito a devolução da garantia; pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da extinção; pagamento do custo de desmobilização (BRASIL, 2021).

Conforme a mesma lei acima o artigo 139 subscreve que a extinção por ato unilateral da Administração poderá acarretar as seguintes consequências: I- transferência do objeto do contrato do jeito que se encontra para a Administração; II- utilização das instalações, dos equipamentos e dos funcionários; III- execução da garantia contratual para uso do ressarcimento dos prejuízos da não execução; pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, pagamento de multas, obrigação da execução e da conclusão do objeto do contrato pela seguradora; IV- retenção dos créditos até o limite dos prejuízos causados à Administração, no §1º a aplicação prevista nos incisos I e II a Administração poderá dar continuidade a obra ou serviço por execução direta ou indireta, e no §2º a utilização das instalações, dos equipamentos e dos funcionários deverá ser precedido de autorização expressa do ministro de Estado, do secretário estadual ou do secretário municipal competente (BRASIL, 2021).

A Lei 14.133 no artigo 140, inciso I, diz que o objeto do contrato em obras e serviços será recebido provisoriamente pelo responsável acompanhando e fiscalizando mediante termo detalhado do cumprimento das exigências de caráter técnico, e definitivamente por servidor ou comissão designada pela autoridade competente mediante termo detalhado comprovando o atendimento das exigências contratuais. No §1º em desacordo com o objeto poderá ser rejeitado, no §2º o recebimento provisório ou definitivo não excluirá a responsabilização civil pela solidez e pela segurança da obra ou serviço e nem a responsabilidade ético-profissional. Assim no §3º os prazos e métodos serão definidos em regulamento ou no contrato, e no §4º os testes e as provas para aferição da execução do objeto do contrato são por conta do contratado, sendo que no §5º em projetos de obras mesmo que recebido definitivamente pela administração os projetistas e consultores responderão objetivamente por falhas no projeto, e por fim no §6º em obras mesmo que a Administração já tenha recebido não eximirá o contratado dentro de 5 anos da responsabilidade objetiva pela solidez e segurança dos materiais e serviços, bem como da funcionalidade da construção sendo que em caso de vício, defeito ou incorreção o contratado ficará responsável pela reparação, correção, reconstrução ou substituição (BRASIL, 2021).

Na mesma lei citada anteriormente em seu artigo 141 os pagamentos feitos pela Administração serão observados a ordem cronológica para cada fonte de recursos sendo que a última categoria de contratos a receber são as obras, mas no

§1º essa ordem cronológica poderá ser alterada mediante prévia justificativa da autoridade competente e comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao tribunal de contas nas situações como grave perturbação da ordem, emergência ou calamidade pública, empresas e agricultores pequenos que demonstrem o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato, serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes que demonstrem o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato, direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução do contratado, contrato que seja imprescindível a integridade do patrimônio público ou para manter o funcionamento das atividades do órgão ou entidade pública que demonstre o risco da descontinuidade da prestação desse serviço de relevância para a sociedade. No §2º a não observância da ordem cronológica ensejará a apuração da responsabilidade do agente responsável, cabendo à fiscalização por parte do órgão de controle, sendo que no §3º esse órgão ou entidade deverá colocar mensalmente em seu sítio na internet a ordem cronológica dos pagamentos assim como as justificativas de eventual alteração dessa ordem (BRASIL, 2021).

Nessa Lei 14.133 o artigo 142 diz que se estiver expresso no edital ou no contrato, o pagamento da Administração poderá ser em conta vinculada ou pagamento pela comprovação do fato gerador, mas no artigo 143 se possuir controvérsia na execução quanto a dimensão, qualidade ou quantidade a parcela deverá ser liberada no prazo previsto para pagamento (BRASIL, 2021).

Na lei mencionada anteriormente em seu artigo 144 na contratação de obras e serviços de engenharia a remuneração poderá ser variável vinculada ao desempenho do contratado sob metas, qualidade, sustentabilidade e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato, sendo que o §1º diz que o pagamento poderá ser ajustado no percentual economizado em despesas quando o contrato visar implantação de processo de racionalização, caso em que as despesas são por conta dos créditos orçamentários, e já no §2º a remuneração variável será motivada e respeitada o limite orçamentário estabelecido pela Administração (BRASIL, 2021).

No artigo 145 da Lei 14.133 o pagamento antecipado não será permitido no caso de parcelas contratuais vinculadas à execução de obras e serviços, pois o §1º diz que a antecipação dos pagamentos só será permitida se propiciar sensível economia de recursos ou se for indispensável para obtenção do bem ou para a

prestação do serviço, sendo que precisa ser previamente justificada no processo licitatório e prevista no edital de licitação ou no instrumento formal de contratação direta, sendo que o §2º a Administração poderá exigir garantia adicional para condição de pagamento antecipado, e por fim, no §3º caso os prazos contratuais não sejam executados nas datas acordadas o valor antecipado deverá ser devolvido (BRASIL, 2021).

O artigo 146 da Lei 14.133 a liquidação das despesas deverão ser comunicadas aos órgãos da administração tributária com as características dessa despesa e seus valores pagos (BRASIL, 2021).

No artigo 147 da mesma lei já citada descreve-se que havendo irregularidades no procedimento licitatório ou na execução contratual e se não for possível o saneamento a suspensão da execução ou a declaração de nulidade do contrato só será adotado se revelar medida de interesse público e outros aspectos como impactos econômicos e financeiros por atraso no objeto do contrato; riscos sociais e ambientais; custo da deterioração ou perda das parcelas executadas; despesas nas preservações das instalações; despesas de desmobilização e mobilização; saneamento dos indícios de irregularidades apontadas; fechamento de postos de trabalho pela paralisação; custo para nova licitação ou novo contrato; custo de oportunidade do capital paralisado. No paragrafo único se a paralisação ou anulação não afete o interesse público o mesmo deverá continuar com o contratado solucionando as irregularidades por meio de indenização por perdas e danos e outras responsabilidades cabíveis (BRASIL, 2021).

A Lei 14.133 no artigo 148 diz que a declaração de nulidade do contrato necessita de análise prévia do interesse público operando retroativamente impedindo os efeitos jurídicos e desconstituindo os já produzidos no contrato, e no §2º se for declarada a nulidade do contrato a autoridade poderá decidir que só tenha eficácia em momento futuro ate efetuar nova contratação com prazo de 6 meses prorrogável por uma única vez (BRASIL, 2021).

De acordo com o artigo 149 a nulidade não exonera o dever da Administração de ressarcir o contratado pelo executado até a data declarada ou tornada eficaz, bem como outros prejuízos comprovados não imputáveis aos mesmos, sendo que será transmitida a responsabilidade de quem lhe tenha dado a causa. Já no artigo 150 todas as contratações são feitas mediante apresentação do objeto do contrato e dos créditos orçamentários, e no artigo 151 poderão ser utilizados meios alternativos

de prevenção e resolução de controvérsias por conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e a arbitragem (LEI 14.133, BRASIL, 2021).

Conforme o artigo 152 essa arbitragem são pelas bases do direito observando o princípio da publicidade, e no artigo 153 os contratos poderão ser aditados para o uso dos meios alternativos de resoluções de controvérsias. Já no artigo 154 a escolha dos árbitros, dos colegiados e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos e técnicos (BRASIL, 2021).

Das infrações administrativas o artigo 155 diz que o licitante ou contratado será responsabilizado administrativamente pela inexecução total ou parcial do contrato ou que cause grave dano a Administração ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; não entregar a documentação exigida; não manter a proposta; não celebrar o contrato nem entregar documentação exigida na contratação no prazo; retardar a execução ou entrega do objeto de licitação; apresentar declaração ou documentação falsa; fraudar a licitação; comportamento inidôneo; praticar atos ilícitos ou lesivos.

Já no artigo 156 da Lei 14.133 essas infrações administrativas são aplicadas sanções como primeiro a advertência, segundo a multa, terceiro o impedimento de licitar e contratar e por último declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. No §1º para aplicação das sanções observa-se a natureza e gravidade da infração; as peculiaridades; as circunstâncias agravantes ou atenuantes; danos gerados para a Administração; implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade. Conforme o §3º a sanção por multa será calculada pelo que diz no edital ou no contrato não podendo ser inferior a cinco décimos por cento nem superior a 30% do valor do contrato, já no §4º quando o responsável pelas infrações administrativas for impedido de licitar ou contratar, desde que não seja uma penalidade grave ficará impedido pelo prazo de três anos, e conforme o §5º em se tratando de sanções com penalidades mais graves poderá chegar até 6 anos o impedimento de negociar com a Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos. No §6º ao referir sobre os danos causados a Administração esse será precedido de análise jurídica observando que se forem aplicadas por órgão do Poder Executivo a competência será do Ministério do Estado, do secretário estadual ou municipal e se for aplicada por autarquia ou fundação a competência será da autoridade máxima da entidade, mas se for aplicada por órgão dos Poderes Legislativos e judiciário, será pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, e se for no desempenho de

função administrativa a competência será da autoridade executiva. No §7º as sanções de advertência, impedimento de licitar e contratar e a declaração de inidoneidade podem ser aplicadas cumulativamente com a multa, e o §8º se essa multa for superior ao valor dos pagamentos devidos pela Administração ao contratado, será descontado e o resto que faltar será cobrado judicialmente. E por fim o §9º relata que mesmo aplicada as sanções não se excluirá a obrigação de reparação integral do dano (BRASIL, 2021).

Mas no artigo 157 será facultada a defesa do interessado no prazo de 15 dias úteis contado da data da intimação referente a cobrança das sanções anteriormente mencionadas (LEI 14.133, BRASIL, 2021).

No artigo 158 da mesma lei acima, diz que o impedimento ou declaração de inidoneidade para licitar ou contratar é necessário a instauração de processo de responsabilização a ser conduzido por comissão composta de 2 ou mais servidores estáveis que avaliará as situações e intimará o licitante ou contratado para no prazo de 15 dias úteis da data da intimação apresentar defesa e provas. No §1º se não for composto o quadro funcional da Administração por servidores estatutários deverá ser composto por dois empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes com no mínimo 3 anos de tempo de serviço. O §2º se for deferido o pedido de novas provas ou juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão o licitante ou contratado terá o prazo de 15 dias úteis a partir da data da intimação, e no §3º as provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas serão indeferidas pela comissão. Por fim o §4º relata que há 5 anos para prescrição contado a partir da ciência da infração, sendo interrompida pela instauração do processo de responsabilização, sendo suspensa pela celebração de acordo de leniência ou por decisão judicial (BRASIL, 2021).

Na Lei 14.133 no artigo 159 as infrações administrativas nesta lei e em outras leis de licitações e contratos administrativos serão apuradas e julgadas juntas nos mesmos autos de acordo com o rito procedimental e a autoridade competente (BRASIL, 2021).

Já o artigo 160 da lei anterior poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica por abuso do direito em benefício próprio na prática de atos ilícitos ou provocar confusão patrimonial, sendo que os efeitos das sanções aplicam-se a pessoa jurídica estendido aos administradores, sócios administradores, pessoa jurídica sucessora ou do mesmo ramo coligada ou controladora de fato ou de direito

observando o contraditório a ampla defesa e a análise jurídica prévia (BRASIL, 2021).

Conforme o artigo 161 da Lei 14.133 os órgãos e entidades dos três Poderes de todos os entes federativos deverão no prazo de 15 dias úteis contado da data de aplicação da sanção informar e atualizar no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas as sanções por elas aplicadas (BRASIL, 2021).

E no que se refere o artigo 162 da mesma lei já mencionada sendo injustificado o atraso na execução do contrato, o contratado pagará multa de mora prevista no edital ou em acordo, podendo conforme o parágrafo único até extinguir o contrato com a aplicação cumulada de outras sanções. Mas o artigo 163 pode-se reabilitar o licitante ou contratado que foi aplicado as sanções desde que cumulativamente repare integralmente o dano causado, pague as multas, cumpra o prazo de 1 ano da aplicação da penalidade de impedimento de licitar ou contratar, ou de três anos da aplicação da penalidade de inidoneidade; cumprimento da reabilitação definidas no ato punitivo; análise jurídica prévia e de acordo com o parágrafo único é exigido a condição para reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável (BRASIL, 2021).

No artigo 164 da Lei 14.133, para impugnar edital de licitação por irregularidade qualquer pessoa é parte legítima devendo protocolar o pedido até 3 dias úteis antes da abertura do certame, e no parágrafo único a resposta dessa impugnação ou pedido de esclarecimento será divulgada em sítio eletrônico no prazo de 3 dias úteis (BRASIL, 2021).

No artigo 165 da lei acima citada, o inciso I, diz que o recurso tem prazo de 3 dias úteis, contado da data de intimação ou lavratura da ata em caso de ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação ou de inscrição, alteração ou cancelamento; julgamento das propostas; habilitação ou inabilitação do licitante; anulação ou revogação da licitação e extinção do contrato. No inciso II o pedido de reconsideração terá o prazo de 3 dias úteis da data de intimação. No §1º, inciso I, deverá se manifestar imediatamente ao propor o recurso, sob pena de preclusão. No §2º o recurso será dirigido a autoridade que tiver editado o ato ou proferido a decisão recorrida que se não reconsiderar o ato ou decisão em 3 dias úteis encaminhará o recurso com motivação a autoridade superior, sendo que este deverá

proferir sua decisão no prazo máximo de 10 dias úteis do recebimento dos autos. No §3º acolhendo o recurso implicará invalidação de ato insuscetível de aproveitamento. No §4º o prazo das contratações será o mesmo do recurso e terá início na data de intimação ou da interposição do recurso, e no §5º ao licitante será assegurado vista dos elementos para defesa de seus interesses (BRASIL, 2021).

No artigo 166 da Lei 14.133, caso as aplicações das sanções sejam realizadas caberá recurso no prazo de 15 dias úteis da data da intimação, e no parágrafo único esse recurso será dirigido a autoridade que tiver proferido a decisão recorrida, sendo que se não reconsiderar no prazo de 5 dias úteis ira para a autoridade superior para proferir sua decisão no prazo máximo de 20 dias úteis do recebimento dos autos, e no que se refere o artigo 167 caberá somente pedido de reconsideração no caso da aplicação de sanção no prazo de 15 dias da data da intimação e decidido no prazo de 20 dias úteis contado do seu recebimento (BRASIL, 2021).

Já o artigo 168 o recurso e o pedido de reconsideração gerará efeito suspensivo do ato ou decisão recorrida até a decisão final da autoridade competente. No parágrafo único as decisões a autoridade competente será auxiliada pelo órgão de assessoramento jurídico (BRASIL, 2021).

Na Lei 14.133 no artigo 169 descreve sobre os controles das contratações públicas que devem passar por práticas permanentes de gestão de riscos mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, sendo subordinado pelo controle social em primeira linha de defesa por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades governamentais; a segunda linha é composta pelas unidades jurídica e de controle interno do órgão ou entidade; terceira linha é integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e do tribunal de contas (BRASIL, 2021).

No §1º do mesmo artigo acima as práticas permanentes de gestão de riscos serão de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade levando em conta os custos e benefícios da implementação, além da segurança jurídica e que produzam resultados mais vantajosos para a Administração nas contratações. No §2º os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e informações sendo que o órgão de controle com o qual foi compartilhada a informação sigilosa torna-se corresponsável pela manutenção do sigilo. No §3º os integrantes das linhas de defesa observarão se houver impropriedade formal o qual

adotarão medidas de saneamento e mitigação de riscos; quando houver irregularidades que cause dano a Administração adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas que remeterão ao Ministério Público cópias dos documentos para apuração dos ilícitos (BRASIL, 2021).

De acordo com o artigo 170 da Lei 14.133 esses órgãos de controle adotarão fiscalização em critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco, no §1º essas razões apresentadas pelos órgãos e entidades deverão ser encaminhadas aos órgãos de controle até a conclusão da fase de instrução não podendo ser desentranhados dos autos, no §2º a omissão das informações não impedirá as deliberações dos órgãos de controle nem seus prazos, §4º o licitante, contratado ou pessoa jurídica ou física poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas (BRASIL, 2021).

O artigo 171 da mesma lei acima a fiscalização de controle observará oportunidade de redução de custo nas rotinas de trabalho; procedimentos objetivos e imparciais e elaboração de relatórios técnicos de acordo com as normas de auditoria do órgão de controle; objetivos nos regimes de empreitada por preço global e integral, contratação semi-integrada e integrada (BRASIL, 2021).

No §1º do artigo acima mencionado ao suspender cautelarmente o processo licitatório, o tribunal de contas deverá pronunciar-se sobre o mérito da irregularidade no prazo de 25 dias úteis da data do recebimento das informações, prorrogável por igual período uma única vez, além disso, definira: I- as causas da ordem de suspensão; II- o modo como será atendido o interesse público em serviços essenciais ou de emergência. No §2º ao ser intimado da suspensão da licitação o órgão ou entidade deverá em 10 dias úteis com prorrogação: I- informar as medidas para cumprimento da decisão; II- apresentar as informações; III- apurar responsabilidade. No §3º a decisão que examinar o mérito da medida cautelar deverá definir as alternativas possíveis para o saneamento do processo licitatório ou determinar sua anulação. E no §4º o descumprimento do referido no §2º ensejará responsabilidade e obrigação de reparação do prejuízo causado ao erário (BRASIL, 2021).

No artigo 173 da Lei 14.133 os tribunais de contas deverão por meio de suas escolas capacitar os servidores efetivos e empregados públicos para o melhor desempenho de suas funções frente essa nova lei (BRASIL, 2021).

Assim como o artigo 174 descreve que é criado o Portal Nacional de Contratações Públicas em sítio eletrônico destinado a divulgar os atos exigidos por esta lei 14.133 de 2021 além das contratações pelos órgãos e entidades dos três poderes em todos os entes federativos. No §1º esse portal será regido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas que composto por representantes indicados pelo Presidente da República possui três representantes da União indicados também pelo Presidente da República. Nos Estados são dois representantes indicados pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração e nos Municípios também dois representantes indicados pela Confederação Nacional de Municípios. No §2º o Portal conterá as informações das contratações de planos anuais, catálogos eletrônicos, editais de credenciamento e de pré-qualificação, atas de registro de preços, contratos e termos aditivos, notas fiscais eletrônicas e por fim o §4º o portal adotará o formato de dados abertos.

De acordo com o artigo 175 da Lei 14.133 os entes federativos poderão também instituir sítio eletrônico para divulgação complementar e realização das contratações. No §1º desde que mantida a integração com o PNCP pode-se as contratações ser realizadas por sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado. No §2º os Municípios deverão realizar divulgação de suas contratações mediante publicação de edital de licitação por meio desta lei até 31 de dezembro de 2023.

No artigo 176 os municípios com até vinte mil habitantes terão seis anos contados da data de publicação desta lei para o cumprimento da exigência de agentes públicos qualificados e imparciais; da obrigatoriedade da licitação em formato eletrônico e das regras de divulgação em sítio eletrônico, e conforme o parágrafo único enquanto os municípios não adotarem o PNCP deverão publicar no diário oficial as informações exigidas, bem como disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições.

Conforme o artigo 190 se o contrato estiver sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei 14.133 continuará a ser regido pelas regras da legislação revogada, ate porque o artigo 191 diz que até o decurso do prazo de 2 anos contado da publicação oficial desta lei a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente por esta lei ou pelas Leis 8.666/93, 10.520/02, 12.462/11, sendo que a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no instrumento de contratação, vedada a aplicação combinada destas leis com a Lei 14.133, e que ao

escolher as leis que vão ser revogadas após 1º de abril de 2023 o parágrafo único do artigo 191 diz que o contrato será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência (BRASIL, 2021).

### **2.3. CONCESSÃO/PERMISSÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS - LEI 8.987/1995**

A Lei 8.987/95 tem como objetivo reger os regimes de concessão e permissão de serviços públicos em contratos mais longos de concessões como por exemplo no transporte, em serviços de água, luz e saneamento. Nas concessões como descreve Bandeira de Melo apud Alves, et al (2021) os particulares podem assumir a gestão dos bens públicos de elevados investimentos prestando serviço público no lugar da instituição detentora assemelhando-se ao órgão público contratante.

A respectiva Lei citada acima regulamenta o artigo 175 da Constituição Federal que estabelece o processo licitatório específico para a concessão e permissão de serviços públicos estabelecendo possibilidades de julgamento das propostas. Além disso, essa Lei em seu artigo 1º descreve que as concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos regem-se por essa lei bem como pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos contratos (BRASIL, 1995).

Na concessão de serviço público precedida da execução de obra pública conforme a Lei 8.987/95, artigo 2º, III, equivale a:

construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado (BRASIL, 1995).

O artigo 179 da Lei 14.133 diz que os incisos II e III do caput do artigo 2º da Lei 8.987/95 passam a vigorar com a redação no inciso II, a concessão de serviços públicos será feita mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo

competitivo, e no inciso III a concessão para execução de obras públicas total, parcial, conservação, reforma ou ampliação devem ser feitas mediante licitação por concorrência ou diálogo competitivo por conta e que, o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado pela exploração do serviço ou obra com prazo determinado (BRASIL, 2021).

No artigo 3º da Lei 8.987/95 diz que essas concessões e permissões serão fiscalizadas pelo poder concedente com o apoio dos usuários. E no artigo 4º a execução ou não de obra pública será feita por contrato observando os termos desta lei, das normas pertinentes e do edital de licitação, bem como no artigo 5º o poder concedente publicará no edital de licitação ato relatando porque da outorga de concessão ou permissão destacando seu objeto a área e o prazo (BRASIL, 1995).

Conforme o artigo 6º todo serviço prestado por concessão ou permissão precisa ser adequado ao pleno atendimento dos usuários estabelecido por esta Lei 8.987/95 bem como pelas normas pertinentes e no devido contrato estabelecido, e em relação ao significado de que se traduz como serviço adequado o §1º diz que são os que satisfazem as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia nas prestações de serviço público bem como a minimização dos preços das tarifas (BRASIL, 1995). E no §3º a descontinuidade do serviço não se caracteriza quando há uma interrupção por motivo de emergência ou como no caso do inciso I, motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e no caso do inciso II, por inadimplemento do usuário conforme os interesses da coletividade, e ainda em relação ao inciso anterior o §4º diz que essa interrupção não poderá iniciar-se na sexta-feira, no sábado, no domingo, nem feriado ou em dia antes do feriado.

No artigo 7º da Lei 8.987/95 constata que são direitos e obrigações dos usuários: I- receber serviço adequado; II- receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; III- obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços; IV- levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades em serviços prestados; V- comunicar as autoridades atos ilícitos na prestação de serviços praticados por concessionárias; VI- contribuir na conservação dos bens públicos pelos quais são prestados os serviços (BRASIL, 1995).

Mas no artigo 7º-A. As concessionárias dos Estados e do Distrito Federal são obrigadas a oferecer ao consumidor e ao usuário no mês de vencimento no mínimo de seis datas opcionais para a escolha de vencimentos dos débitos (BRASIL, 1995).

No artigo 9º da Lei 8.987/95 descreve que a tarifa do serviço público será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e mantida pelas regras de revisão previstas nesta lei, do edital e do contrato. E no artigo 10 ao cumprirem as condições do contrato estará também mantendo o equilíbrio econômico-financeiro (BRASIL, 1995).

O artigo 11 dessa mesma legislação acima tem como objetivo prever em favor da concessionária pelo edital de licitação, a possibilidade de outras formas de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, para favorecer a modicidade das tarifas (BRASIL, 1995).

Referente as tarifas acima relatadas o artigo 13 diz que podem ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários (BRASIL, 1995).

No artigo 14 da Lei 8.987/95 descreve que toda concessão de serviço público precisa passar por prévia licitação, pelos termos da legislação própria com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade (BRASIL, 1995).

A outorga de concessão ou permissão conforme o artigo 16 da Lei 8.987/95 fala que não terá caráter de exclusividade, só no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato do artigo 5º desta lei (BRASIL, 1995).

O artigo 17 desta lei acima considera desclassificada a proposta que necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizadas em lei e a disposição de todos os concorrentes (BRASIL, 1995).

No artigo 18-A. o edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento na hipótese em que: I- encerrada a fase de classificação das propostas ou do oferecimento dos lances será apresentado o licitante mais bem classificado para o atendimento das condições do edital; II- verificado as exigências do edital, o licitante será declarado vencedor; III- inabilitado o melhor licitante, será analisados os documentos do segundo melhor classificado, e assim sucessivamente ate achar um que atenda as condições fixadas no edital; IV- proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas (BRASIL, 1995).

O artigo 20 da Lei 8.987/95 aponta que é facultado ao poder concedente, desde que esteja no edital e no interesse do serviço a ser concedido que o licitante vencedor, sendo um consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato (BRASIL, 1995).

No artigo 21 tudo que se refere a estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos efetuados pelo poder concedente para uma formação de uma licitação de concessão deverá o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios conforme o edital (BRASIL, 1995).

O artigo 22 da Lei 8.987/95 diz que é assegurada a qualquer pessoa a obtenção de certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres de licitações ou concessões (BRASIL, 1995).

E conforme o artigo 23-A o contrato de concessão poderá prever formas privadas para a resolução de disputas no contrato, sendo a arbitragem feita no Brasil e em língua portuguesa (BRASIL, 1995).

No artigo 25 a concessionária é obrigada a executar a concessão, respondendo por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros (BRASIL, 1995).

O artigo 26 cita que é admitida a subconcessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente, e no artigo 27 diz que a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem anuência do poder concedente gerará a caducidade da concessão (BRASIL, 1995).

No artigo 27-A o poder concedente autorizará a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária pelos financiadores e garantidores para reestruturar financeiramente assegurando a continuidade do serviço (BRASIL, 1995).

O artigo 28 da Lei 8.987/95 destaca que nos contratos de financiamento, as concessionárias poderão oferecer em garantia os direitos emergentes da concessão desde que não comprometa a prestação do serviço, e no artigo 28-A as concessionárias poderão ceder ao mutuante, em caráter fiduciário, parcela de seus créditos operacionais futuros (BRASIL, 1995).

Os encargos que incumbem ao poder concedente aparece no artigo 29 da Lei 8.987/95 ao qual é a regulamentação do serviço concedido e sua fiscalização; aplicação das penalidades regulamentares e contratuais; intervenção na prestação do serviço; a extinção da concessão; a homologação de reajustes e a revisão das

tarifas; cumprir e fazer cumprir os regulamentos do serviço e as cláusulas contratuais; zelar pela boa qualidade dos serviços e administrar queixas e reclamações dos usuários; declarar de utilidade pública os bens necessários para a execução do serviço ou obra pública; declarar os bens necessários para a execução de serviços ou obras como públicas para a servidão administrativa; estimular o aumento da qualidade, da produtividade, da preservação do meio-ambiente; incentivar a competitividade; estimular a criação de associações de usuários (BRASIL, 1995).

No exercício da fiscalização o artigo 30 da mesma lei acima relata que o poder concedente terá acesso aos dados da administração, da contabilidade, dos recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária (BRASIL, 1995).

O artigo 31 da Lei 8.987/95 cita que os encargos da concessionária são: prestar serviço adequado conforme o acordado; manter o inventário atualizado e seus bens; prestar contas da gestão dos serviços ao concedente e aos usuários; cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais; permitir o livre acesso dos encarregados da fiscalização em qualquer lugar e qualquer documento em relação a concessão; promover as desapropriações e constituir servidões; zelar pela integridade dos bens vinculados a prestação do serviço; captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço (BRASIL, 1995).

Já no artigo 32 da mesma Lei citada acima, descreve que o poder concedente poderá intervir na concessão com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais regulamentares e legais pertinentes (BRASIL, 1995).

Pode ser extinta a concessão conforme o artigo 35 por:

- I- advento do termo contratual;
- II- encampação;
- III- caducidade;
- IV- rescisão;
- V- anulação;
- VI- falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou a incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Conforme a Lei 8.987/95 em seu artigo 36 diz que a reversão do contrato se faz pela indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados usados para garantir a continuidade e a atualidade do serviço concedido (BRASIL, 1995).

No artigo 37 da norma da lei acima, trata da encampação que é a retomada do serviço pelo poder concedente no prazo que dure a concessão e por interesse público mediante lei que autorize e após pagamento da indenização (BRASIL, 1995).

Já o artigo 38 refere-se a caducidade da concessão que é quando há uma inexecução total ou parcial do contrato ou pode ainda gerar uma sanção, e no artigo 39 o contrato poderá ser rescindido pela concessionária por descumprimento das normas contratuais (BRASIL, 1995).

E no caso do artigo 40 as permissões serão feitas mediante contratos de adesão regidos por esta lei, pelas normas pertinentes e pelo edital de licitação. E por fim no artigo 43 cita a extinção da concessão do serviço público se não existir uma licitação (BRASIL, 1995).

Enquanto a concessão é um acordo bilateral de vontades descrito no contrato a permissão não tem natureza contratual, mas é qualificado como ato unilateral discricionário e precário.

O contrato de concessão então para entender é um documento escrito que repassa a delegação do poder concedente para a concessionária, bem como define o objeto da concessão, delimita o espaço territorial a forma e o tempo da exploração e também os direitos e deveres das partes e dos usuários do serviço.

### 3. LICITAÇÕES

Quando a Administração Pública necessita realizar contratos de valores vultosos há a necessidade de fazer uma licitação, como o dinheiro é público, o Estado não pode escolher as empresas, mas sim pelas licitações deve-se escolher a melhor proposta dando oportunidade aos potenciais interessados e como descreve Aragão (2021, p.43) “o fundamento mais substancial da licitação é o da igualdade (impessoalidade) de todos perante a Administração”, e ainda “podem também ser citados, como valores dos quais a obrigatoriedade de licitação decorre, a moralidade e a economicidade”.

É pela licitação que a sociedade fica sabendo como são usados os recursos públicos, sendo que esses contratos entre empresas privadas e a Administração Pública podem ser fiscalizados por qualquer cidadão.

#### 3.1. PARTE GERAL DAS LICITAÇÕES

Para esclarecer a respeito de licitação Di Pietro (2014, p.373) descreve como sendo “o procedimento administrativo pelo qual o ente público no exercício da função abre aos interessados que aceitem as condições fixadas e que formulem propostas dentre as quais aceitará a mais vantajosa para a celebração do contrato”.

A licitação constitui princípio vinculado a Administração Pública e Di Pietro (2014, p.377) descreve que

ela é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.

A Administração verificara dentre aqueles qual melhor se adequara para melhor executar o contrato sendo que esses critérios são estabelecidos conforme o que diz o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, e no artigo 22, XXVII, 1ª parte, com a redação dada pela EC nº 19/1998, cita que compete a União a edição de normas

gerais de licitação e contratos para todos os entes da federação, autarquias e fundações. Mas passando-se quase três décadas cria-se a Lei 8.666/93 que é a lei geral das licitações, e como relata Aragão (2021, p.44) “inaugurando uma nova disciplina legislativa em relação às contratações públicas”.

E de acordo com Remédio (2021, p.1) em relação a licitações públicas brasileira o “regime jurídico foi pautado nos últimos anos basicamente pelas Leis 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011, é um dos institutos mais emblemáticos e polêmicos do Direito Administrativo”.

Ainda sobre as dificuldades atribuídas ao processo licitatório regido pelas Leis 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011 Remédio (2021, p.2) cita que são “a morosidade, a excessiva procedimentalização, falta de transparência e os riscos à segurança jurídica”.

Contudo em 2021 edita-se a Lei 14.133 que traz consigo importantes inovações como a nova modalidade licitatória chamada de Diálogo Competitivo que para Aragão (2021, p.44) “fortemente inspirada nas cada vez mais prestigiadas consensualidade e participação dos particulares nas decisões administrativas”.

O Acórdão 179/2021-TCU-Plenário, diz que os esclarecimentos prestados pela Administração ao longo do certame licitatório possuem natureza vinculante, não sendo possível admitir, quando da análise das propostas, interpretação distinta, sob pena de violação ao instrumento convocatório (TCU, 2021a).

Já o Acórdão 503/2021-Plenário, descreve que para fins de habilitação jurídica nas licitações, faz-se necessária a compatibilidade entre o objeto do certame e as atividades previstas no contrato social das empresas licitantes (TCU, 2021b).

E ainda sobre licitações Di Pietro (2014, p.378) cita que

o princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar.

Além disso, esse princípio veda condições que levam a preferência de determinado licitante em relação aos outros, sendo que o procedimento da licitação somente exigirá qualificação técnica e econômica indispensável a garantia das obrigações.

E no Acórdão 1613/2013-TCU-Plenário, diz que, para fim de habilitação, a Administração Pública não deve exigir dos licitantes a apresentação de certidão de quitação de obrigações fiscais, e sim prova de sua regularidade (TCU, 2013).

### **3.2. CRIMES PRATICADOS NAS LICITAÇÕES**

Os crimes em licitação e contratos administrativos estão situados no Código Penal no artigo 337-E, e seguintes, e assim conforme esse artigo sobre contratação direta ilegal ao admitir, possibilitar ou dar causa gerará pena de reclusão de 4 a 8 anos e multa (BRASIL, 1940).

Já no artigo 337-F, ao frustrar ou fraudar com objetivo de obter para si ou para outrem vantagem competitiva no processo licitatório a pena será de reclusão de 4 a 8 anos e multa (CÓDIGO PENAL, BRASIL, 1940).

Mas ao patrocinar direta ou indiretamente interesse privado por contratação indevida a Administração Pública responderá com pena de reclusão de 6 meses a 3 anos e multa (CÓDIGO PENAL, ARTIGO 337-G, BRASIL, 1940).

No artigo 337-H, do Código Penal diz que admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação, vantagem, prorrogação contratual em favor do contratado ou pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade não estabelecido em lei, a pena será de reclusão de 4 a 8 anos e multa (BRASIL, 1940).

O artigo 337-I, relata que ao impedir, perturbar ou fraudar ato licitatório gerará pena de detenção de 6 meses a 3 anos e multa. Já a violação de sigilo em licitação de acordo com o artigo 337-J, a pena é de detenção de 2 a 3 anos e multa (CÓDIGO PENAL, BRASIL, 1940).

No artigo 337-K, ao tentar ou afastar licitante por meio de violência grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem a pena será de reclusão de 3 a 5 anos e multa, além da pena de violência (CÓDIGO PENAL, BRASIL, 1940).

O artigo 337-L, ao fraudar licitação ou contrato em prejuízo da Administração Pública mediante entrega de mercadoria ou prestação de serviço com qualidade e quantidade inferiores, a pena será de reclusão de 4 a 8 anos e multa (CÓDIGO PENAL, BRASIL, 1940).

No artigo 337-M, ao admitir à licitação a empresa ou profissional que ser declarada inidônea a pena será de reclusão de 1 ano a 3 anos e multa. E o §1º ao celebrar contrato com empresa ou profissional que é inidôneo a pena será de reclusão de 3 a 6 anos e multa (CÓDIGO PENAL, BRASIL, 1940).

Ao obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição do interessado nos registros cadastrais ou sua modificação a pena será de reclusão de 6 meses a 2 anos e multa (CÓDIGO PENAL, ARTIGO 337-N, BRASIL, 1940).

Conforme o artigo 337-O, ao omitir, modificar ou entregar dado ou informação por projetista a Administração Pública frustrando o caráter competitivo da licitação a pena é de reclusão de 6 meses a 3 anos e multa. No §2º caso o crime seja praticado com o intuito de obter benefício direto ou indireto, pra si ou para outro dessa forma aplica-se em dobro a pena (CÓDIGO PENAL, BRASIL, 1940).

Já no artigo 337-P, as penas de multa citadas acima entre os artigos 337-E e 337-O, seguirá uma metodologia de cálculo prevista no Código Penal não podendo ser inferior a 2% do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta (CÓDIGO PENAL, BRASIL, 1940).

### **3.3. ANÁLISE ENTRE A LEI 8.666/1993 E A LEI 14.133/2021**

Na Lei 8.666/93 sobre licitações e contratos administrativos que substituiu o decreto Lei nº 2.300/86 tiveram mudanças mais visíveis referentes às exigências de transparência e a penalização (multa) em algumas infrações, mas em geral as regras sobre contratos foram preservadas (ALVES, et al, 2021).

Essa Lei 8.666/93 disciplina os ajustes entre particular e a administração sendo que os contratos devem ser escritos, ter prazo de validade, ser numeradas, datadas e assinadas e conforme Alves et al (2021) a ordem cronológica dos contratos deve ser respeitada, suas declarações devem ser publicadas, e devem estar em consonância com as normas de direito civil e da teoria geral dos contratos que visa alinhar esta norma com outros do ordenamento jurídico brasileiro e que qualquer alteração contratual devesse ser feita por escrito, não sendo aceito ajustes verbais.

Conforme a obediência à forma prescrita na Lei 8.666 Di Pietro (2014, p.275) descreve que “nenhuma cláusula poderá ser acrescentada ao contrato, contendo disposição não prevista na licitação, sob pena de nulidade do acordo, por burla aos demais licitantes”.

A clareza e a precisão das regras estipuladas em um contrato além da publicidade do mesmo traz uma segurança no acordo entre as partes e um controle pelo contribuinte da mesma forma relata (ALVES, et al, 2021) que a lei prescreve que os extratos dos contratos devem ser publicados, fornecendo assim ao público informações importantes sobre eles e permitindo o controle por parte dos cidadãos.

Outro ponto positivo que pode ser observado é a especialização das partes observado em lei que determina que pessoas tenham conhecimentos técnicos necessários para gestão do contrato, primando também pelos valores públicos de eficiência e produtividade. Essa eficiência deve ser pautada pelo menos no sentido de entregar o que foi exigido e oferecido para não gerar penalidades que podem ser de sanções financeiras até embargos ao comércio com entes públicos (ALVES, et al, 2021).

No artigo 50 da Lei 8.666/93 Berwig (2019, p.285) descreve que a administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade.

O objeto a ser licitável conforme Berwig (2019, p.288 e 289)

são aqueles que possam ser fornecidos por mais de um ofertante. Dessa forma, o objeto pretendido não poderá ser singular, caso em que inviabilizará a licitação. Será portanto, todo aquele que as pessoas jurídicas de Direito Público ou Privado, seus órgãos e suas subsidiárias, estando obrigadas legalmente a licitar, puderem obter de mais de um ofertante, ou sendo por elas oferecido, interessar a mais de um administrado. Mas pode haver a dispensa de licitação que ocorre naqueles casos em que a licitação é possível, em que há possibilidade de competição, mas, por razões de interesse público previstas na própria lei de licitações, admite-se a contratação independentemente do certame licitatório.

Já no caso da inexigibilidade, diferentemente da dispensa, o fator que libera o administrador da obrigatoriedade de licitar é sua impossibilidade, mesmo que o ente público realize o certame, não alcançará êxito (BERWIG, 2019, p.294).

No artigo 13 e 25, inciso II da Lei 8.666 diz respeito a singularidade a contratação direta de serviço técnico profissional especializado assim como cita

Dallari apud Berwig (2019, p.295) essa singularidade resultante das características pessoais do executante é que torna inviável a comparação ou a competição, tornando inexigível a licitação, conforme dispõe a legislação vigente. Haverá singularidade quando diferentes executantes notoriamente especializados produzirem diferentes trabalhos.

No que diz respeito sobre a anulação da licitação Berwig (2019, p.297) relata que a nulidade do procedimento licitatório induz a do contrato produzindo efeitos *ex tunc* pois retroage para alcançar a ilegalidade destruindo todos os atos e fases subsequentes, inclusive o contrato se celebrado.

De acordo com Berwig (2019, p.297)

a anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade, de regra, não gera obrigação de indenizar, porém a nulidade não exonera a administração do dever de indenizar o contrato pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Contra os atos da administração estão previstos os recursos hierárquico, a representação e o pedido de reconsideração. No caso do primeiro recurso pode ser interposto no prazo de cinco dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de habilitação ou inabilitação do licitante; julgamento das propostas; anulação ou revogação da licitação; indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; rescisão do contrato a que se refere o inciso I do artigo 79 da Lei 8.666/93 e aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa (art.109, I). No segundo recurso a representação pode ser interposta no prazo de 5 dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico, sendo que se for na modalidade de carta convite os prazos estabelecidos serão de 2 dias úteis. E por fim no terceiro recurso o pedido de reconsideração de decisão de ministro de Estado, ou secretário de estadual ou municipal na hipótese de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, pode ser interposto no prazo de 10 dias úteis da respectiva intimação (BRASIL, 1993).

O controle interno da licitação tem como parte legítima para impugnar as falhas ou irregularidades que viciam o edital, o licitante ou qualquer cidadão. No

controle externo da licitação é feito pelo Tribunal de Contas que verifica as despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos pela Lei 8.666/93. Ainda existe o controle externo pelo Poder Judiciário mediante a provocação pelo interessado por meio de interposição de ações diversas como mandado de segurança, ação popular e ação ordinária destinando a analisar a legalidade das ações administrativas na licitação, podendo analisar a conduta funcional e sua lealdade com a instituição a que esteja vinculado. Tem também o controle externo pelo Ministério Público que se da em todos os casos que houverem malversação dos recursos públicos como por exemplo improbidade administrativa em caso de frustração de licitude no processo licitatório ou dispensa indevida (BRASIL, 1993).

Acórdão 9380/2017-TCU-Plenário, relata que precisa dar ciência de que, na Concorrência foram identificadas as seguintes irregularidades em afronta ao art. 40 da Lei 8.666/1993: ausência, no edital, de orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários e do cronograma físico-financeiro (TCU, 2017a)

No Acórdão 2441/2017-Plenário, a redação dos editais deve ser clara e objetiva, de forma a evitar erros ou contradições que dificultem seu entendimento, levem a interpretações equivocadas ou dificultem a compreensão dos licitantes quanto às condições estabelecidas (TCU, 2017b).

Acórdão 343/2017 TCU-1ª Câmara, ao qual da ciência sobre as seguintes impropriedades observadas na Concorrência Pública que, se repetidas, podem restringir o caráter competitivo de futuros certames, em desacordo com o art. 3º, § 1º e seu inciso I, da Lei 8.666/1993: obrigatoriedade do pagamento no valor de R\$ 100,00 e do deslocamento dos interessados até o município, para a obtenção do edital do certame, sem que lhes fosse oferecida outra alternativa, a exemplo de gravação dos arquivos da íntegra dos instrumentos convocatórios e anexos em mídia digital (CD/DVD, pendrive, HD externo), envio por e-mail etc., impropriedade identificada nos itens 1.2.1, 1.2.2 e 1.2.2.1 do edital, o que afronta o disposto no art. 32, caput e § 5º, da Lei 8.666/1993, (TCU, 2017c).

A Lei 8.666/93 em análise pelos congressistas como cita Santos et al. (2021, p.288) “constituía entrave a inovação. Essa conclusão, corroborada por jurista, ecoou nos debates realizados ao longo dos trabalhos parlamentares que culminaram na aprovação e subsequente promulgação da Lei 14.133/21”.

O novo ambiente de contratualização adota pelo Estado que traz novas formas de desenvolver as finalidades públicas que antes eram realizadas por meios

tradicionais de ação estatal, que, por sua vez, ficariam a encargo da Administração Pública executar, passa-se sua concentração a outros setores específicos visando o bom funcionamento do Estado (VALLE et al. 2021, p.23).

A Lei 14.133/21 que trata também dos contratos administrativos passará a partir de 31 de março de 2023 a substituir o texto da Lei 8.666/93 que perderá a validade na íntegra. Houve alguns detalhes importantes que foram acrescentado nessa nova lei como cita (ALVES, et al, 2021) a admissão da forma eletrônica de contrato, a admissão de contratos sigilosos se essenciais a segurança da sociedade e do Estado e também é dado uma ênfase maior na alocação dos riscos contratuais, que podem ser compartilhados ou suportados pela administração ou por indivíduos. A previsão da arbitragem, conciliação e mediação como forma de resolução de conflitos para eliminar problemas contratuais evitando a judicialização.

Conforme essa nova lei acima citada Remédio (2021, p.2) diz que o objetivo é “modernizar, dar maior transparência, diminuir a burocratização, atribuir maior efetividade, outorgar maior celeridade e ampliar a segurança jurídica nas relações entre a Administração e os particulares”.

Essa Lei 14.133/21 além de um instrumento de unificação do regime jurídico das leis antigas de licitações é também como descreve Remédio (2021, p.2)

um instrumento normativo que adotou tanto os princípios e valores que conformam as tendências da Administração Pública contemporânea, como os princípios constitucionais e infraconstitucionais que regem a Administração Pública brasileira.

De acordo com o artigo 11 da Lei 14.133/21 processo licitatório tem por objetivos assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública; assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; incentivar a inovação e o desenvolvimento sustentável (BRASIL, 2021).

No artigo 12 o processo licitatório observa-se o seguinte:

I – os documentos serão produzidos por escrito, com data e local de sua realização e assinatura dos responsáveis; II - os valores, os preços e os custos utilizados terão como expressão monetária a moeda corrente nacional; III – o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a

invalidação do processo; IV – a prova de autenticidade de cópia de documento público ou particular poderá ser feita perante agente da administração; V – o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade; VI – os atos serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico; VII – a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

Conforme o artigo 17 da Lei 14.133/21 o processo de licitação observa as fases em sequência sendo a primeira preparatória; de divulgação do edital de licitação; de apresentação de propostas e lances; de julgamento; de habilitação; recursal; de homologação (BRASIL, 2021).

E no parágrafo 2º do mesmo artigo acima as licitações serão sob forma eletrônica, admitida a forma presencial desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

No artigo 25, § 5º o edital poderá prever a responsabilidade do contratado pela obtenção do licenciamento ambiental e a realização da desapropriação autorizada pelo poder público.

No parágrafo 6º esses licenciamentos ambientais em obras e serviços de engenharia terão prioridade de tramitação nos órgãos e entidades do Sistema Nacional do Meio Ambiente devendo ser orientado pelos princípios da celeridade, da cooperação, da economicidade e da eficiência.

Já no parágrafo 9º do mesmo artigo acima o edital poderá exigir que percentual mínimo de mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por mulheres vítimas de violência doméstica e os oriundos ou egressos do sistema prisional (BRASIL, 2021).

De acordo com o artigo 45 as licitações de obras e serviços de engenharia devem respeitar as normas relativas a

I – disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; II – mitigação por condicionantes e compensação ambiental definidos no licenciamento ambiental; III – utilização de produtos, de equipamentos e de serviços que, comprovadamente, favoreçam a redução do consumo de energia e de recursos naturais; IV- avaliação de impacto de vizinhança, na forma da legislação urbanística; V- proteção do patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; VI- acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Na fase preparatória, a Lei 14.133/21 em seu artigo 53 diz que o processo de licitação seguirá para o setor jurídico da administração, que realizará um controle da legalidade da contratação sendo dessa forma apreciado conforme critérios de prioridade com uma linguagem simples, clara e objetiva com exposição dos pressupostos de fato e de direito (BRASIL, 2021).

Nas contratações de obras e serviços de engenharia a Lei 14.133/21, artigo 59, § 5º descreve que é exigida uma garantia adicional do licitante se a proposta for inferior a 85% do valor orçado pela administração (BRASIL, 2021).

Assim como é descrito no artigo 75, inciso I, da Lei 14.133/21 não é necessário licitação no caso de obras e serviços de engenharia quando os valores forem inferiores a 100.000,00 (cem mil reais) nessas contratações (BRASIL, 2021).

Na Lei 14.133/21, artigo 80, inciso I, há uma pré-qualificação para selecionar previamente licitantes vinculados a programas de obras. E conforme o artigo 81 a administração poderá solicitar aos interessados que se manifestem na realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com interesses sociais (BRASIL, 2021).

Já no artigo 82, § 5º da mesma lei acima o sistema de registro de preços poderá ser usado para a contratação de obras e serviços de engenharia desde que haja ampla pesquisa de mercado; seleção conforme regulamento; controle rigoroso; definição do período de validade do registro de preços e inclusão em ata de registro de preços os licitantes que aceitar cotar preços iguais aos do licitante vencedor, além de projeto padronizado e a necessidade permanente ou frequente de obras e serviços a ser contratado (BRASIL, 2021).

Houve uma ampliação da abordagem relacionada aos pagamentos no caso de desequilíbrios contratuais como também possibilidade de indenizações evitando desacordos e procedimentos administrativos desnecessários.

A gestão de riscos também está a caminho nessa direção com estes valores públicos para alcançar melhores resultados contratuais minimizando problemas de execução.

### 3.4. DIÁLOGO COMPETITIVO

O diálogo competitivo antes de ser encampado pelo ordenamento jurídico brasileiro já se encontrava no direito estrangeiro no caso das necessidades de aquisições públicas no Reino Unido para flexibilizar as negociações depois de umas duas décadas eclodiu por toda a Europa no final da década de 90, e assim como cita Aragão (2021, p.47) “após o sucesso da experiência inglesa com o chamado competitive dialogue, o restante da União Europeia encampou essa forma menos verticalizada de contratação por meio da Diretiva 2004/18/CE”.

Na modalidade competitiva a negociação entre a Administração e o particular se inicia antes do momento de definição exata do objeto do contrato sendo um misto de fase interna com fase externa no processo licitatório.

Se o diálogo se desenvolver em várias fases sucessivas com o objetivo de reduzir soluções até encontrar a que melhor se adapte as necessidades do contrato, assim o contratante exige que cada participante apresente sua proposta final, e Aragão (2021, p.49)

a autoridade está autorizada a requerer esclarecimentos, detalhamentos e aprimoramentos da proposta, desde que não se alterem seus elementos fundamentais nem se desrespeitem os requisitos estabelecidos no início da licitação e os itens do memorial descritivo.

Sendo-se que a seleção baseia-se na relação entre a melhor qualidade e preço.

A solução técnica mais adequada, os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida e a estrutura jurídica ou financeira do contrato não esgotam as possibilidades de uso do instituto do diálogo competitivo que podem ser usadas para outras pesquisas relevantes para um projeto, e conforme Aragão (2021, p.55) “apesar das tentativas legais de restringir o cabimento do instituto, em ambos os casos, os requisitos legais para a utilização do diálogo competitivo encontram-se descritos em normas relativamente amplas”.

Após o julgamento a autoridade abre negociações para confirmar os compromissos financeiros ou outros termos constantes no contrato, além disso, é

necessário registrar todas as apresentações orais para caso precise comprovar como ocorreu o processo de seleção.

Por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse a Administração Pública como relata Aragão (2021, p.62) “ao expor suas demandas, recebe estudos, levantamentos e projetos que, uma vez aprovados pelo crivo da Administração contratante, poderão ser empreendidos concretamente” e com isso também a Administração adquiri conhecimento técnico indispensável para a estruturação de grandes empreendimentos como descreve Aragão (2021, p.62) “Administração Pública, reconhecendo a sua limitada expertise, consulta particulares previamente à abertura da licitação — que poderá ocorrer ou não — para que este elabore uma solução viável aos interesses estatais”.

Conforme a Lei 14.133/21 das licitações em seu artigo 28 diz que as modalidades de licitação são o pregão, a concorrência, o concurso, o leilão e o diálogo competitivo. Já no artigo 6º, inciso XLII da mesma lei o diálogo competitivo é uma modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a administração pública possui diálogos com licitantes previamente selecionados com o objetivo de desenvolver alternativas para atender as suas necessidades (BRASIL, 2021).

O princípio da indisponibilidade do interesse público relata que todas as competências conferidas ao administrador público têm em vista os interesses da sociedade e mesmo que envolva prerrogativas unilaterais sobre os particulares Aragão (2021, p.44) “não são poderes propriamente ditos, mas sim funções, já que não são exercidas no interesse do Estado ou muito menos do agente público, mas sim da própria sociedade, consubstanciando, mais do que poderes, deveres”.

No diálogo competitivo o certame entre o particular e a Administração encontra-se também no artigo 6, XLII da Lei 14.133/21 que 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.

Na modalidade do diálogo competitivo as contratações da administração envolvem a inovação tecnológica ou técnica, a impossibilidade de o órgão ou

entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela administração (Art. 32, I).

A modalidade do diálogo competitivo também é restrita a contratações da administração que verifique a necessidade de definir e identificar os meios e alternativas que possam satisfazer as necessidades como a solução técnica mais adequada, os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida e a estrutura jurídica ou financeira do contrato.

As fases do diálogo competitivo possui a fase interna que é composta pela formalização da demanda e definição do problema a ser resolvido com a contratação, o estabelecimento das necessidades da administração, o estabelecimento dos critérios para a pré-seleção dos licitantes, publicação do edital da fase do diálogo (BAETA, 2021, p.2).

Conforme a Lei 14.133/2021 (BAETA, 2021, p.3) descreve que

ainda continua obrigatória a elaboração de Estudo Técnico Preliminar e a confecção dos antes projetos, termos de referência ou dos projetos básicos/executivos de acordo com o regime de execução contratual escolhido e o objeto a ser licitado. Os projetos/anteprojetos da obra são importantes para realizar a fase competitiva para que a administração não contrate objeto absolutamente indefinido e sem condição de previamente precificar a obra.

Para que a fase de diálogo resulte em um projeto eficiente para a contratação seria bom haver uma remuneração pela melhor solução sendo que custearia a elaboração desses projetos se assemelhando a um concurso, em que a empresa com melhor solução poderia ser premiada ou remunerada nos termos do primeiro edital de convocação e que os produtos entregues poderiam ser empregados para embasar a licitação na fase competitiva, assim como relata Baeta (2021, p.4) “o diálogo competitivo como modalidade licitatória parece se amoldar perfeitamente ao uso da contratação integrada como regime de execução contratual”.

Na fase de pré-seleção os licitantes terão prazo mínimo de 25 dias úteis para manifestação de interesse na participação de licitações (art.32,§1º, I, da Lei 14.133/21). Deverão ser previsto em edital a pré-seleção dos licitantes admitindo-se todos os interessados que preencherem os requisitos estabelecidos (art.32,§1º, II). O diálogo competitivo na contratação será composto de três servidores efetivos do quadro permanente da administração.

Na Lei 14.133/21 a licitação na modalidade do diálogo competitivo terá etapa recursal única, mas poderá ser necessário haver três fases recursais distintas para que não exista preclusão:

- A 1º fase seria a divulgação da pré-seleção dos licitantes
- A 2º fase seria ao concluir a fase do diálogo com a solução
- A 3º fase seria uma nova fase recursal após a fase competitiva.

Na fase do diálogo se surgir uma nova solução no escopo dos critérios de pré-seleção das empresas (BAETA, 2021, p.5) cita que nesse caso, “a realização da fase competitiva especificando essa nova solução alijaria da competição os potenciais licitantes que não puderem participar”.

Nessa mesma fase do diálogo competitivo a administração não poderá revelar a outros licitantes as informações sigilosas e poderá ser mantida até que a administração identifique as soluções que atendam as necessidades. As reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas.

O edital poderá prever a realização de fases sucessivas sendo que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas. Ao declarar que o diálogo foi concluído a administração deverá juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação do edital contendo as informações como descreve Baeta (BRASIL, 2021, p.6) “a especificação da solução que atenda as necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa abrindo prazo de 60 dias para licitantes pré-selecionados apresentarem elementos necessários na realização do projeto”.

Esses registros e gravações comprovam para a sociedade a veracidade da negociação entre o poder público e o particular, mas Aragão (2021, p.60) “A contrario sensu, serão ilegais quaisquer negociações ou interlocuções entre os agentes públicos e os licitantes que sejam fora desses registros”.

Além disso, nessa fase do diálogo competitivo a administração poderá pedir esclarecimentos ou ajustes nas propostas apresentadas sendo que a mesma definirá a proposta vencedora conforme os critérios divulgados na fase competitiva e que a contratação mais vantajosa será a escolhida.

Por fim todos que participam da fase do diálogo podem apresentar suas propostas, mas já na fase competitiva podem-se excluir licitantes que não possuem acervo técnico em certa execução de obra, pois essas exigências de habilitação na fase competitiva faz com que empresas não qualificadas deem propostas para um objeto do qual não possuem capacidade técnica, além de maximizar a agilidade no processo licitatório (BAETA, 2021, p.8).

Mas conforme a nova lei de licitações a Administração fica impossibilitada de limitar o número de participantes se esses mesmos forem qualificados e que preenchem todos os requisitos estabelecidos, o problema é que um número grande de candidatos pode inviabilizar o diálogo, pois se trata de um procedimento complexo e trabalhoso, ainda mais na segunda etapa.

De acordo com Aragão (2021, p.57) os limites trazidos na Diretiva europeia de 2014 são:

a) os critérios de seleção e de classificação devem obedecer a um padrão objetivo (artigo 65º, item 2); b) o número máximo de candidatos deve ser fixado de modo a garantir uma quantidade de operadores econômicos suficiente para uma concorrência real (artigo 65º, item 2); c) o número máximo de candidatos a serem convidados nunca poderá ser inferior a três, ou seja, a Diretiva exige um número mínimo de três candidatos na fase do diálogo (artigo 65º, item 2).

Na fase do diálogo a Administração poderá prever no instrumento convocatório etapas negociais sucessivas eliminatórias ou não e conforme Aragão (2021, p.59) “Não necessariamente, portanto, o poder público deverá escolher a melhor solução em uma única rodada de negociação. A lei admite que o contratante vá filtrando as melhores soluções gradativamente, até chegar à melhor solução”.

Na fase competitiva é assegurada a contratação mais vantajosa, mas a lei não definiu um critério fechado e como cita Aragão (2021, p.61)

frise-se: a fase competitiva, embora decorrente dela, é autônoma em relação à fase do diálogo, de modo que não necessariamente aquele que formulou a melhor solução técnica para a consecução do objetivo da Administração será o que apresentará a proposta mais vantajosa e, portanto, vencerá a licitação. Não há uma coincidência necessária, portanto, entre o concorrente que apresentar a melhor solução, na fase dialógica, e aquele que oferecer a proposta mais vantajosa, na fase competitiva.

E no artigo 180 da Lei 14.133 relata que o artigo 10 da Lei 11.079/04 passa a ser regida a contratação de parceria público-privada por licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo (BRASIL, 2021).

Além disso, o diálogo competitivo difere da Contratação Integrada, já previstas em outros diplomas legislativos, e como cita Aragão (2021, p.64) “Diferentemente do diálogo competitivo, portanto, em que a interação entre Administração e particular ocorre no âmbito da licitação, na Contratação Integrada a licitação já ocorreu sem essa flexibilidade”.

Então para Remédio (2021, p.15) “o diálogo competitivo mostra-se em linhas gerais como um procedimento licitatório negocial, flexível e transparente, que confere segurança jurídica à Administração e aos licitantes, diante da necessidade de contratar objetos complexos”, possibilitando a abertura do mercado para a contratação de obras, serviços e compras, tendo maior participação de interessados em comparação as demais modalidades de licitação da Lei 14.133/21.

Estudos de casos feitos em outros países a respeito do diálogo competitivo citado por Santos et al. (2021, p.282) mostrou que “foi relevante para a celebração de parcerias público-privadas na Dinamarca”, ainda em outros trabalhos feitos por Liu apud Santos et al. (2021, p.282)

ao analisar diversos modelos de licitação utilizados em âmbito global, elencou o diálogo competitivo como uma das espécies de licitações competitivas realizadas em múltiplos estágios, destacando ainda que licitações em múltiplos estágios são mais vantajosas em termos de inovação.

Sendo esses contratos de concessão são similares aos do direito brasileiro. Já ao falarmos em comparação entre os diversos elementos consubstanciados em vantagens e desvantagens, no diálogo competitivo, possibilita concluir que a nova modalidade licitatória possui importantes Características positivas para o interesse público e os interesses da coletividade, que poderão contribuir para a celeridade, efetividade e transparência das licitações públicas, inclusive para a ampliação da segurança jurídica no que se refere às contratações públicas celebradas entre a Administração e os particulares.

### 3.5. INFRAESTRUTURA RODOVIÁRIA

Infraestrutura rodoviária é o ramo da engenharia de infraestrutura de transportes que aborda as disciplinas necessárias para a concepção, planejamento, operação e construção de rodovias e vias urbanas.

O sistema rodoviário brasileiro é o meio de transporte logístico e de passageiros mais usados no país, por isso a importância e a necessidade de grandes investimentos nessa área, sendo que os projetos são desenvolvidos de acordo com as normativas e regulações do DNIT (Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes) sendo uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Infraestrutura, do DER (Departamento de Estradas de Rodagem) e da ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres) além das diretrizes globais de planejamento e projeto o setor de infraestrutura rodoviária e urbana depende também da dinâmica das cidades e regiões e das normativas dos Municípios e Estados.

A infraestrutura rodoviária tem como usuário principal o modal de transporte rodoviário que teve o começo dos seus estudos fortemente baseado na história da logística, assim de acordo com Uelze (1978), a palavra logística vem do Francês *loger* que significa acomodar, ajeitar ou receber. Inicialmente era aplicada na arte militar para designar transporte de suprimentos e de tropas, com o passar do tempo, começou a ser usado na área empresarial como sendo a arte de administrar o fluxo de materiais, produtos ou homens, ao longo do território de operação de uma organização. Após a 2ª Guerra Mundial, o conceito de logística evoluiu muito por meio das empresas usuárias e fornecedoras de transporte e pelo poder público que constataram a necessidade de administrar a função logística como um todo e não simplesmente como uma série de funções independentes que eram distribuídas ao longo dos vários departamentos.

Para a execução de obras e a prestação de serviços de engenharia a Administração Pública como cita Dotti (2020, p.2) baseia-se no qual

o regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia remonta ao Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, segundo o qual a administração, para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, procurará desobrigar-

se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, a execução indireta, mediante contrato, desde que existente, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos da execução (art.10, §7º).

É fato que o orçamento público não permite que a administração pública exclusivamente seja a responsável pelos gastos em infraestrutura, os quais são extremamente vultosos de capital fixo duradouro, muitos sem retorno financeiro, outros de retorno em longo prazo, tendo como objetivo a característica da imobilidade e a elevada especificidade.

Nos grandes empreendimentos a Lei das Licitações conceitua a modalidade de empreitada assim como descreve Silva (2012, p.42)

empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada.

Outro contrato para a realização de grandes projetos é o EPC (Engineering, Procurement and Construction Agreement) e como cita Silva (2012, p.43) “a Lei de Licitações não ignorou tal realidade, embora tenha buscado atribuir a esse tipo contratual uma denominação ou tipologia mais consistente com a doutrina jurídica e a terminologia pátrias”.

No Brasil o ordenamento jurídico impõe barreiras na celebração de contratos com os particulares, mesmo que a Administração escolha as mais vantajosas economicamente, e assim como descreve Santos et al. (2021, p.278) “as normas licitatórias nem sempre oferecerão ao gestor a oportunidade de contratar produtos e serviços que estimulem a pesquisa, o desenvolvimento ou a transferência de tecnologia para o país”.

Os critérios de conveniência e oportunidade ficam sob a guarda do Poder Público como relata Mello (2021, p.371) que através

do controle, poderá constante e permanentemente explicitá-los. Fica demonstrado, em face das considerações anteriores, que o poder de controle não depende de qualquer previsão, seja legislativa, seja consagrada no ato que delegou a atividade pública.

O diálogo competitivo em cada caso usado terá seus desafios como no caso de uma licitação para obra de infraestrutura rodoviária, que sem mencionar qual tão importante é para nosso país, pois das estradas que se move quase toda a riqueza do Brasil. Então como é significativo o diálogo entre a Administração e o particular na construção de um projeto que beneficie ambas as partes e que direcione os estudos para um melhor aproveitamento dos recursos físicos, financeiros e intelectuais para que isso possa ser direcionado as necessidades da sociedade, como por exemplo estradas, túneis, viadutos e pontes bem mais elaboradas tecnologicamente e ambientalmente que possa trazer maximização da flexibilidade e da agilidade para melhor corresponder ao fluxo grandioso de locomoção das pessoas e da riqueza brasileira.

Esse estímulo para que o mercado produza inovação possui um forte clamor na Europa assim, como cita Santos et al. (2021, p.278)

já incorporados no âmbito normativo da União Europeia está o diálogo competitivo, modalidade licitatória na qual todos os aspectos técnicos mais relevantes dos produtos e serviços a serem contratados são previamente discutidos com as empresas.

Conforme o modelo de múltiplos fluxos de Kingdon assim, relatado por Santos et al. (2021, p.279) “compreende a formação de agendas de políticas públicas com base na interação de três fluxos de atores e processos: problemas, soluções (ou alternativas) e fluxo político”. No caso do fluxo de problemas “se ocupa de situações que geram mais debates entre as autoridades. Seus vetores são indicadores, eventos foco e feedbacks”, e no fluxo de soluções “representa as propostas em discussão para a solução de problemas e sua apreciação no cenário político depende das viabilidades técnicas, da aceitação pela sociedade e da tolerância dos custos”, e por fim, no fluxo político trata-se “dos atores mais relevantes na análise das políticas públicas, e se desdobra na análise do clima nacional, das forças políticas organizadas e das mudanças no governo”.

Em um estudo de caso baseado na implementação de soluções tecnológicas inteligentes para quatro cidades Holandesas que foi realizado por Brock et al. apud Santos et al. (2021, p.283) “reportou que a cidade de Eindhoven, ciente da dificuldade em definir todos os requisitos necessários para uma cidade inteligente

nas propostas iniciais da licitação, utilizou procedimento de diálogo competitivo que se mostrou exitoso”.

A crise sanitária mundial decorrente da pandemia de Covid-19 trouxe em cena o debate político para a adoção de reformas no âmbito das aquisições públicas e, que de certo modo, como descreve Santos et al. (2021, p.285) justificaram a rápida tramitação do Projeto de Lei (PL) n.4.253/2020 pela Câmara dos Deputados “que deu origem á vigente Lei 14.133/21, salientando-se que a novel legislação passou a elencar o incentivo à inovação tecnológica e ao desenvolvimento socioeconômico como objetivos do procedimento licitatório”.

Tais reformas, no que tange a essa infraestrutura, são imprescindíveis para o crescimento e expansão do desenvolvimento no Brasil, além de que os direitos fundamentais possam ser implementados, desenvolvidos e continuados (NELSON, 2018).

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi analisado que as alterações nos contratos de licitações advindos da nova Lei 14.133/2021 e a sua possível contribuição para a solução de impasses jurídicos no desenvolvimento de políticas públicas na infraestrutura rodoviária com o potencial uso do diálogo competitivo para solucionar esses impasses podemos destacar que esta nova lei trouxe uma modernização, com uma maior transparência, diminuindo a burocratização, atribuindo maior efetividade, outorgando maior celeridade e ampliando a segurança jurídica nas relações entre a Administração e os particulares.

O diálogo competitivo é, portanto, uma nova modalidade licitatória que, em prestígio à crescente tendência da consensualização e participação dos particulares nas decisões administrativas, busca promover, no âmbito do próprio procedimento licitatório, uma negociação entre poder público e particulares com vistas a uma construção conjunta da solução técnica mais adequada para um objeto contratual especialmente complexo e inovador. E como sendo um instituto novo suscitará muitas outras discussões, acerca das quais só teremos respostas com o passar do tempo, sendo o presente trabalho uma abordagem inicial.

Embora se trate de mecanismo realmente eficaz para a materialização de projetos inovadores por parte da Administração Pública, sua utilização nem sempre será vantajosa, já que, pela própria natureza do procedimento, a competição pode ser por vezes prejudicada. Não é difícil imaginar, ilustrativamente, um cenário em que a melhor solução desenhada por determinado particular, por questões tecnológicas, só seja exequível pelo próprio licitante que propôs aquela alternativa.

O trabalho apresenta o direito administrativo, a teoria sobre os Contratos Administrativos, Licitação, Crimes praticados na licitação, Análise da Lei 8.987/1995, Análise da Lei 8.666/1993 em relação à Lei 14.133/2021, Análise do Diálogo Competitivo, e a apresentação da teoria sobre Infraestrutura Rodoviária.

Essa pesquisa teve como importância tirar as dúvidas se ao fazerem as Leis o Poder Legislativo esta em sintonia com a realidade e a necessidade das negociações entre as empresas e o Poder Executivo. A Lei 14.133/21 afasta a ideia anteriormente existente que a Administração Pública possuía plena capacidade de prever, isoladamente sem auxílio de outros as possíveis soluções das mais variadas

demandas tecnológicas, sendo que com esse modelo de diálogo há uma troca de conhecimentos para ambas as partes.

No Direito Administrativo os contratos de obras de infraestrutura a administração pública deverá obedecer a Lei das licitações com o objetivo de contratar pelo menor preço, com melhor técnica e melhor qualidade, e conforme o diálogo competitivo da Lei 14.133/21 essa modalidade contribuirá para as negociações entre o setor privado e o setor público, mas falta muito ainda para que as empresas de pequeno porte possam também participar de concorrências de licitações por causa das grandes exigências de aportes econômicos e financeiros e de burocracias que a lei exige.

Há a existência de muitos termos e expressões vagas utilizadas pela Lei 14.133/2021, como o que ocorre no o art. 29, inciso I, que, ao tratar das condições que devem envolver o objeto a ser contratado, utiliza-se das expressões “inovação tecnológica ou técnica” e “possibilidade de execução com diferentes metodologias”, sem que haja qualquer definição ou detalhamento mais claro sobre o conteúdo das expressões. Assim como no artigo 32, XI, que dispõe que o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos três servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão, dessa forma faltando ao texto normativo a efetiva previsão de mecanismos institucionais com pontos mais definido, seguros e transparentes.

Outro ponto que é positivo nessa modalidade que é o diálogo, mas que ao mesmo tempo torna-se um problema, pois pode-se romper o sistema licitatório favorecendo um lado específico, sendo que esses agentes da Administração possuem um diálogo direto com os licitantes, tornando-se uma relação mais próxima.

O que prejudica também o diálogo competitivo é a incerteza quanto aos objetos que devem possibilitar sua utilização como a verificação da capacidade técnica, econômica e profissional e a margem aceitável nas mudanças e negociações. Ainda a dificuldade de comparar numérica e objetivamente as propostas de soluções diversas sem ao mesmo receber por esse trabalho.

No modo tradicional de licitação dada pela Lei 8.666/93 tem como base para redação da nova Lei 14.133/21 que em muitos artigos se tem o mesmo significado jurídico, sendo que em 1º de abril de 2023 revoga-se a lei antiga.

## REFERÊNCIAS

**Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).** Disponível em: <http://www.gov.br/antt/pt-br>. Acesso em: 27 junho 2022.

ALVES, Fernanda; GUARIDO, Andrade; SILVA, Eros da; NOGUEIRA, Eloy; COSTA, Mayla Cristina. **Resiliência nos valores públicos e sua permanência: uma análise dos contratos administrativos no Brasil.** Saraiva, Maroni, 2021. Disponível em: <http://www.scielo.br/cebape/a/khcdh3q5yfcmxvyvvvh13gm>. Acesso em: 18 março 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública.** Revista direito administrativo, Rio De Janeiro, v.280, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/85147/80515>. Acesso em: 09 nov 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As Parcerias Público-Privadas-PPP's no Direito Positivo Brasileiro.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Bahia, 2005. Acesso em: 09 nov 2022.

BAETA, André Pachioni. **O diálogo competitivo como alternativa para a contratação de obras e serviços de engenharia.** Tribunal de Contas da União. (TCU), 2021.

BERWIG, Aldemir. **Direito administrativo.** Ed. Unijuí, 456p. Coleção Direito, Política e Cidadania, 2019.

BRASIL. **Regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.** Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/8.987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8.987cons.htm). Acesso em: 15 março 2022.

BRASIL. **Licitação e contratação de parceria público-privada.** Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/11.079cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11.079cons.htm). Acesso em: 17 março 2022.

BRASIL. **Licitações e contratos da Administração Pública.** Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/8.666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8.666cons.htm). Acesso em: 17 março 2022.

BRASIL. **Lei das Licitações.** Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14.133cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14.133cons.htm). Acesso em: 17 abril 2022.

CARMONA, Mafalda. **Reflexões em torno da impossibilidade definitiva na execução dos contratos administrativos**. 2020. Disponível em: [http://www.scielo.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=s2183-184x2020000300109&lang=pt](http://www.scielo.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s2183-184x2020000300109&lang=pt). Acesso em: 05 abril 2022.

**Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT)**. Disponível em: <http://www.gov.br/dnit/pt-br>. Acesso em: 27 junho 2022.

**Departamento de Estradas de Rodagem (DER)**. Disponível em: <http://www.gov.br/der/pt-br>. Acesso em: 27 junho 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Administração Pública-Legislação**. São Paulo, Malheiros Editores, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo, Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 9º ed. São Paulo, Atlas, 2012.

DOTTI, Marinês Restelatto. **Serviço de engenharia: roteiro prático para o planejamento da licitação. Aplicação das diretrizes da instrução normativa SEGES/MPDG Nº 5, DE 2017**. Revista de direito administrativo e infraestrutura. Porto Alegre - RS, 2020. Disponível em: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/240/211>. Acesso em: 19 nov 2022.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini dicionário da língua portuguesa**. Nova ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo**. Revista brasileira de direito público. V.34, p.47-72, 2011. Disponível em: <http://biblioteca.digital.fgv.br/dspace/handle/10438/19195>. Acesso em: 15 abril 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9º ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

MALHEIROS, Antonio Carlos; COVAS, Silvânio; SIANO, James Alberto; GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Código civil, código de processo civil, constituição federal, dicionário jurídico**. 1ª ed. São Paulo, Rideel, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27º ed. São Paulo, Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Modalidades de descentralização administrativa e seu controle**. Revista de direito administrativo, infraestrutura, regulação e compliance. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/libraryFiles/downloadPublic/38>. Acesso em: 09 nov 2022.

NELSON, Rocco. **Anotações sobre a lei federal instituidora das parcerias públicas e privadas no sistema jurídico brasileiro**. 2018. Disponível em: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=s0121-182x2018000200033e&lang=pt](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0121-182x2018000200033e&lang=pt). Acesso em: 08 abril 2022.

NÓBREGA, M. **Análise econômica do Direito Administrativo**. Em TIMM, L. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo, Atlas, 2011.

OLIVEIRA, L. F. **O juízo de Salomão: eficiência, validade e limites do uso da arbitragem nas concessões públicas brasileiras**. Revista brasileira de direito administrativo e regulatório, 4, 2011.

QUEIROZ, J. E. **O Novo Regime Jurídico Contratual: as Parceria Público-Privadas (PPPS)**. Direito Administrativo Econômico. São Paulo, Atlas, 2011.

REMÉDIO, José Antônio. **Lei de licitações e contratos administrativos (Lei 14.133/2021): O diálogo competitivo como nova modalidade de licitação**. Revista de direito administrativo e gestão pública. 2021. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/7568/pdf>. Acesso em: 09 nov 2022.

SANTOS, Henrico Hernandes Nunes dos. FOGATTI, Osvaldo de Freitas. MEIRELES, Osvaldo. **Diálogo competitivo em licitações: Uma análise sob a perspectiva dos múltiplos fluxos de Kingdon**. E-legis, Brasília, n. 36, p. 276-297, 2021. Disponível em: <https://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/699/972>. Acesso em: 09 nov 2022.

SILVA, Leonardo Toledo da. **Direito e infraestrutura**. 2012. Disponível em: <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 25 junho 2022.

SILVA, R. C. **Entre o endeusamento e a descrença: a perigosa visão dicotômica sobre o contrato de parceria pública-privada na seara administrativa brasileira**. Revista brasileira de direito administrativo e regulatório, 4, 2011.

TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. **Concepção dos contratos administrativos**. São Paulo, Malheiros Editores, 2007.

**Tribunal de Contas da União (TCU)**. TCU, DC-0457-41/95-P, publicado no DOU 25/09/1995, p.14.893. (TCU, 1995). Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 25 out 2022.

**Tribunal de Contas da União (TCU).** Acórdão 2730/2009-TCU-Plenário, (TCU, 2009). Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 07 nov 2022.

**Tribunal de Contas da União (TCU).** Acórdão 1613/2013-TCU-Plenário (TCU, 2013). Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 07 nov 2022.

**Tribunal de Contas da União (TCU).** Acórdão 9380/2017-TCU-Plenário, (TCU, 2017a). Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 07 nov 2022.

**Tribunal de Contas da União (TCU).** Acórdão 2441/2017-TCU-Plenário, (TCU, 2017b). Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 07 nov 2022.

**Tribunal de Contas da União (TCU).** Acórdão 343/2017 TCU-1ª Câmara, (TCU, 2017c). Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 07 nov 2022.

**Tribunal de Contas da União (TCU).** Acórdão 1695/2018-TCU-Plenário, (TCU, 2018). Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 07 nov 2022.

**Tribunal de Contas da União (TCU).** Acórdão 820/2019-TCU-Plenário. (TCU, 2019). Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 07 nov 2022.

**Tribunal de Contas da União (TCU).** Acórdão 2778/2020-TCU-Plenário, (TCU, 2020). Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 07 nov 2022.

**Tribunal de Contas da União (TCU).** Acórdão 179/2021-TCU-Plenário, (TCU, 2021a). Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 07 nov 2022.

**Tribunal de Contas da União (TCU).** Acórdão 503/2021-TCU-Plenário, (TCU, 2021b). Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 07 nov 2022.

UELZE, Reginald. **Gerência de transporte e frotas na operação de equipamentos e movimentação de cargas.** São Paulo: Pioneira, 1978.

VALLE, Vivian Cristina López. RODELLI, Luiz Felipe de Lima. **Contratos administrativos e políticas públicas: A era do Estado contratualizado.** Revista de direito administrativo, infraestrutura, regulação e compliance. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/valle2021/441>. Acesso em: 09 nov 2022.

## ANEXOS

Conforme o acórdão transcrito abaixo se refere a obras e serviços de engenharia de infraestrutura rodoviária, assim

Acórdão 2730/2009-Plenário

DATA DA SESSÃO

18/11/2009

RELATOR

WALTON ALENCAR RODRIGUES

ÁREA

Contrato Administrativo

TEMA

Obras e serviços de engenharia

SUBTEMA

Fiscalização

OUTROS INDEXADORES

Requisito, Conservação, Reforma (Obra Pública), Rodovia

TIPO DO PROCESSO

RELATÓRIO DE AUDITORIA

ENUNCIADO

Nas fiscalizações de obras de manutenção, restauração e conservação rodoviárias, é recomendável que o Departamento Nacional de *Infraestrutura* de Transporte (DNIT) adote as seguintes medidas: (i) alocar recursos humanos e materiais suficientes, em razão dos valores econômicos envolvidos; (ii) promover o acompanhamento tempestivo, real e efetivo das operações construtivas, para garantir a qualidade dos serviços; (iii) exigir a realização de controles de execução e de ensaios tecnológicos, nas modalidades e frequências previstas em suas normas, por agentes independentes do contratado, para garantir a qualidade dos serviços executados; (iv) medir detalhadamente os serviços realizados, de forma a impedir o pagamento por serviços não realizados; e (v) identificar a responsabilidade das empresas gerenciadoras, fiscalizadoras e construtoras por alterações injustificadas em projetos e *contratos* (Instrução Normativa MT 1/2007, art. 3º, § 5º) .

EXCERTO

Acórdão:

9.1. recomendar ao Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes que:

9.1.3. reveja os procedimentos de fiscalização das obras de manutenção, restauração e conservação dos programas PIR IV [Programa Integrado de Revitalização] e Crema [Contrato de Restauração e Manutenção], de forma a:

9.1.3.1. aumentar a alocação de recursos humanos e materiais à fiscalização das obras, em razão dos elevados valores econômicos investidos pelos programas;

9.1.3.2. promover o acompanhamento tempestivo, real e efetivo das operações construtivas, para garantir a qualidade dos serviços;

9.1.3.3. exigir a realização de controles de execução e de ensaios tecnológicos, nas modalidades e frequências previstas em suas normas, por agentes independentes do contratado, para garantir a qualidade dos serviços executados;

9.1.3.4. medir detalhadamente os serviços realizados, de forma a impedir o pagamento por serviços não realizados;

9.1.3.5. identificar a responsabilidade das empresas gerenciadoras, fiscalizadoras e construtoras por alterações injustificadas em projetos e contratos, nos termos do art. 3º, § 5º, Instrução Normativa MT 1/2007;

#### REFERÊNCIA LEGAL

- Instrução Normativa 1/2007 Art. 3 Par. 5 Ministério dos Transportes

#### ENUNCIADOS RELACIONADOS

- Os critérios de pagamento para serviços de supervisão e gerenciamento de obras de construção devem prever a entrega de produtos ou de resultados alcançados, os quais devem ser previamente definidos em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, com níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento, evitando-se a previsão de pagamentos por homem-mês ou relacionados à mera permanência de mão de obra ou disponibilização de equipamentos.
- Em contratações de serviços de supervisão, fiscalização ou gerenciamento de obras, a Administração deve evitar a previsão de pagamentos por homem-hora (ou homem-mês) ou relacionados à mera permanência de mão de obra ou disponibilização de equipamentos. Os pagamentos nesses casos devem estar estritamente atrelados a produtos entregues ou resultados alcançados, os quais devem ser previamente definidos em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, com níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento.
- Em contratação de serviços de supervisão, fiscalização ou gerenciamento de obras, deverá constar cláusula contratual ou elemento na matriz de riscos prevista no art. 42, inciso X, da Lei 13.303/2016 que preveja a diminuição ou supressão da remuneração da contratada, nos casos, ainda que imprevistos,

de enfraquecimento do ritmo das obras ou de paralisação total, de forma a se manter o equilíbrio econômico-financeiro dos referidos contratos durante todo o período de execução do empreendimento.

- As notas fiscais relativas a obras devem identificar a medição, o contrato e o convênio aos quais se referem, e as medições respectivas devem ser conferidas pelo fiscal do contrato designado pela Administração e conter a descrição detalhada em preços unitários dos serviços executados.
- No caso de contratação de empresa para supervisão de obras, os apontamentos elaborados pela supervisora possuem presunção relativa de veracidade, só podendo ser desconsiderados pela entidade contratante se houver justificativa plausível para tanto, mesmo cabendo a esta última a elaboração dos Boletins de Medição dos serviços prestados e a autorização dos correspondentes pagamentos.
- 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.
- A contratação de empresa que elaborou projeto básico ou executivo de obra para exercer as funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento do empreendimento encontra amparo no comando contido no art. 9º, § 1º, da Lei 8.666/1993.
- As medições de um contrato devem identificar precisamente os serviços executados e os respectivos preços, bem como os profissionais em exercício no período e a remuneração de cada um.
- Os registros de fiscal de obra pública não podem ser tomados como prova única de fiscalização contratual inadequada, sem outras evidências de baixa qualidade na prestação de serviços.
- Na execução contratual, o fiscal do ajuste deve realizar o fiel registro de todas as ocorrências relevantes observadas e a Administração não pode se furtar ao direito-dever de aplicar as sanções administrativas previstas, quando for o caso.
- O registro da fiscalização de obra pública é ato vinculado, fundamental para procedimentos de liquidação e pagamento dos serviços. É controle essencial que a administração exerce sobre o contratado, o qual propicia aos gestores informações acerca do cumprimento do cronograma das obras e a conformidade da quantidade e qualidade contratadas e executadas.
- Em contratos de gerenciamento e supervisão de obras rodoviárias, bem como nos demais contratos de consultoria baseados na disponibilização de profissionais e no fornecimento de veículos e equipamentos, compete à Administração exigir o efetivo cumprimento de todas as obrigações previstas no contrato, e, especialmente, do cumprimento de toda a jornada de trabalho prevista para o pessoal terceirizado, por meio do controle de frequência do pessoal. Cabe à Administração, ainda, requisitar da contratada, em caráter excepcional, outros documentos aptos à comprovação do comparecimento do pessoal, do fornecimento dos veículos e dos equipamentos e da execução dos serviços medidos.
- Tendo em vista o disposto nos artigos 54 e 55 da Lei 8.666/1993, a Administração deve especificar com clareza e precisão os objetos dos contratos de serviços de fiscalização de obras, inclusive aqueles em que o contrato cubra o acompanhamento em diferentes locais e períodos de

execução, casos em que a definição do objeto deve englobar, entre outras coisas: i) a indicação da (s) obra (s) a ser (em) fiscalizada (s) ; ii) o número e a qualificação dos profissionais que compõem a equipe de fiscalização e as horas a serem prestadas na execução dos serviços, estabelecidos a partir de um cronograma de atividades compatível com o (s) da (s) obra (s) objeto da fiscalização; e iii) a exigência de relatórios ou boletins periódicos, concretizando as atividades desempenhadas.

- Em contratos de supervisão, fiscalização e gerenciamento de obras financiadas total ou parcialmente com recursos federais, a Administração contratante deve inserir cláusula que preveja a diminuição ou supressão da remuneração da contratada, nos casos, ainda que imprevistos, de enfraquecimento do ritmo das obras ou de paralisação total, de forma a se manter o equilíbrio econômico-financeiro dos referidos contratos durante todo o período de execução do empreendimento.
- Na execução de obras que envolvam, total ou parcialmente, recursos públicos federais, a Administração contratante deve cumprir o disposto no § 1º do art. 67 da Lei 8.666/1993, realizando fiscalização de forma concomitante à execução dos serviços, procedendo aos devidos e detalhados registros nos diários de obras.
- A Administração deve incluir nos contratos de supervisão cláusula que preveja a diminuição ou a supressão da remuneração da contratada, nos casos, ainda que imprevistos, de enfraquecimento do ritmo das obras ou de paralisação total, respectivamente.
- A Administração deve regularizar a deficiência detectada na fiscalização dos contratos, bem como certificar-se de que os fiscais designados para tal função exerçam efetivamente o acompanhamento das obras, nos termos do art. 67 da Lei 8.666/1993.
- A Administração deve providenciar o correto preenchimento do diário de obras, de modo a garantir que todas as informações referentes a elas sejam registradas no momento de sua ocorrência, sem lacunas temporais e/ou preenchimento a posteriori.
- O registro da fiscalização é ato vinculado, fundamental para procedimentos de liquidação e pagamento dos serviços. É controle fundamental que a administração exerce sobre o contratado, o qual propicia aos gestores informações sobre o cumprimento do cronograma das obras e a conformidade da quantidade e qualidade contratadas e executadas.
- A Administração deve promover controles tempestivos sobre a execução das obras de modo a se certificar de que a contratada está cumprindo com todos os itens pactuados, em especial, no que se refere ao devido acompanhamento pelo responsável técnico indicado, ou substituto, caso oficializado, durante todo o período correspondente.
- O acompanhamento de obra deve ser realizado diariamente, fazendo-se constar assinatura do responsável no diário de obras com regularidade.
- Quando da formalização de contratos de supervisão e acompanhamento, a Administração deve estabelecer prazos contratuais compatíveis com a duração das obras a serem fiscalizadas, previstas nos respectivos contratos de construção.
- Nos casos de contratos de supervisão terem vigência superior aos correspondentes contratos de execução das obras, os pagamentos no âmbito

daqueles (supervisão) devem recair somente sobre os serviços efetivamente prestados até o término destes (execução) .

- Não é admissível que funcionário pertencente aos quadros de uma empresa ou a ela subordinado a qualquer título exerça, concomitantemente, o papel de fiscal da obra a ela adjudicada mediante licitação.
- Para o acompanhamento da execução de um contrato devem ser desenvolvidos eficientes mecanismos de fiscalização e supervisão das obras, somente sendo autorizada a execução de serviços previamente definidos pela Administração cujas medições devem conter a localização exata da estaca e dos volumes efetivamente executados.
- A Administração deve abster-se de autorizar o início de obras rodoviárias sem que estejam definidos, antecipadamente, os instrumentos de controle e fiscalização dos serviços a serem contratados.
- A regra é a não prorrogação dos contratos de fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras, admitindo-se prorrogação, eventualmente, se as condições do art. 57, inciso I e §2º, da Lei 8.666/1993 forem rigorosamente cumpridas e se justificada a vantagem da prorrogação em contraste com a possibilidade de nova contratação.
- Na execução dos contratos de conservação e restauração rodoviária, deve ser exigido, como condição para o pagamento das medições, que os quantitativos medidos sejam especificados em relatório de fiscalização que identifique com precisão os trechos concernentes aos serviços efetuados, acompanhado por provas que registrem inequivocamente a realização das atividades.