

VISÃO DO TCE



VOLUME 1

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Auditores de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba

**José Luciano Sousa de Andrade
Luzemar da Costa Martins**

VISÃO DO TCE-PB SOBRE A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

**ACE José Luciano Sousa de Andrade
ACE Luzemar da Costa Martins**

João Pessoa, agosto de 2023

Apresentação

Esta contribuição que o Tribunal de Contas do Estado oferece aos Jurisdicionados, à Paraíba e ao Brasil reflete a Visão desta Corte de Contas em capacitar, orientar e preparar os Servidores, demais Agentes das Instituições Públicas e a Sociedade em relação à Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei 14.133, de 1º de abril de 2021 – tão importante e fundamental para a regular e eficiente aplicação dos recursos públicos.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas do Estado da Paraíba iniciou o debate, em março de 2023, com a palestra do Prof. Dr. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ocorrida no Teatro Paulo Pontes da Fundação Espaço Cultural – FUNESC, com a participação de gestores, técnicos, contadores, estudantes, etc.

O conteúdo deste trabalho foi objeto de qualificações ministradas em todas as regiões do Estado, lecionadas pelos Auditores de Controle Externo José Luciano Sousa de Andrade e Luzemar da Costa Martins, portanto, já difundido e interiorizado em nome desta instituição.

Por fim, ressaltamos que o TCE/PB, não só aprecia e fiscaliza atos da gestão, também está sempre alinhado à constante busca da orientação, do aperfeiçoamento e da capacitação dos administradores públicos, visando minimizar e evitar resultados que comprometam o erário.

Registro o agradecimento em nome do Tribunal de Contas do Estado aos autores da obra “Visão do TCE/PB sobre a Nova Lei de Licitações e Contratos”.

Conselheiro ANTÔNIO NOMINANDO DINIZ FILHO
Presidente do TCE-PB

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em 01/04/2021, foi publicada e entrou em vigência a **Lei 14.133**, conhecida como **Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC)**, estabelecendo **Normas Gerais de “licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”**.

Por força do art. 193 da NLLC, as Leis 8.666/1993; 10520/2002; e, os artigos 1º a 47-A da Lei 12462/2011, inicialmente, tiveram vigência mantida até 31/03/2023, posteriormente, nos termos da LC 198/2023, prorrogada até 30/12/2023, diferentemente do que normalmente ocorre, quando LEI NOVA que exaure matéria contida em outras NORMAS, as revoga de imediato.

O período de convivência entre o velho e o novo regime das contratações públicas fixado pelo mencionado artigo da NLLC, destina-se à necessária adaptação das Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios às novas REGRAS, que possam inovar o ambiente normativo com preceitos, princípios e regras que desafiam os Gestores.

Neste contexto, para maior segurança jurídica dos Jurisdicionados apresenta-se este trabalho com a Visão da Unidade Técnica do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, fixando os entendimentos iniciais sobre pontos relevantes da Lei nº 14.133/2021, sem pretensões de esgotar o tema

Trabalho que surge a partir de projeto de interiorização de ensino, realizado entre março a julho de 2023, em uma parceria do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (TCE-PB) com a Federação das Associações de Municípios da Paraíba (FAMUP), com o apoio logístico da Escola de Contas Conselheiro Otacílio Silveira (Ecosil), em 11 (onze) treinamentos que tiveram a participação de 1264 representantes de 202 dos 223 municípios do Estado.

Necessário registrar que a pouca utilização da Lei nº 14.133/2021 reflete na escassez de jurisprudências dos Tribunais de Contas, de modo que os entendimentos técnicos expostos a seguir não refletem, necessariamente, o posicionamento conclusivo do TCE-PB acerca destes temas. Mas tão-somente são frutos das atuais reflexões dos autores deste trabalho, que poderão eventualmente ser modificadas, inclusive em decorrência de novas contribuições que possam ser encaminhadas para maior enriquecimento deste texto.

Entre o texto da LEI e interpretações doutrinárias, que buscam extrair o sentido oculto das palavras, a unidade técnica do Tribunal de Contas do Estado observará a LEI, as decisões do STF ao interpretar a Lei nº 14.133/2021 **conforme a Constituição Federal**, bem como, as decisões normativas do TCU e do próprio TCE-PB sobre as disposições da NLLC.

QUAIS OS PRINCÍPIOS QUE DEVEM NORTEAR AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS?

O art. 5º, NLLC, fixa um extenso rol de princípios que DEVEM nortear a interpretação e aplicação da Lei nº 14.133/2021, a saber:

- a) legalidade,
- b) impessoalidade,
- c) moralidade,
- d) publicidade,
- e) eficiência,
- f) interesse público,
- g) probidade administrativa,
- h) igualdade,
- i) planejamento,
- j) transparência,
- k) eficácia,
- l) segregação de funções,
- m) motivação,
- n) vinculação ao edital,
- o) julgamento objetivo,
- p) segurança jurídica,
- q) razoabilidade,
- r) competitividade,
- s) proporcionalidade,
- t) celeridade,
- u) economicidade, e
- v) desenvolvimento nacional sustentável.
- w) disposições do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Os vinte e dois princípios acima arrolados são próprios da **Governança**, que deve ser observada no âmbito da Administração Pública **sendo a sua implementação, desenvolvimento e manutenção de responsabilidade dos Gestores dos órgãos e entidades da Administração Pública**, aspecto positivado na legislação - art. 11, parágrafo único, NLLC.

Interessante observar que o comparativo com aqueles do rol do art. 3º, da Lei nº 8.666/1993, mostra que dois princípios (isonomia, seleção da proposta mais vantajosa) não foram trazidos para o texto do art. 5º, da Lei nº 14.133/2021, o que não significa que foram afastados, pois continuam refletidos, respectivamente, na igualdade e na economicidade, que determina que se deva gastar o mínimo de recursos para se obter a melhor contratação possível.

Ademais, tanto a Isonomia quanto a Seleção da Proposta mais Vantajosa, continuam como objetivos da licitação - art. 11, a saber:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - **assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso** para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - **assegurar tratamento isonômico** entre os licitantes, bem como a justa competição;

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela **governança das contratações** e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

Além dos princípios acima elencados, a Lei nº 14.133/2021 também menciona os princípios da padronização, parcelamento e da responsabilidade fiscal, conforme disposto no art. 40, inciso V.

Art. 40, O **planejamento** de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte: (...)

V - atendimento aos princípios:

a) da **padronização**, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;

b) do **parcelamento**, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso;

c) da **responsabilidade fiscal**, mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento.

Conforme expressado na cabeça do referido artigo, os princípios acima são intrinsecamente relacionados ao planejamento da contratação, a partir da responsabilidade fiscal com a previsão da despesa no Plano Anual de Contratações - PCA, considerada a possibilidade de padronização de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho, e do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso.

O QUE É GOVERNANÇA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS?

O conceito formal de governança pode ser extraído do art. 2º, do Decreto Federal nº 203/2017, como o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.

Trata-se, em termos mais simplificados, da capacidade de implementar e de gerir políticas públicas para o atendimento de necessidades sociais, que deve ser a razão das contratações públicas, as quais apenas têm no processo licitatório como o meio constitucional de assegurar igualdade de condições para todos aqueles que desejam fornecer para o Poder Público.

Não por menos, a governança fortemente influencia a Lei nº 14.133/2021, que a elege como de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade (Art. 11. Parágrafo único), pois sem que haja o envolvimento da alta cúpula, muito pouco se pode avançar nas mudanças administrativas necessárias para a implantação da nova legislação de licitações e contratos.

Vale reforçar que não somente os gestores são desafiados pela Lei nº 14.133/2021, como também a todos os agentes que integram as diversas etapas das contratações públicas, desde a fase de planejamento inicial, até a execução do contrato com o efetivo recebimento do objeto pretendido.

Para tanto, o art. 169, § 3º, elenca os integrantes das linhas de defesa das contratações públicas, com a inusitada inserção dos Tribunais de Contas, entendida como inadequada por se tratar dos Órgãos Auxiliares do Controle Externo, portanto, alheios ao processo interno da administração.

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

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

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

Linhas de defesa que devem atuar simultaneamente, sem esperar que a anterior falhe para que somente a seguinte tenha a obrigação de atuar, em responsabilidade compartilhada, com práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, durante todas as fases do processo de contratação pública, com foco em resultados mais vantajosos para a Administração.

A partir do estabelecimento das linhas de defesa das contratações públicas, é necessário avaliar a necessidade de esgotamento das instâncias administrativas, para somente então, ser possível acionar a de Controle Externo, consoante se extrai do entendimento manifestado em julgado pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 572/2022-Plenário).

c) informar ao representante que, considerando o princípio da eficiência insculpido no art. 37 da Constituição Federal e as disposições previstas no art. 169 da Lei 14.133/2021, deve o interessado acionar inicialmente a primeira e a segunda linhas de defesa, no âmbito do próprio órgão/entidade, antes do ingresso junto à terceira linha de defesa, constituída pelo órgão central de controle interno e tribunais de contas, evitando, por exemplo, a apresentação de pedidos de esclarecimentos ou impugnação a edital lançado, ou mesmo de recurso administrativo concomitantemente com o ingresso de representações/denúncias junto a esta Corte de Contas, sob pena de poder acarretar duplos esforços de apuração desnecessariamente, em desfavor do erário e do interesse público;

Desse modo, exceto nos casos de falhas ocorridas nas linhas de defesa, ou negligência e até mesmo abuso de poder, entendemos ser recomendável o acionamento anterior da Administração, até mesmo para, no exercício do princípio da autotutela, correções possam ser efetuadas, e assim evitar duplicidades de esforços com a atuação desnecessária dos órgãos de controle.

Detectadas impropriedades formais, a exemplo de ausência de normativos de rotinas de processos, ou até mesmo deficiências de capacitação de pessoal, devem os integrantes das linhas de defesa atuarem preventivamente para que a falha não volte a ser repetida, sem prejuízo das correções no processo de contratação, evitando-se a realização de procedimentos em desacordo com a lei (Art. 169. § 3º inciso I).

Caso a irregularidade detectada configure dano à Administração, não somente financeiro, mas também de ferimentos de Princípios que devem ser resguardados por todos aqueles que atuam no trato com a coisa pública, os agentes de licitação comunicarão ao Ministério Público para providências cabíveis, inclusive a apuração dos ilícitos de sua competência (Art. 169. § 3º inciso II).

Naturalmente, a comunicação ao Ministério Público competente, não exclui a responsabilidade dos que atuam no Controle Interno de também informarem a irregularidade, ou ilegalidade, ao Tribunal de Contas, conforme exige o texto constitucional, consoante exigência do § 1º do artigo 74, CR/1988¹

Art. 74, § 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

¹ Constituição do Estado da Paraíba, art. 76, § 1º

DO PLANEJAMENTO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A NLLC nas contratações públicas define um conjunto de artefatos por meio dos quais a Gestão irá materializar (registrar) a observância do princípio do planejamento, fortemente marcado na fase preparatória do processo licitatório, com o fim de abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação (Art. 12).

Neste cenário, dois instrumentos se destacam: o Plano de Contratação Anual (PCA) e o Estudo Técnico Preliminar (ETP).

O Plano de Contratação Anual (PCA), consoante dispõe o art. 12, inciso VII, é elaborado a partir de documentos de formalização de demandas, conforme as regras definidas pelo ente regulamentador, que poderá fazer as devidas adaptações ao contexto das peculiaridades locais, para melhor refletir o alinhamento ao seu Planejamento Estratégico, e subsidiar a elaboração das Leis Orçamentárias (Plano Plurianual - PPA, Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e Lei Orçamentária Anual - LOA).

Cabe destacar que, assim como acontece com as Lei Orçamentária - LOA, que durante o ano de execução pode ser alterada para fazer constar créditos adicionais, sejam suplementares (reforço de dotação), especiais (previsão de nova despesa) e extraordinários, o PCA também é um instrumento dinâmico, passível de alterações durante o exercício a que se refere.

A se confirmar este entendimento, diga-se que o Decreto Federal nº 10.947/2022, que regulamenta a elaboração do Plano de Contratação Anual (PCA) no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, registra o dinamismo de alterações deste instrumento de planejamento desde a fase de aprovação da LOA pelo Legislativo e até mesmo durante o ano de execução das despesas.

Art. 15. Durante o ano de sua elaboração, o plano de contratações anual poderá ser revisado e alterado por meio de inclusão, exclusão ou redimensionamento de itens, nas seguintes hipóteses:

I - no período de 15 de setembro a 15 de novembro do ano de elaboração do plano de contratações anual, para a sua adequação à proposta orçamentária do órgão ou da entidade encaminhada ao Poder Legislativo; e

II - na quinzena posterior à publicação da Lei Orçamentária Anual, para adequação do plano de contratações anual ao orçamento aprovado para aquele exercício.

Parágrafo único. Nas hipóteses deste artigo, as alterações no plano de contratações anual serão aprovadas pela autoridade competente nos prazos previstos nos incisos I e II do caput.

Art. 16. Durante o ano de sua execução, o plano de contratações anual poderá ser alterado, por meio de justificativa aprovada pela autoridade competente.

O art. 12, § 1º, da Lei nº 14.133/2021 exige que o PCA seja divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial, pois o dinamismo das suas alterações exige flexibilidade que não cabe no conceito de um documento formal, estático.

Ademais, avança o Decreto Federal nº 10.947/2022 ao exigir que a publicidade do PCA, ao menos no âmbito da administração pública federal, também aconteça no Portal Nacional de Contratações Públicas (Art. 16, Parágrafo único), regra que decorre da interpretação ao art. 174, inciso I, da Lei nº 14.133/2021.

Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à:

I - divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei;

Observe-se, por força do parágrafo segundo, inciso primeiro do artigo acima citado - ART. 174 - que Estados, DF e Municípios devem, igualmente, divulgar no PNCP os seus Planos de Contratações Anuais:

Art. 174, § 2º O PNCP conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das contratações

I - planos de contratação anuais.

Por sua vez, o Estudo Técnico Preliminar (ETP), de certo modo, espelha as justificativas técnicas exigida nos procedimentos regidos pela Lei nº 8.666/1993, Lei nº 10.520/2002 (Pregão) e Lei nº 12.462/2011 (RDC), mas avança ao deixar a lógica de “redação livre”, com livre exposição de motivos da necessidade do objeto em contratação.

A exposição de motivos exigida para a elaboração do Estudo Técnico Preliminar (ETP) passa a ser “quesitada”, com o necessário enfrentamento das questões apresentadas no art. 18, § 1º, da Lei 14.133/2021, de modo a evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, bem como permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação.

O ETP, na forma do regulamento, deve ser elaborado na fase preparatória da licitação ou da contratação direta - dispensa ou inexigibilidade - a partir de Demandas objetivamente definidas e, em regra, previstas no Plano de Contratação Anual.

Cabe destacar que o Legislador permite a elaboração de Estudo Técnico Preliminar (ETP) “mais enxuto”, apenas com o enfrentamento dos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º, art. 18, desde que apresentadas as devidas justificativas para a desnecessidade de motivação das demais das questões.

I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

Pondere-se, no entanto, que a exposição de justificativas para a desnecessidade de enfrentar os demais quesitos do § 1º, art. 18, é tarefa que, na prática, revela-se de difícil aplicação, dada a importância que tem cada uma das questões para a elaboração de um Estudo Técnico Preliminar (ETP) tecnicamente consistente para demonstrar a viabilidade da contratação, apto a embasar a elaboração de anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico.

II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;

III - requisitos da contratação;

V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;

X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;

Necessário se faz fixar que embora a Lei nº 14.133/2021 não exija, expressamente, que o Estudo Técnico Preliminar (ETP) seja disciplinado, a ausência deste regulamento implica que o ente elaborará este documento constitutivo da primeira etapa do planejamento para toda e qualquer contratação que realizar.

Recomendável, portanto, que a exemplo do que fez o Governo Federal na Instrução Normativa SEGES nº 58/2022, o Estado e os Municípios também regulem o Estudo Técnico Preliminar (ETP), notadamente com a exposição das situações nas quais este importante instrumento de planejamento poderá ser dispensado. Veja-se como foram disciplinadas as regras no âmbito da administração federal.

Art. 14. A elaboração do ETP:

I - é facultada nas hipóteses dos incisos I, II, VII e VIII do art. 75 e do § 7º do art. 90 da Lei nº 14.133, de 2021; e

II - é dispensada na hipótese do inciso III do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021, e nos casos de prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos.

Cabe destacar que o Governo Federal dispensou a elaboração do Estudo Técnico Preliminar somente nos casos de licitações desertas/fracassadas (Art. 75, III, Lei 14.133/2021), no pressuposto de que o procedimento prévio já teria ETP, com a reflexão de que a causa do insucesso não esteja associada a falhas no próprio instrumento. Situação que recomendaria necessárias revisões no planejamento da contratação.

Nas demais hipóteses acima elencadas, a Instrução Normativa SEGES nº 58/2022 apenas faculta a não elaboração do ETP para as contratações de pequenos valores (Art. 75, I e II), as que envolvam grave perturbação da ordem (Guerra, Estado de Defesa, Estado de Sítio - VII) e nos casos de emergência ou calamidade pública (VIII).

Como vimos, o regulamento pode estabelecer as situações em que o ETP será dispensado, todavia, a dispensa de elaboração do ETP não elimina a necessidade de justificar a futura contratação; a solução escolhida para atender a demanda e o interesse público; nem o atendimento ao princípio do planejamento, aspectos que devem ser ponderados na definição de quando e porquê o ETP será dispensado.

O PLANO DE CONTRATAÇÕES ANUAL (PCA) É OBRIGATÓRIO?

Soa estranho em uma Lei que tem a governança como a “rainha da dança”, pensar em dispensar o principal instrumento de planejamento, que é o Plano de Contratações Anual (PCA), mas é, exatamente, esta a interpretação que se extrai de leitura mais apressada dos artigos Art. 12, VII e Art. 18, § 1º, II, nos quais os termos “poderão” e “sempre que elaborado” conduzem a uma faculdade de elaboração.

Art. 12, 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.

Art. 18, § 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo (...), e conterá os seguintes elementos:

II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, **sempre que elaborado**, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;

Este debate já é pacificado no âmbito da Administração Federal, tanto pela expressa menção à obrigatoriedade de elaboração do PCA (Art. 3º, Decreto nº 10.947/2022), quanto pelo raciocínio de que não dispensa aquilo que seria facultativo. Para as forças armadas, o PCA foi dispensado de elaborar este plano, sem prejuízo da observância do princípio do planejamento de que trata o art. 5º da Lei nº 14.133/2021.

Some-se a isso que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, em situação análoga enfrentada quando da obrigatoriedade (ou não!) da matriz de riscos nas contratações regidas pelo RDC (Art. 9º, § 5º, Lei nº 12.462/2011), primeiramente entendeu pela recomendação da sua inserção nos editais (Acórdão 1465/2013-Plenário), mas em seguida por sua imprescindibilidade (Acórdão 2980/2015-Plenário).

O fato é que o Tribunal de Contas da União já assinalou para a obrigatoriedade do Plano de Contratações Anual (PCA) nas contratações da Lei nº 14.133/2021, ao firmar o processo de contratação na lógica de um plano anual onde todas as ações para a realização de uma licitação devem estar inseridas em cada exercício (Acórdão 507/2023-Plenário).

Acrescente-se, finalmente, que segundo o parágrafo único do art. 11, deve-se **assegurar o alinhamento das contratações com o planejamento estratégico e as leis orçamentárias**, missão inviável se considerarmos dispensável a elaboração do Plano de Contratações Anual.

Vencida esta questão, deve-se atentar que as regras de elaboração do Plano de Contratações Anual (PCA) devem ser estabelecidas em regulamento do próprio ente (Art.

12, VII), no âmbito municipal, por Decreto do Prefeito ou Ato da Mesa Diretora da Câmara, com, no mínimo, as seguintes definições:

- a) Setor da administração vai elaborar o PCA, e quem ficará responsável por manter atualizado o instrumento nos meios de publicidade. Observar o princípio da segregação das funções, pois não é aconselhável que os responsáveis pela execução de fiscalização se confundam na mesma pessoa;
- b) Contratações que serão incluídas no PCA, com a recomendação de que seja seguido o modelo do Decreto Federal nº 10.947/2022, que incluiu as contratações diretas (dispensas e inexigibilidades), e dispensou as emergenciais e aquelas os valores abaixo dos contratos verbais do art. 95, § 2º;
- c) Estruturação do PCA, preferencialmente, com a mesma formatação que será dada no Projeto de Lei Orçamentária do ente (PLOA), de modo a facilitar a compatibilidade entre os instrumentos de planejamento.

Por conseguinte, cristalina é a importância da boa elaboração do Plano de Contratações Anual (PCA) para o sucesso das contratações do ente, na medida em que se facilita a conexão entre o planejamento estratégico e os recursos necessários para a realização das despesas decorrentes dos procedimentos licitatórios a serem realizados.

Ressalte-se, nesse tema, que o Decreto Federal nº 10.947/2022, que regulamenta a elaboração do Plano de Contratação Anual (PCA) no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, traça os objetivos deste importante instrumento de planejamento.

Art. 5º A elaboração do plano de contratações anual pelos órgãos e pelas entidades tem como objetivos:

I - racionalizar as contratações das unidades administrativas de sua competência, por meio da promoção de contratações centralizadas e compartilhadas, a fim de obter economia de escala, padronização de produtos e serviços e redução de custos processuais;

II - garantir o alinhamento com o planejamento estratégico, o plano diretor de logística sustentável e outros instrumentos de governança existentes;

III - subsidiar a elaboração das leis orçamentárias;

IV - evitar o fracionamento de despesas; e

V - sinalizar intenções ao mercado fornecedor, de forma a aumentar o diálogo potencial com o mercado e incrementar a competitividade.

O PCA permite traçar o horizonte das contratações do ente ao longo de todo o exercício financeiro, e seguramente permitirá a redução de custos processuais com a realização de repetidos procedimentos que podem ser centralizados, com consequente racionalização dos trabalhos e ganhos de economia de escala decorrente de aquisições em maior quantidade.

Vale destacar que, em harmonia com os princípios da eficiência, eficácia e economicidade elencados no art. 5º, a Lei nº 14.133/2021 menciona que as licitações devem observar os potenciais de economia de escala:

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento (...), compreendidos: (...)

VII - o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, **observados os potenciais de economia de escala;**

O PCA também é o elo de ligação entre o Planejamento Estratégico do ente e as Leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA), instrumentos que materializam a governança das contratações pública, e que devem estar em perfeita sintonia, de modo a assegurar que os recursos estejam disponíveis para o atendimento das necessidades da população.

Caso o PCA seja elaborado com a estruturação adequada, com a devida repartição em unidades gestoras e a indicação das fontes de recursos, em muito, facilitará a elaboração do Projeto de Lei Orçamentária Anual (PLOA) a ser encaminhada à apreciação do Poder Legislativo.

O fracionamento a ser evitado nas contratações regidas pela Lei nº 14.133/2021 é associado a irregularidades nas dispensas em razão do pequeno valor (Art. 75, I e II), a considerar o somatório das contratações, no mesmo ramo de atividade, realizadas dentro do exercício financeiro pela respectiva unidade gestora (Art. 75, § 1º, I e II), neste contexto, o PCA pode colaborar com a gestão de modo a garantir contratações sem o fracionamento indevido.

O PCA também sinaliza para ao mercado fornecedor quais são as intenções de contratações do ente, com maiores possibilidades de participação, e consequente incremento de competitividade nos certames. Além de contribuir com a comunicação com a sociedade interessada, na medida em que as informações de planejamento dos gastos públicos são oferecidas com maior transparência.

Importante destacar, ainda, que o PCA não deve ser encarado apenas como um aglutinado de contratações, pois é uma oportunidade de que o responsável por sua elaboração possa racionalizar as diversas demandas, com a eliminação de desnecessárias duplicidades. Veja-se nos exemplos no quadro a seguir.

Unidade Gestora	Modalidade	Objeto	Janeiro	Fevereiro	Março
Prefeitura	Dispensa Lei 14.133/2021	Mat. expediente	R\$ 30 mil	R\$ 20 mil	
	Dispensa Lei 8.666/1993	Mat. expediente	R\$ 10 mil	R\$ 6 mil	
	Pregão Lei 10.520/2002	Mat. expediente			R\$ 200 mil
	Dispensa emergencial	Combustíveis	R\$ 250 mil		
	Pregão Lei 14.133/2021	Combustíveis			R\$ 400 mil
	Inexigibilidade	Advogado	R\$ 50 mil		
Fundo Municipal de Assistência Social - FMAS	Dispensa Lei 14.133/2021	Combustíveis	R\$ 30 mil	R\$ 24 mil	
	Dispensa Lei 14.133/2021	Mat. expediente	R\$ 30 mil		
	Inexigibilidade	Advogado		R\$ 50 mil	
Fundo Municipal de Saúde - FMS	Pregão Lei 10.520/2002	Reagentes	R\$ 100 mil		
	Pregão Lei 14.133/2021	Equipamentos	R\$ 100 mil		
	Chamada Pública	Técnicos	R\$ 100 mil		
	Pregão Lei 14.133/2021	Exame completo		R\$ 250 mil	
	Dispensa Lei 14.133/2021	Combustíveis	R\$ 50 mil	R\$ 50 mil	
	Pregão 14.133/2021	Combustíveis			R\$ 100 mil
Instituto Previdência Municipal - IPM	Inexigibilidade	Advogado			R\$ 50 mil
	Pregão 14.133/2021	Combustíveis			R\$ 100 mil
Valores estimativos mensais (somatório)			R\$ 750 mil	R\$ 400 mil	R\$ 850 mil

Obstante os limites de dispensa das Lei nº 8.666/1993 não ser afetado por aqueles trazidos pela Lei nº 14.133/2021 (Art. 192, § 2º), é fato que a seguida realização do Pregão SRP para a aquisição de materiais de expediente denota falhas no planejamento, ou até mesmo burla ao dever de licitar, que torna as pretéritas contratações diretas irregulares, notadamente se também for considerada a aquisição dos mesmos produtos pelo FMAS.

Quanto aos combustíveis, ainda que se considere um início de uma gestão, as contratações emergenciais devem ser realizadas somente com os quantitativos estritamente necessários para a realização de uma licitação regular.

No caso exemplificado para fins didáticos, a realização do Pregão em março evidencia a necessidade de R\$ 40 mil/mês, que destoa da dispensa emergencial realizada em janeiro pela Prefeitura, com mais que o dobro de combustíveis em cada mês (R\$ 250 mil / 3 = R\$ 83,3 mil).

Além disso, a realização de licitações para aquisições de combustíveis pelas Unidades Gestoras (FMS e IPM), apesar de serem legalmente permitidas, atraem o desnecessário risco que o mesmo produto apresente preços diferentes dentro do mesmo ente. Recomendável, portanto, centralizar as contratações.

Com relação às contratações, em separado, de reagentes equipamentos e o chamamento público dos técnicos responsáveis pelos exames laboratoriais, deve-se lembrar que a Lei nº 14.133/2021 não recomenda o parcelamento quando o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido (Art. 40, § 3º, II).

No caso, configura-se risco potencial de “jogo de empurra” para na tentativa de afastamento de responsabilidades por eventuais insucessos, seja de problemas com os reagentes, equipamentos ou até mesmo incapacidade dos técnicos envolvidos. Ademais, observa-se exemplificadamente no quadro acima que a contratação unificada se mostrou economicamente mais vantajosa.

Quanto à contratação de advogados, por inexigibilidade de licitação, é necessário frisar que a Lei nº 14.133/2021 permite a contratação por dispensa em razão do pequeno valor, considerando o valor por exercício financeiro em cada Unidade Gestora (Art. 75, § 1º, inciso I). No caso exemplificado, os valores atendem essa regra, e evitariam possíveis debates acerca da prévia demonstração de inviabilidade de competição, requerida no caput do Art. 75.

Deve ficar claro que as regras de elaboração do Plano de Contratações Anual (PCA) são definidas pelo próprio ente em seu regulamento, e não há um modelo certo ou errado nesta construção, que deve ser fruto de uma adequação a sua estrutura administrativa e a maturação trazida pelo uso deste instrumento de planejamento.

Recomenda-se começar de forma simples, e buscar aperfeiçoamentos apresentados por municípios com realidade similar, ou até mesmo decorrentes de eventuais recomendações (Alertas) emitidos pelos Tribunais de Contas no exercício de sua função fiscalizatória.

Ressalte-se, finalmente, que as "grandes aquisições" devem, como regra, ser realizadas de forma centralizada, como definido no caput do art. 181 da NLLC, a saber:

Art. 181. Os entes federativos **instituirão centrais de compras**, com o objetivo de realizar compras em grande escala, para atender a diversos órgãos e entidades sob sua competência e atingir as finalidades desta Lei.

O dispositivo acima exige que no PCA de cada ente (órgãos) e/ou entidades as aquisições, sempre que possível, independente da Unidade Gestora que se responsabilizará pela despesa, **seja realizada de forma centralizada**.

EM QUE CONSISTE O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO MUNICIPAL?

Conforme disciplinado no parágrafo único do art. 11 da Lei 14.133/2021, a alta administração do órgão, ou entidade, deve assegurar o alinhamento das contratações públicas ao planejamento estratégico.

As técnicas de elaboração do Planejamento Estratégico são bem desenvolvidas no âmbito das corporações privadas e, também, dos órgãos públicos considerados individualmente. Contudo, necessário se faz adaptar essa metodologia para os municípios, notadamente os menores, com menos estrutura administrativa e financeira, para o desenvolvimento de uma solução mais elaborada deste instrumento.

O fato é que a Lei nº 14.133/2021 exige que o Plano de Contratações Anual (PCA) esteja alinhado ao Planejamento Estratégico do ente (Art. 12, VII), sem expecionar a sua elaboração para os pequenos municípios, com até 20.000 habitantes, com maior período de transição (até 31/03/2027) para algumas regras estabelecidas no art. 176.

Desse modo, no raciocínio de que não se pode alinhar o PCA a algo que não existe, necessário se faz que o Planejamento Estratégico seja elaborado, ainda que de forma bastante simplificada, sem prejuízo de que, compreendida a sua importância para o desenvolvimento do Município, avanços mais técnicos mais rigorosos sejam implementados nas próximas edições.

Para a compreensão do Planejamento Estratégico faz-se necessário entender que as contratações públicas não devem ser um fim em si mesmo, mas uma forma de atender as necessidades sociais, e também um vetor para o desenvolvimento da economia local, dentro de um contexto da realidade orçamentária do Município, pois não se mostra viável planejar algo, sem a presença de recursos suficientes para a execução.

A construção do Planejamento Estratégico deve partir de consultas às partes interessadas neste processo (*STAKEHOLDERS*), preferencialmente, estimulada em quesitos previamente formulados pela gestão para entender as opções da população (agentes externos) e da sua própria equipe de trabalho (agentes internos).

O raciocínio é que maior desempenho será alcançado se forem apresentadas questões possíveis de serem realizadas pela administração, com fins de que os agentes (externos e internos) possam optar quais deverão ser priorizadas na elaboração do planejamento estratégico do ente.

Além disso, importa destacar que o planejamento estratégico deve estar atrelado ao cumprimento da **Missão** do ente federativo, que é a razão da sua existência, no caso de uma Prefeitura, a exemplo da gestão dos recursos para o atendimento de políticas públicas, ao passo que cabe à Câmara Municipal a fiscalização desses gastos, bem como a produção legislativa local.

Missão que deve ser direcionada à **Visão** de onde se quer chegar, no paradoxo da inalcançável linha do horizonte, que se afasta cada vez que nos aproximamos dela. No âmbito municipal, parte-se da crença de que os gestores são legitimamente eleitos para melhorar a vida da população local, que tem na Câmara o anseio de ser reconhecida como a casa representativa do povo.

Para tanto, o Planejamento Estratégico deve estar balizado em **Valores** construídos a partir dos princípios norteadores elencados no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, como também no amplo elenco trazido no art. 5º da Lei nº 14.133/2021.

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Atentar que as consultas às partes interessadas devem respeitar as técnicas da análise SWOT², com vistas a identificar, no ambiente externo, as “Forças” e as “Fraquezas”; e no ambiente interno, as “Oportunidades” e “Ameaças”, conforme exemplificadamente apresentado a seguir.

AMBIENTE EXTERNO	
FORÇAS	FRAQUEZAS
Quadro de servidores capacitado Estrutura física adequada Plano de Cargos e Salários coerente Comunicação com a sociedade Transparência nos gastos	Quadro de servidores NÃO capacitado Estrutura física NÃO É adequada Plano de Cargos e Salários NÃO É coerente Comunicação FALHA com a sociedade Transparência DEFICIENTE nos gastos

² Strengths (Forças), Weaknesses (Fraquezas), Opportunities (Oportunidades), Threats (Ameaças)

AMBIENTE INTERNO	
<u>O</u>PORTUNIDADES Potencial turístico e cultural da cidade Comércio, serviços e indústrias Chance de conseguir recursos públicos com parcerias públicas e privadas	<u>A</u>MEAÇAS Incertezas no cenário econômico Desconhecimento da população acerca das ações da Administração Municipal Ausência de parcerias com instituições.

Consolidadas estas informações, dentro da realidade orçamentária do município, deve a gestão elencar quais são os seus eixos prioritários. Exemplifique-se com a área da saúde.

EIXO PRIORITÁRIO : ÁREA DA SAÚDE		
OBJETIVO 1 FORTALECER ATENDIMENTOS ALTA E MÉDIA COMPLEXIDADE	OBJETIVO 2 AMPLIAR A ATENÇÃO BÁSICA À SAÚDE DA POPULAÇÃO CARENTE	OBJETIVO 3 APERFEIÇOAR OS SERVIÇOS DE ATENÇÃO DOMICILIAR

Dentro de cada eixo, devem ser estabelecidos os **Objetivos**, que consistem nos alvos a serem alcançados dentro do período da gestão considerada. Recomendável que tenham foco definido e que sejam possíveis de serem mensurados com as ferramentas a disposição do município, e que também sejam relevantes para a população.

Definidos os **Objetivos**, deve-se traçar quais são os caminhos a serem trilhados, os quais consistem nas **Metas** cujo desempenho deve ser monitorado por **Indicadores** pré-estabelecidos, disponíveis e confiáveis para a tomada de decisões pelo gestor público, conforme exemplificadamente apresentado a seguir.

OBJETIVO 1 FORTALECER OS ATENDIMENTOS ALTA E MÉDIA COMPLEXIDADE	
META 01: REFORMAS DE UNIDADES DE PRONTO ATENDIMENTO - UPA	META 02: AQUISIÇÃO VEÍCULOS COM SUPORTE AVANÇADO (UTI MÓVEL)
INDICADOR: PERCENTUAL DE UPA REFORMADAS	INDICADOR: QUANTIDADE DE VEÍCULOS ADQUIRIDOS

QUAIS SÃO AS REGULAMENTAÇÕES EXIGIDAS PARA A IMPLANTAÇÃO DA LEI 14.133/2021?

A resposta a essa pergunta não é nada pacífica, para uma Lei que faz referência a mais de 50 (cinquenta) regulamentações, seja de forma direta, como o fez para as regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos (Art. 8º, § 3º).

Ou quando faz, implicitamente, a exemplo das 18 (dezoito) repetições da expressão “quando for o caso”, que remete a reflexões acerca da necessidade da Administração regulamentar quais são as hipóteses de aplicação da regra, consoante exemplo a seguir.

Art. 40, § 1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do caput do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações: (...)

II - indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso;

Alguns dispositivos claramente são direcionados a regulamentação pelo ente federal, não possíveis de serem adaptados para regramentos pelos demais entes federativos.

Art. 1º, § 2º As contratações realizadas no âmbito das repartições públicas sediadas no exterior obedecerão às peculiaridades locais e aos princípios básicos estabelecidos nesta Lei, na forma de regulamentação específica a ser editada por ministro de Estado.

Art. 26, § 2º Para os bens manufaturados nacionais e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no País, definidos conforme regulamento do Poder Executivo federal, (...)

Outros são mais adequados, em razão dos meios de que dispõe, para a estrutura administrativa federal, com possibilidade de que os demais entes federativos possam se valer dos normativos, ferramentas e documentos desenvolvidos pela União.

Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão: (...)

II - **criar catálogo eletrônico de padronização de compras**, serviços e obras, admitida a adoção do catálogo do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

III - **instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras**, inclusive com recursos de imagem e vídeo;

IV - instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

Nesse contexto, deve ficar claro que o art. 187 permite que Estados, DF e Municípios possam “abrir mão” daquilo mais precioso que foi dado pelo Legislador da Lei nº 14.133/2021, que é adaptar cada regulamento às peculiaridades locais, e simplesmente aderir aos normativos da União. Algo que deve ser adotado com bastante cautela, conforme será detalhado ao longo deste trabalho.

Atentar, contudo, que se Estados ou Municípios desejem aproveitar regulamentos entre si, não podem fazer por “adesão”, permitida apenas para os da União.

Porém, não há impedimento para que as boas práticas sejam “copiadas”, desde que adequadas e necessariamente adaptadas para a realidade local, no constante sentir de tão grave quanto a ausência de normativos é estabelecer regras não possíveis de serem cumpridas por inadequações na estrutura administrativa municipal.

De toda sorte, se era a intenção do Legislador reunir os dispositivos possíveis de regramentos próprios, por Estados e Municípios, somente naqueles com expressa indicação para regulamentação, não houve êxito nesta pretensão, a exemplo do art. 184, que desconsidera os demais entes também podem celebrar convênios entre si.

Art. 184. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal.

Assim, o debate que perdurou por 30 (trintas) anos sem fronteiras plenamente delimitadas permanece com a Lei nº 14.133/2021, pois para além do enfrentamento de casos concretos de invasões por Estados e Municípios na competência privativa da União (Art. 22, XXVII, CR/1988), não há na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) a definição de um elenco exaustivo dos artigos da Lei nº 8.666/1993, que diferenciem aqueles com normas gerais ou específicas.

Cite-se que o STF já manifestou que o conceito indeterminado de norma geral de licitação está inserido em um núcleo de certeza positiva, o qual contempla “os tipos de licitação”, que não se faz presente na Lei nº 14.133/2021, a apontar para possível atualização jurisprudencial, com a consideração das novas balizas trazidas pela nova lei de licitações, a exemplo da governança, e daquilo que lhe é correlato.

ADI 4.658/PR. (...) núcleo de certeza positiva do conceito indeterminado de norma geral sobre licitação: (a) requisitos mínimos necessários e indispensáveis à validade da contratação administrativa; (b) hipóteses de obrigatoriedade e de não

obrigatoriedade de licitação; (c) requisitos de participação em licitação; (d) modalidades de licitação; (e) tipos de licitação; (f) regime jurídico de contratação administrativa.”

Por conseguinte, até que haja manifestação do Supremo Tribunal Federal, em interpretação dos dispositivos da Lei nº 14.133/2021, à luz da compatibilidade com o texto constitucional, ou alterações pelo próprio Poder Legislativo, entende-se não ser prudente afastar o cumprimento de dispositivos legais, sob o argumento de suposta invasão de competência da União sobre normas tidas como materialmente específicas.

Firmados esses entendimentos, a resposta de quais regulamentos são necessários para a implantação da Lei nº 14.133/2021, passa por começar com o elenco mínimo identificado pelos autores, nas famosas “10 (dez) estrelinhas” apresentadas nos treinamentos realizados no interior Estado da Paraíba, com o reforço de incentivo de que os municípios regulamentem os demais dispositivos na medida em que forem necessários. São os seguintes regulamentos:

1. Plano de Contratações Anual;
2. Regras para atuação dos agentes de licitação;
3. Pesquisa de Preços - Obras e Serviços de Engenharia;
4. Pesquisa de Preços - Demais Aquisições;
5. Estudo Técnico Preliminar (ETP);
6. Bens de Luxo;
7. Dispensa de Parecer Jurídico;
8. Leilão eletrônico e presencial;
9. Definição objetiva do “ramo de atividade”, para fins de dispensa de licitação;
10. Sistema de Registro de Preços (SRP).

Cabe, ainda, reforçar necessárias cautelas quanto à opção por único regulamento ou por fazê-los segmentados, ambos válidos e com “facilidades” e “dificuldades” que devem ser ponderadas por cada município, conforme a sua estrutura administrativa.

ASPECTO A CONSIDERAR	REG. ÚNICO	REG. SEGMENTADO
Gerenciamento dos trabalhos	Menos equipes a coordenar	Mais equipes a coordenar
Visão de elaboração	Ganho de visão sistêmica	Perda de visão sistêmica
Tempo de elaboração	Menos tempo de dedicação	Mais tempo de dedicação
Atualização normativa	Menor custo processual	Maior custo processual

Quanto ao momento da regulamentação, necessário se faz destacar que os normativos devem se amoldar perfeitamente para a estrutura administrativa do ente, e também dos licitantes frequentes, sob pena de não alcançarem o êxito almejado, que inevitavelmente levará a um maior número de licitações desertas/fracassadas.

TEMPO PARA REGULAMENTAR	CONSEQUÊNCIA
Regulamentos elaborados na “última hora” por causa da MOROSIDADE	Falta de tempo para capacitação das equipes, sem ajustes na estrutura administrativa, e falta de conhecimento pelo mercado de licitantes.
Regulamentos elaborados na “correria” por causa da PRESSA	Prejuízos à maturidade dos normativos por ausência de coleta de informações com o mercado de licitantes e limites da própria Administração.

Cabe reforçar, ainda, que a contratação de assessorias técnicas externas para a elaboração dos regulamentos é muito válida, notadamente nos casos em que a administração não disponha de pessoal capacitado para este trabalho, com a cautela da necessidade de serem observadas as peculiaridades do ente, tanto internas como também as externas.

O entendimento à ausência de regulamentos, que impedem a regular aplicação dos dispositivos da Lei nº 14.133/2021, é danosa ao gestor, como também é estabelecer regras excessivamente rígidas, que, na prática não podem ser cumpridas, sejam por limitações na estrutura interna na administração ou até mesmo pelos licitantes habituais. Fatalmente isso contribuirá para uma demasiada “burocratização” nas contratações, com sérios prejuízos para a população.

O AGENTE DE CONTRATAÇÃO DEVE SER EFETIVO?

Ao tratar dos Agentes Públicos envolvidos nas diversas atividades necessárias e suficientes para o processo de contratação pública, que vai desde a formulação da demanda até a entrega final do bem, serviço ou obra contratada, estabelece no art. 7º as condições que **todos devem atender**.

Mais adiante, no art. 8º, fixa exigência específica para o AGENTE PÚBLICO que terá o ENCARGO ou a COMPETÊNCIA de conduzir a fase externa da LICITAÇÃO e a este DENOMINA de **AGENTE DE CONTRATAÇÃO**.

O inciso LX, do art. 6º, diz que o Agente de Contratação é a pessoa designada pela autoridade competente:

"para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação".

Para desenvolver tais obrigações, o Agente de Contratação deve ser **servidor efetivo ou empregado do quadro permanente** do órgão ou entidade da Administração, art. 8º, NLLC, assim dispõe a letra da LEI; assim é o sentido, a lógica, o espírito e a melhor interpretação da Lei 14.133/2021.

O Tribunal de Contas do Estado da Paraíba já enfrentou, em 03 (três) ocasiões³, a questão relacionada ao Agente de Contratação, **em todas fixou e reafirmou seu entendimento** no sentido de que o Agente de Contratação do Estado e dos Municípios Paraibanos devem ser designados entre servidores Efetivos ou Empregados do quadro permanente.

Quanto ao entendimento de que a norma contida no art. 8º não seria norma geral de licitação, ou estaria ferindo a autonomia de Estados, DF e Municípios, logo, sua imposição a todos os entes da federação violaria a Constituição Federal (Art. 22, XXVII). Entendemos ser matéria que só o STF, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, poderá enfrentar e trazer a sua interpretação à luz do texto constitucional. Neste momento, o que se tem como fato objetivo é a inexistência de ADI com tais questionamentos perante a Corte Suprema.

De mais a mais, se a Lei 14.133/2021 não desejasse obrigar a todos quanto à exigência do art. 8º, não teria fixado prazo até 31/03/2027 para que os Municípios com população de até 20.000 habitantes a atendessem a essa regra.

Art. 176. Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento:

³ Parecer Normativo PN-TC 00015/2021 (Processo 12208/2021)
Parecer Normativo PN-TC 00003/22 (Processo 21181/2021)
Parecer Normativo PN-TC 00008/23 (Processo 01092/23)

I - dos requisitos estabelecidos no art. 7º e no **caput do art. 8º** desta Lei;

O raciocínio direto é que não faz sentido estipular regra de transição para alguém que não é obrigado a cumpri-las e, de igual modo, soa estranho aceitar a ideia de que a atividade do agente de contratação é importante, com conhecimentos que se consolidam em toda uma vida, mas não querer que este profissional tenha um vínculo mais estável com o serviço público.

Superada a polêmica quanto ao Agente de Contratação, espécie do Gênero Agente de Licitação, que usaremos para designar todo aquele que atua nas diversas etapas do processo de contratação, vamos examinar as exigências do art. 7º, Lei 14.133/2021, aplicável a todos aqueles que atuam nas diversas etapas das contratações públicas.

I - sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;

II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e

III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

Na primeira situação, ressalta-se que o processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação (Art. 72), e os procedimentos auxiliares (Art. 78) podem ser conduzidos por comissão de contratação, composta por servidores preferencialmente efetivos.

Art. 6º, L - comissão de contratação: conjunto de agentes públicos indicados pela Administração, em caráter permanente ou especial, com a função de receber, examinar e julgar documentos relativos às licitações e aos procedimentos auxiliares;

Importa esclarecer que o termo “preferencialmente” não signific que o gestor, apenas por sua inteira vontade, poderá indicar agentes comissionados que desejar para as atividades requeridas nas contratações públicas. Mas que, justificadamente, esses poderão ser indicados, caso não se disponha de servidores efetivos com o conhecimento necessário para o desempenho imediato das funções requeridas, sem prejuízo da demonstração de que medidas de capacitação sejam adotadas pela Administração.

Raciocínio que também se aplica à comissão de contratação a que se refere o art. 8º, § 2º, que pode atuar nas contratações que envolvam bens ou serviços especiais, cuja composição deve observar os requisitos do art. 7º, que traz o termo “preferencialmente”, na ideia de que o gestor poderá optar por agentes comissionados.

Art. 8º, § 2º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais, **desde que observados os requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei**, o agente de contratação poderá ser substituído por comissão de contratação formada por, no mínimo, 3 (três) membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão.

Acontece que nas aquisições de bens ou serviços especiais, considerada a sua alta heterogeneidade ou a complexidade que os diferenciam dos comuns (Art. 6º, XIII e XI), envolvem situações não corriqueiras da administração, de modo a justificar a composição da comissão com servidores não estáveis no serviço público, com maiores possibilidade de agregar necessidades temporárias de alguns conhecimento técnicos não disponíveis no quadro de efetivos.

Diferentemente, ao tratar da comissão de contratação responsável pela condução do diálogo competitivo, o Legislador expressamente exige que a composição seja de pelo menos 03 (três) servidores efetivos, sem referências à possibilidade de que os demais possam ser comissionados.

Art. 32, XI - o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão;

Defendemos, portanto, que toda a comissão de contratação no diálogo competitivo seja de servidores efetivos, em razão da necessidade de maior estabilidade de vínculo dos agentes com a Administração Pública, consideradas as incertezas trazidas por esta nova modalidade de licitação, que envolve um ambiente de experimentação de soluções tecnológicas inovadoras, com chance de insucessos.

Ocorre que no diálogo competitivo, a administração tem uma necessidade a ser resolvida com o desenvolvimento de inovação tecnológica ou técnica, ou adaptação de soluções disponíveis no mercado (Art. 32, inciso I), que podem vir a ser concretizadas ou não. Natural, portanto, que a comissão responsável pela escolha da solução tenha vínculo mais estável com a administração, inclusive para fins de alcance para responsabilizações.

O inciso II do art. 7º, da Lei nº 14.133/2021, exige que o servidor, ou até mesmo o agente comissionado, tenha formação compatível para o atribuições requeridas no processo de contratações, presumida quando se tratar das clássicas associadas ao serviço público (Direito, Administração, Economia), ou para o desempenho de atividades técnicas específicas (Engenharia, Arquitetura).

No caso específico do Pregoeiro, o Decreto nº 3.555/2000 (Pregão Presencial) permitia que a comprovação da capacitação para o desempenho desta atividade pudesse

ocorrer até mesmo por cursos realizados por entidades privadas, sem controle do conteúdo acadêmico ofertado.

Art. 7º, Parágrafo único. Somente poderá atuar como pregoeiro o servidor que tenha realizado capacitação específica para exercer a atribuição.

A Lei nº 14.133/2021 altera esta realidade ao exigir que a capacitação, seja para o Pregoeiro, Fiscal ou Gestor de contratos e, também, dos agentes de licitação que atuam na fase de planejamento da contratação, na preparação do Estudo Técnico Preliminar, Termo de Referência, pesquisa de preços e editais, seja necessariamente realizada por escola de governo criada e mantida pelo poder público.

Nesse passo, abre-se importante janela de oportunidades para parcerias com as Escolas de Contas, criadas e mantidas pelos Tribunais de Contas, para as diversas capacitações requeridas pela Lei nº 14.133/2021 notadamente para municípios que não possuem estrutura acadêmica estruturada para a ministração desses conhecimentos.

Já o inciso III do do art. 7º, da Lei nº 14.133/2021, trata da necessário afastamento do conflito de interesses entre todos aqueles que atuam no processo de contratação, desde a fase preparatória da licitação até o efetivo recebimento do objeto, com licitantes ou contratados habituais da Administração.

Curioso é ver que o art. 176, inciso I, ao conferir prazo de transição de 06 (seis) anos para que os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes atendam os requisitos estabelecidos no art. 7º, acabou por, temporariamente, afastar a necessidade de imediata capacitação dos agentes envolvidos no processo de contratação, e até mesmo da ausência de conflito de interesses. Trata-se de claro equívoco.

Quanto ao conflito de interesses, deve-se lembrar que acima da Lei nº 14.133/2021 está a Constituição Federal de 1988, que tem como princípios a moralidade e a impessoalidade (Art. 37, *caput*). Já em relação à capacitação dos agentes públicos, diga-se que de corolário da própria governança, conforme clara dicção do art. 169, § 3º, inciso I.

Art. 169, § 3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do caput deste artigo observarão o seguinte:

I - quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos **e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis;**

O AGENTE DE CONTRATAÇÃO PODE SER REQUISITADO DE OUTRO ENTE?

A dúvida surge ao se observar que a redação do art. 8º faz referência ao termo “Administração Pública” que não restringe, necessariamente, ao servidor ser do quadro efetivo do próprio ente.

Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, (...).

Diga-se que, ao conceituar “Administração Pública”, o art. 6º da Lei nº 14.133/2021 dispõe ser a União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive considerada a indiretas, até mesmo aquelas com personalidade jurídica de direito privado.

Art. 6º, III - Administração Pública: administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e as fundações por ele instituídas ou mantidas;

Por conseguinte, dentro da estrutura de cada ente federado, entende-se possível que servidores públicos possam ser cedidos para o desempenho da atividade de agente de contratação.

No caso de municípios, por exemplo, é possível se valer de efetivos da Prefeitura para a realização de licitações da Câmara ou do Instituto Próprio de Previdência. No Estado, sob o mesmo raciocínio, servidores que atendam o requisito do art. 8º podem ser designados entre os Poderes, inclusive aqueles efetivados em autarquias.

No que toca à cessão de servidores entre entes diversos, a Lei nº 8.112/1990 estabelece, no âmbito da administração federal, que a cessão poderá acontecer para ocupar função de confiança, exclusiva de efetivos no serviço público.

Art. 93. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses:

- I - para exercício de cargo em comissão ou função de confiança;
- II - em casos previstos em leis específicas.

Matéria que é atualmente regulamentada pelo Decreto nº 10.835/2021, que restringe aos casos de Direção e Assessoramento Superiores (DAS), igual ou equivalente ao nível 4.

Art. 4º A cessão para outros Poderes, órgãos constitucionalmente autônomos ou outros entes federativos somente ocorrerá para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança com

graduação mínima igual ou equivalente ao nível 4 dos cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS.

Segundo material disponibilizado pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), o nível 04 do DAS se mostra incompatível com as atividades operacionais requeridas para um agente de contratação⁴.

Os níveis de DAS (ou os equivalentes FCPE) variam de 1 até 6. Os níveis 1 e 2 são mais relacionados a atividades operacionais. Já o 3 é atribuído aos coordenadores. O nível 4 geralmente equivale a coordenador-geral; o 5 a diretor; o 6 a secretário nacional ou presidente de fundação. Há ainda os cargos de natureza especial que incluem os secretários especiais os ministros de estado os secretários-executivos entre outros cargos. Nos gráficos e tabelas que seguem a expressão 'sem cargo' designa aqueles que não ocupam cargo ou que deixaram o serviço público federal.

De mais a mais, ao vedar que agentes de contratação sejam comissionados, mostra-se cristalina a intenção de valorização deste profissional, na medida em que torna a atividade privativa de efetivos, e com isso contribui para que o conhecimento adquirido ao longo dos anos permaneça mais próximo à administração.

Por conseguinte, entende-se que permitir que as atividades do agente de contratação possam ser desempenhadas por servidores cedidos de outros entes federados, ainda que sejam estáveis, não garante a necessária permanência deste conhecimento no próprio, já que a continuidade pode ser rompida a qualquer momento.

Inevitável se questionar o desperdício de conhecimento daqueles que, de longa data, atuam na condução de licitações, mas que não têm vínculo de estabilidade com o serviço público, agora requerida pela Lei nº 14.133/2021.

Uma possível solução é aproveitar este conhecimento especializado na equipe de apoio ao agente de contratação (Art. 8º, § 1º), ou até mesmo nas atividades de elaboração do edital, já que o princípio da segregação de funções impede a designação do mesmo agente público para atividades que possam ocultar erros ou facilitar fraudes (Art. 7º, § 1º).

⁴<https://infogov.enap.gov.br/datastories/cargos-confianca>

COMO É A PESQUISA DE PREÇOS NA LEI 14.133/2021?

A realização de pesquisa de preços, certamente, é uma das mais complexas tarefas do planejamento das licitações, pois a consulta a fornecedores pode trazer valores distorcidos em relação à realidade de mercado, pois, alguns dos consultados não têm interesse em participar do certame e podem em resposta ofertar valores inexequíveis, do outro podem estar empresas que apresentem valores excessivamente elevados, com o intuito de serem elevadas as referências da Administração, e com isso artificialmente elasticar a margem de disputa.

Para reduzir os efeitos de eventuais distorções mercadológicas, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é pacífica ao apontar que a pesquisa de preços deve considerar uma "cesta de preços" obtida com a consulta direta a fornecedores, com preferência para preços praticados no âmbito da Administração Pública, oriundos de outros certames.

As pesquisas de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral devem ser baseadas em uma "cesta de preços", devendo-se dar preferência para preços praticados no âmbito da Administração Pública, oriundos de outros certames. A pesquisa de preços feita exclusivamente junto a fornecedores deve ser utilizada em último caso, na ausência de preços obtidos em contratações públicas anteriores ou cestas de preços referenciais (Instrução Normativa Seges-ME 73/2020). Acórdão 4958/2022-Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN

Ainda que a maior amplitude de fontes de consulta possa reduzir as distorções em pesquisas de preços, natural que possam surgir diferenças entre aqueles adotados pela administração e os fiscalizados pelo Controle Externo. Quanto ao percentual de tolerância deste desvio, diga-se que atual jurisprudência do TCU não acolhe margem de erro na apuração de sobrepreços.

O TCU não adota margem de erro ou limite de tolerância na apuração de sobrepreço em contratações promovidas pela Administração. Somente é admissível contratar por valores superiores aos referenciais de preço se presentes condições extraordinárias, devidamente justificadas no procedimento administrativo. Acórdão 2621/2019-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS

Avança a Lei nº 14.133/2021, a exemplo do que já tinha sido feito no art. 31, § 1º, inciso I, da Lei nº 13.303/2016, ao conceituar sobrepreços. Porém, o conceito aberto do que seria “expressivamente superior” é subjetivo, portanto, não fornece balizas seguras para a elaboração de pesquisas de preços.

Art. 6º, LVI - sobrepreço: preço orçado para licitação ou contratado em valor **expressivamente superior** aos preços referenciais de

mercado, seja de apenas 1 (um) item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, seja do valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por tarefa, empreitada por preço global ou empreitada integral, semi-integrada ou integrada;

Na tentativa de minimizar essa questão, o art. 23 da Lei nº 14.133/2021 estabelece um conjunto de parâmetros a serem adotados na elaboração de pesquisas de preços, os quais, nos casos de obras e serviços de engenharia devem ser adotados sequencialmente, com preferência aos valores no Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi).

Assim, somente no insucesso de elaborar composições de preços unitários com os valores do SICRO ou SINAPI, permite-se a utilização dos demais parâmetros, na ordem estabelecida no § 2º do art. 23: mídia especializada, tabela de referência formalmente aprovada pelo Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados; contratações similares feitas pela Administração Pública até 01 (um) ano antes; e base nacional de notas fiscais eletrônicas.

No âmbito da Administração Federal, a regulamentação requerida para este dispositivo foi resolvida com a edição de ato normativo (IN SEGES nº 11/2023), que autorizou o uso do Decreto nº 5.355/2015 para pesquisas de preços de obras e serviços de engenharia, contratadas pelas regras da Lei nº 14.133/2021. A razão disso é que, no nosso ordenamento jurídico, não existe a figura do “decreto autônomo”, de modo que todos aqueles elaborados na vigência da Lei nº 8.666/1993 perderão a validade com a revogação da referida legislação.

Diferentemente, para os demais bens e serviços deve ser considerada uma "cesta de preços" com os parâmetros elencados no art. 23, § 2º, aplicados de forma combinada ou não, na busca da melhor representação dos valores de mercado. Em razão disso, torna-se possível somente a consulta direta com fornecedores, ou pesquisa de contratações similares feitas pela Administração Pública, a associação entre elas, ou quaisquer outras combinações dentre as referências a seguir:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);

II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;

IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;

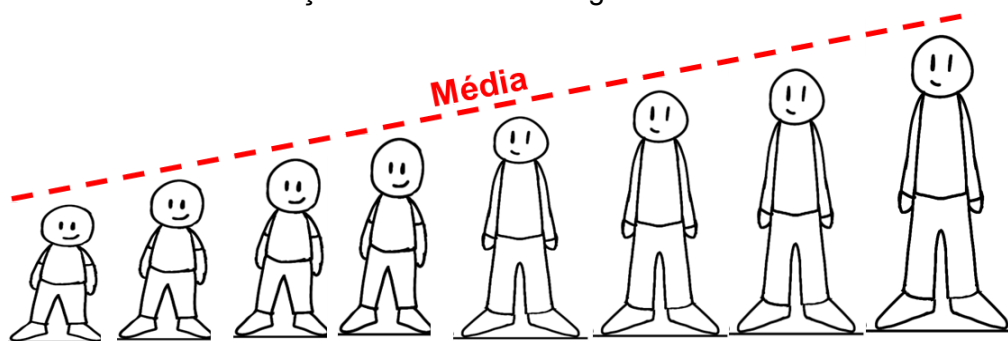
V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

Desse modo, para se avaliar se a combinação entre os parâmetros é adequada, ou até mesmo a sua adoção isolada, exige-se utilizar das técnicas da estatística, que objetivam tratar um conjunto de dados de uma amostra, e estabelecer qual é o valor representativo da amostragem eleita. Para tanto, são utilizadas a média e a mediana, que são medidas de tendência central do conjunto de dados, assim conceituadas no Decreto do Estado da Paraíba nº 42.967/2022.

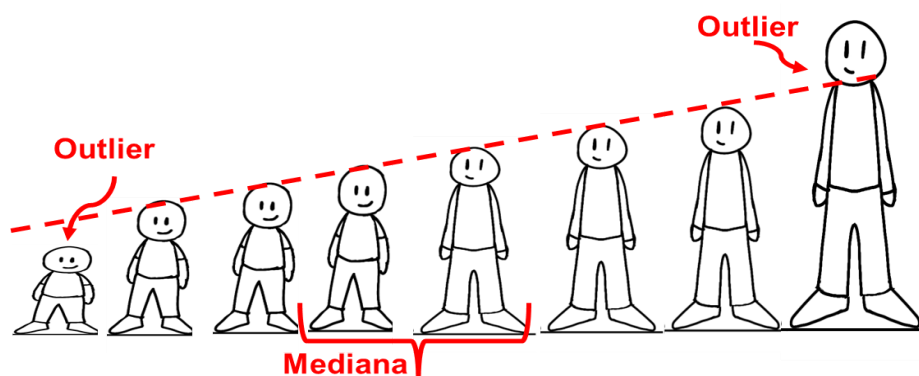
Art. 3º, IV – Média aritmética: resultado da soma dos preços pesquisados dividida pelo número de preços incluídos no cálculo;

VI – Mediana: é o valor do meio quando o conjunto de dados está ordenado do menor para o maior, observado que, quando o número de dados for ímpar, a mediana corresponde ao valor central; quando o número de dados for par, a mediana corresponde à média dos dois valores centrais.

A média é adequada para estatisticamente representar uma amostra com certa uniformidade, o que não significa dizer exatamente iguais, mas sem a presença de elementos muito diferentes, com valores atípicos que possam distorcer a medida representativa do conjunto de dados. Para ilustrar, veja-se na figura que a altura da turma segue uma tendência de variação entre os seus integrantes.



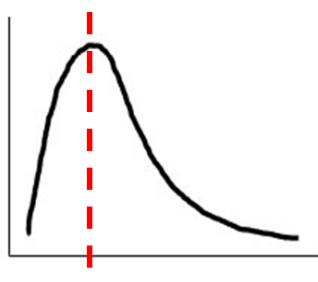
Por sua vez, a mediana se mostra adequada para tratar amostras que apresentam atipicidades de elementos (outliers), pois o seu cálculo não considera os valores extremos do conjunto de dados, o que não significa dizer que se trata de uma medida melhor (ou pior!) que a média, nem mesmo imunidade a fraudes, pois falsidades estatísticas (inclusive com a própria mediana!) podem ser elaboradas para justificar contratações com sobrepreços.



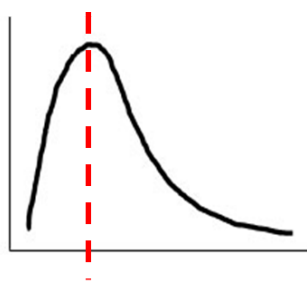
Observem, no exemplo a seguir, que as 03 (três) pesquisas de preços apresentam igual média aritmética (R\$ 24,67), mas amplitude de variação é bem diferenciada: Pesquisa 01: R\$ 10,00 até R\$ 50,00; Pesquisa 02: R\$ 16,00 até R\$ 35,00 e Pesquisa 03: R\$ 20,00 até R\$ 30,00.

	F1	F2	F3	F4	F5	F6	Média	Mediana
Pesquisa 1	R\$ 10,00	R\$ 13,00	R\$ 15,00	R\$ 25,00	R\$ 35,00	R\$ 50,00	R\$ 24,67	R\$ 20,00
Pesquisa 2	R\$ 16,00	R\$ 16,00	R\$ 23,00	R\$ 28,00	R\$ 30,00	R\$ 35,00	R\$ 24,67	R\$ 25,50
Pesquisa 3	R\$ 20,00	R\$ 22,00	R\$ 24,00	R\$ 25,00	R\$ 27,00	R\$ 30,00	R\$ 24,67	R\$ 24,50

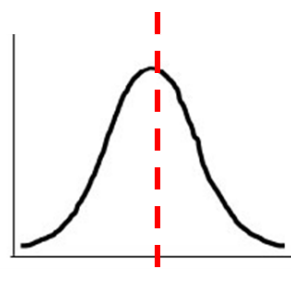
Já as medianas são bem distintas entre as pesquisas (R\$ 20,00, R\$ 25,50 e R\$ 24,50), e o seu comparativo com a média serve para apontar para o comportamento do conjunto de dados. Caso apresentem assimetrias, sejam positivas ou negativas, tem-se que a amostragem é inadequada, e requer ajustes com a desconsideração de alguns valores, ou a inclusão de novas fontes de consultas, de modo a alcançar uma desejável distribuição normal.



Assimetria positiva
Mediana < Média

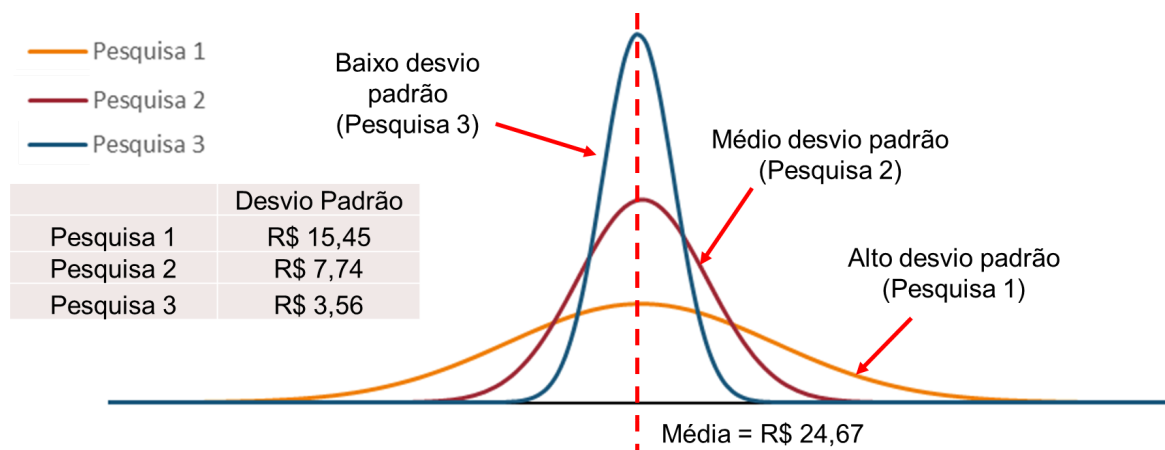


Assimetria negativa
Mediana > Média



Distribuição normal
Mediana ≈ Média

Além disso, desejável que a pesquisa de preços tenha o menor desvio padrão possível, pois esta medida de dispersão indica o espalhamento dos dados em torno da média, de forma que valores maiores apontam para maior variação de variação da amostragem eleita, com menor grau de representatividade do conjunto.



O Decreto do Estado da Paraíba nº 42.967/2022 também conceitua o coeficiente de variação, medida estatística que objetiva avaliar a homogeneidade do conjunto de dados, de forma a avaliar a dispersão em torno da média da amostra em análise.

Art. 3º, XII – coeficiente de variação (CV): é uma forma de expressar, em porcentagem, a variabilidade dos dados em relação à média, calculada mediante a divisão do desvio padrão (DP) pela média de preços pesquisados (y) e posterior multiplicação do resultado por 100 (cem), observado que:

- a) quanto menor o CV, mais homogêneo é o conjunto de dados;
- b) o CV é representado pela seguinte fórmula:

$$CV = \frac{\text{Desvio Padrão}}{\text{Média}} \times 100$$

Não há ainda um consenso técnico sobre as faixas de aceitação de coeficiente de variação, pois isso depende do campo de estudo e grau de exatidão que se deseja obter com o objeto pesquisado, mas é fato que o tratamento de preços públicos requer maior homogeneidade de dados, de modo que, na ausência de justificativas técnicas, recomenda-se a adoção dos seguintes valores⁵:

CV < 10 (Muito Bom),
 10% ≤ CV < 20% (Bom)
 20% < CV ≤ 30% (Aceitável)
 CV > 30 (Não aceitável)

No exemplo em desenvolvimento, o cálculo do CV mostra que as pesquisas 1 e 2 são inadequadas por apresentarem expressivos coeficientes de variação, a recomendar que as consultas fossem refeitas para se tornarem estatisticamente adequadas.

	Média	Desvio	CV (%)
--	-------	--------	--------

⁵https://www.researchgate.net/post/What_are_the_acceptable_values_for_the_percentage_deviation_DEV_and_the_coefficient_of_variance_CV

Pesquisa 1	R\$ 24,67	R\$ 15,45	63%
Pesquisa 2	R\$ 24,67	R\$ 7,74	31%
Pesquisa 3	R\$ 24,67	R\$ 3,56	14%

Conclui-se que a pesquisa 03 é a que se mostra estatisticamente mais adequada, parte-se para calcular o valor representativo desta amostra, definido no Decreto do Estado da Paraíba nº 42.967/2022 como preço estimado, que deve desconsiderar aqueles inexequíveis, os inconsistentes e os excessivamente elevados.

Art. 3º Para os fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I – preço estimado: valor obtido a partir de método matemático aplicado em série de preços coletados, devendo desconsiderar, na sua formação, os valores inexequíveis, os inconsistentes e os excessivamente elevados;

	F1	F2	F3	F4	F5	F6	Média	Mediana
Pesquisa 3	R\$ 20,00	R\$ 22,00	R\$ 24,00	R\$ 25,00	R\$ 27,00	R\$ 30,00	R\$ 24,67	R\$ 24,50

Já se diga que os valores são frutos de especificações incompletas ou que possam permitir mais de uma interpretação pelo mercado, notadamente em bens ou serviços com amplo espectro de variações técnicas.

Para se objetivar o que é inexequível e excessivamente elevado, o Decreto Estadual nº 42.967/2022 conceitua o máximo e o mínimo desvio, que delimitam a “faixa aproveitável” de valores da amostra, apta para o cálculo do seu valor representativo.

Art. 3º Para os fins do disposto neste Decreto, considera-se:

VIII – Máximo desvio: é o valor limite de preços acima da média daqueles pesquisados que se considera aceitável para integrar o cálculo da média ou da mediana para a formação do preço estimado, obtido por meio da soma da média dos valores pesquisados com o valor do desvio padrão;

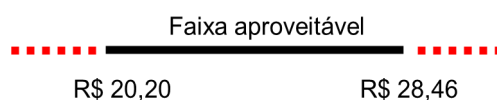
IX – Mínimo desvio: é o valor limite de preços abaixo da média daqueles pesquisados que se considera aceitável para integrar o cálculo da média ou da mediana para a formação do preço estimado, obtido por meio da média dos valores pesquisados subtraído o valor do desvio padrão;

No exemplo em desenvolvimento, tem-se que os valores abaixo de R\$ 20,20 são inexequíveis e os acima de R\$ 28,46 são excessivamente elevados, consoante definições trazidas pelo multicitado Decreto Estadual nº 42.967/2022.

Desvio = Média ± Desvio Padrão

Máximo desvio: R\$ 24,33 + R\$ 4,13 = R\$ 28,46

Mínimo desvio: R\$ 24,33 - R\$ 4,13 = R\$ 20,20



Art. 3º Para os fins do disposto neste Decreto, considera-se:

X – Preço excessivamente elevado: é o preço pesquisado que ultrapassa o máximo desvio;

XI – Preço inexequível: é o preço pesquisado que está abaixo do mínimo desvio;

Desse modo, eliminados os valores inexequíveis (R\$ 18,00) e os excessivamente elevados (R\$ 30,00), a “faixa aproveitável” corresponderá a média saneada, assim definida pelo Decreto Estadual nº 42.967/2022.

Art. 3º Para os fins do disposto neste Decreto, considera-se:

V – Média saneada: é a média aritmética obtida após o expurgo dos preços excessivamente elevados ou inexequíveis.

	F1	F2	F3	F4	F5	F6
Pesquisa 3	R\$ 18,00	R\$ 22,00	R\$ 24,00	R\$ 25,00	R\$ 27,00	R\$ 30,00

Média saneada = (R\$ 22+R\$ 24+R\$ 25+R\$ 27)/4 = R\$ 24,50

Deve-se pontuar, ainda, que este pode não ser o valor final do item em contratação, pois casos concretos podem recomendar ajustes no preço estimado para aliar a atratividade do mercado e mitigar o risco de sobrepreço, conforme previsão do Decreto Estadual nº 42.967/2022.

Art. 7º, § 2º. Com base no tratamento a que se refere o caput, o preço estimado da contratação poderá ser obtido, ainda, acrescentando ou subtraindo determinado percentual de forma a aliar a atratividade do mercado e mitigar o risco de sobrepreço.

OS BENS DE LUXO NO CONTEXTO DA LEI 14.133/2021

O contexto social afeta o processo legislativo, que, mais das vezes, positiva no texto de normas questões de interesse social.

Uma das questões que movimentaram a opinião pública durante os debates finais no Congresso Nacional acerca das disposições que integram a Lei 14.133/2021 foi o uso de recursos públicos para aquisição de itens de “luxo” para consumo de altas autoridades da república, em possível resposta ao clamor popular contrário a tais situações, temos o art. 20 da NLLC que em seu *caput* diz:

Art. 20. Os itens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da Administração Pública **deverão ser de qualidade comum**, não superior à necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam, **vedada a aquisição de artigos de luxo**.

O parágrafo segundo do mencionado artigo fixou em 180 (cento e oitenta) dias o prazo para que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das diversas esferas governamentais regulamentassem o enquadramento de bens de luxo, vedando as aquisições de bens de qualquer natureza sem a exigida regulamentação.

Art. 20, § 2º A partir de 180 (cento e oitenta) dias contados da promulgação desta Lei, novas compras de bens de consumo só poderão ser efetivadas com a edição, pela autoridade competente, do regulamento a que se refere o § 1º deste artigo.

Por meio do Decreto nº 10.818, de 27/09/2021, o Governo Federal estabeleceu as regras para o enquadramento dos bens de consumo adquiridos pela administração pública federal de qualidade **comum e de luxo**. Contudo, não obstante o rigor técnico de se valer do conceito econômico de elasticidade-renda da demanda para se diferenciar essas categorias, a realização dos cálculos não se mostra uma tarefa de fácil aplicação.

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - bem de luxo - bem de consumo com alta elasticidade-renda da demanda, identificável por meio de características tais como: ostentação; b) opulência; c) forte apelo estético; ou d) requinte;

II - bem de qualidade comum - bem de consumo com baixa ou moderada elasticidade-renda da demanda;

Em que pese que o Decreto nº 10.818/2021 trazer o conceito de elasticidade-renda da demanda, que não envolve complexidades matemáticas para a sua realização. O problema não é este!

Art. 2º, IV - elasticidade-renda da demanda - razão entre a variação percentual da quantidade demandada e a variação percentual da renda média.

$$E_r = \frac{\text{Variação percentual da quantidade demandada}}{\text{Variação percentual da renda}}$$

Para melhor compreensão, suponhamos que determinado produto tenha sofrido a variação de preço e de demanda de consumo apresentadas no quadro a seguir.

PERÍODO	RENDA MÉDIA (R\$)	QUANTIDADE
JANEIRO 2022	1.000,00	200 unidades
JANEIRO 2023	1.100,00	180 unidades

A aplicação destes valores, conforme cálculo abaixo, resultará em elasticidade-renda da demanda igual a $E_r = -0,1$, que significa dizer que a cada acréscimo de 1% na renda, a demanda pelo bem reduzirá em 0,1%.

$$E_r = \frac{\frac{\Delta Q}{Q}}{\frac{\Delta R}{R}} = \frac{\Delta Q}{Q} \times \frac{R}{\Delta R} = \frac{180 - 200}{200} \times \frac{1000}{1100 - 1000} = \frac{-20}{200} \times \frac{1000}{100} = -0,1$$

Assim, quando a elasticidade-renda da demanda for menor que zero ($E_r < 0$), tem-se que os bens são tidos como inferiores, em comportamento que contraria a expectativa econômica de que o consumo cresce com o aumento da renda. Cite-se, como exemplo, que o consumo de margarina tende a cair com a melhoria salarial da população, que prefere a substituição do produto por manteiga. .

Imaginemos em outra situação que as variações impliquem elasticidade-renda da demanda igual a $E_r = +0,5$, que significará acréscimo de 0,5 da demanda, a cada incremento de 1% na renda. Caso em que, todas as vezes que $0 < E_r < +1$, estaremos diante do senso normal das ciências econômicas, no qual renda faz crescer o consumo. Aqui os bens são conceituados como normais, ou comuns, e não exatamente esses os que são permitidos pela Lei nº 14.133/2021.

PERÍODO	RENDA MÉDIA (R\$)	QUANTIDADE
JANEIRO 2022	1.000,00	200 unidades
JANEIRO 2023	1.100,00	210 unidades

$$E_r = \frac{\frac{\Delta Q}{Q}}{\frac{\Delta R}{R}} = \frac{\Delta Q}{Q} \times \frac{R}{\Delta R} = \frac{210 - 200}{200} \times \frac{1000}{1100 - 1000} = \frac{10}{200} \times \frac{1000}{100} = +0,5$$

Para finalizar a compreensão da elasticidade-renda da demanda, o quadro a seguir traz outra hipótese de variação de renda e de consumo, cuja aplicação de cálculos levará a $E_r = +10$, e o raciocínio de que a cada elevação de 1% na renda, a demanda pelo produto responderá em 10%. Assim, se $E_r > +1$, tem-se que os bens são tidos como supérfluos ou de luxo.

PERÍODO	RENDA MÉDIA (R\$)	QUANTIDADE
JANEIRO 2022	1.000,00	200 unidades
JANEIRO 2023	1.100,00	400 unidades

$$E_r = \frac{\frac{\Delta Q}{Q}}{\frac{\Delta R}{R}} = \frac{\Delta Q}{Q} \times \frac{R}{\Delta R} = \frac{400 - 200}{200} \times \frac{1000}{1100 - 1000} = \frac{200}{200} \times \frac{1000}{100} = +10$$

O cálculo da Demanda Elasticidade-Renda exige que se defina:

- qual renda a considerar - a local; regional; nacional: o contexto orçamentário?
- e quanto à demanda pelo produto - será considerada em termos locais, estaduais, regionais, nacionais?

Superados os questionamentos acima, onde obter os dados, numa realidade em que são escassos dados estatísticos atualizados?

O texto legal, art. 20 supracitado, diz que o bem comum, aqui entendido como contrário a bem de luxo, é aquele cuja qualidade não seja **superior à necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam** e, apesar dos sessenta incisos contidos no art. 6º, em nenhum deles cuidou de precisar o que dever-se-ia compreender por **bem de luxo** remetendo à regulamentação o papel de estabelecer a régua, segundo a qual se separariam bens comuns e bens de luxo.

Na Sociedade o luxo é relativo, depende da realidade econômica da população, e na Administração Pública, a realidade Orçamentária é tão ou mais diversa quanto a própria realidade. Como dizia Guimarães Rosas “o Brasil são vários”, daí decorre a dificuldade apontada pelo TCU no enquadramento do que seria bem de luxo.

Apesar de fixar como base para o enquadramento dos bens nas categorias “luxo” ou “comum”, o conceito econômico da Elasticidade Renda-Demanda, a imprecisão quanto à fonte dos dados e a própria natureza do que seja “renda” e “demanda” nos vários contextos da administração pública nacional não permite sua aplicação por todos os poderes e órgãos das diversas esferas governamentais, como bem reconheceu o Tribunal de Contas da União em Acórdão 1999/2022 - Plenário, aprovado na sessão realizada em 31/08/22, reconheceu, nos termos do Voto do Relator, Ministro Aroldo Cedraz:

"que há dificuldades de interpretação geradas pelo texto da lei em relação à conceituação dos bens, assim como complexidade de se

definir com precisão o bem de luxo, em especial se forem consideradas as peculiaridades presentes em atividades administrativas das mais diversas esferas da atuação dos órgãos ou das entidades públicas".

Em consequência do Acórdão supramencionado, o TCU aprovou a Resolução TCU-341/22:, segundo a qual, bem de consumo de luxo é aquele

Resolução TCU-341, art. 2º, inc. II:

"de consumo ostentatório, opulento, de abordagem personalizada ou refinada, de elevado grau de sofisticação, de distribuição seletiva, alto preço, escassez, raridade e exclusividade, com forte apelo estético, de tradição ou história, cuja qualidade supera a das demandas ordinárias das unidades do Tribunal, por haver substitutos com características técnicas e funcionais equivalentes de qualidade comum".

E por bem de consumo comum aquele:

Resolução TCU-341, art. 2º, inc. III:

"que serve a um ou mais usos, apto a suprir as demandas das unidades deste Tribunal, compatível com a finalidade a que se destina, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais existentes no mercado".

O TCU adotou enquadramento para "bens de luxo" e "bens de consumo", por meio da referida resolução, sem incidir na dificuldade de contextualizar qual seria a **RENDA** a considerar nem em que base dever-se-ia pesquisar a DEMANDA pelo PRODUTO com a finalidade de **CALCULAR a elasticidade da DEMANDA-RENDA**, como exigido pelo Decreto nº 10.818/2021.

A Resolução nº TCU 341/22 esclarece, ainda, que o termo "bem de consumo" não diz respeito a bens incorporáveis ao Patrimônio, como é próprio dos bens duráveis - móveis, veículos, equipamentos etc. - art. 2º, inciso I, mas todo material que atenda a, no mínimo, um dos seguintes critérios:

- a) durabilidade;
- b) fragilidade;
- c) perecibilidade;
- d) incorporabilidade; ou,
- e) transformabilidade.

Em nosso entendimento, a Resolução nº TCU 341/22 é exemplo adequado de regulamento para os fins de definir o que são bens de luxo, como exigido no art. 20, Lei nº 14.133/2021. Porém, para além dos conceitos trazidos na referida regulamentação, recomendamos cautela na aquisição de bens pela administração, sejam duráveis ou não, com necessárias reflexões acerca do contexto social local.

PARECER JURÍDICO

O art. 38 da Lei nº 8.666/1993 registra a necessidade de 02 (duas) manifestações do parecerista jurídico:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: (...)

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade; (...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

O primeiro exame jurídico é das minutas do edital e do contrato (art. 38, parágrafo único), e o segundo deve ser emitido sobre a sobre o procedimento licitatório (art. 38, inciso VI), este com a possibilidade de substituição pelo relatório técnico do Pregoeiro, ou da comissão responsável pela condução do processo.

Cenário que se altera na Lei nº 14.133/2021, com referência expressa a único parecer jurídico emitido sobre a fase preparatória do procedimento licitatório, em controle de legalidade, não somente do edital e da minuta do contrato, mas de todas as peças que compõem a etapa inicial da contratação.

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

§ 1º Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá:

I - apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;

II - redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, **com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação** e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica;

Observa-se, portanto, que o foco do parecer jurídico continua a ser o exame da legalidade, mas agora com a apreciação de todos os elementos indispensáveis à

contratação, inclusive a existência de regulamentação e o seu cumprimento pela Administração; bem como a formalização da demanda, Estudo Técnico Preliminar - ETP; Termo de Referência; Pesquisa de Preços, dentre outros. Situação que atrai questionamentos acerca dos limites de responsabilização do parecerista neste novo contexto de análise.

Assim, desde que não se trate de algo perceptível pelo parecerista médio, não há que se falar em sua responsabilização pela veracidade no enfrentamento das questões exigidas no Estudo Técnico Preliminar - ETP, ou até mesmo se a pesquisa de preços foi estatisticamente falseada para esconder sobrepreços na contratação que se analisa.

Não há jurisprudência, ainda, sobre este tema, mas acreditamos que será mantido o atual entendimento do Tribunal de Contas da União acerca da responsabilização do parecerista nos casos de erro grosseiro, ao enfrentar questões que não envolvem controvérsias jurídicas ou complexidades técnicas.

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) a aprovação, pelo parecerista jurídico (art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993), de minuta de edital contendo vícios que não envolvem controvérsias jurídicas ou complexidades técnicas.
Acórdão 9294/2020-Primeira Câmara | Relator: BRUNO DANTAS

Ademais, é certo que no parecer não deve haver espaço para desvio de razoável interpretação da lei, contorcionismos jurídicos grave ofensa à ordem pública, com distorções da esperada legalidade normal, ou deixe de considerar jurisprudência pacificada do TCU.

O parecer jurídico que não esteja fundamentado em razoável interpretação da lei, contenha grave ofensa à ordem pública ou deixe de considerar jurisprudência pacificada do TCU pode ensejar a responsabilização do seu autor, se o ato concorrer para eventual irregularidade praticada pela autoridade que nele se embasou.
Acórdão 13375/2020-Primeira Câmara | Relator: BENJAMIN ZYMLER

Ao confirmar este entendimento do TCU, em recente julgado (21/03/2023), o Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca da necessidade de maior cautela na emissão de pareceres jurídicos (MS 38805 / DF. Ministro LUIZ FUX).

Ora, espera-se do advogado diligente, instado a se manifestar, na hipótese do atual art. 53, caput e §§ 1º e 4º, da Lei 14.133/2021 e do antigo art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, que conheça as cláusulas editalícias, bem como a lei de licitações, tendo em vista seu poder-dever de se manifestar contrariamente a propostas que violem a Lei.

É razoável, outrossim, esperar uma maior cautela do consultor com os procedimentos licitatórios, ao menos perquirindo as questões

técnicas previstas em lei. Em caso de dúvida, deve o parecerista expor o espaço de delimitação da opinião jurídica e até mesmo informar acerca dos riscos jurídicos envolvidos.

Registre-se, contudo, que este atual cenário pode vir a ser alterado com a apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal, de proposta de Súmula Vinculante nº 142 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB)⁶.

“Viola a Constituição Federal a imputação de responsabilidade ao advogado pela emissão de parecer ou opinião jurídica, sem demonstração de circunstâncias concretas que o vinculem subjetivamente ao propósito ilícito”.

Outra questão a ser enfrentada é se o parecer emitido sobre o procedimento licitatório deixou de ser exigido pela Lei nº 14.133/2021, já que não há expressa referência a esse documento no texto legal. Entendemos que continua a ser obrigatório, considerando não ser razoável esperar que a própria autoridade superior identifique falhas sanáveis ou revestidas de gravidade que levem à anulação da licitação.

Art. 71. Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá:

- I - determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades;
- II - revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade;
- III - proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável;
- IV - adjudicar o objeto e homologar a licitação.

Argumente-se também que o art. 169 dispõe que as contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos, inclusive com a atuação das unidades de assessoramento jurídico.

Quanto à dispensa do parecer jurídico em alguns procedimentos, diga-se que a previsão do art. 53, § 5º é condicionada a ato da autoridade jurídica máxima competente, que regulamente as situações de afastamento desta análise, condicionada a implantação das minutas de editais e de contratos pelo ente.

Art. 53, § 5º É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio

⁶<https://www.oab.org.br/noticia/61143/stf-reconhece-relevancia-de-proposta-de-sumula-do-cfoab-para-protoger-pareceristas>

ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico.

A esse respeito, vale ressaltar que o art. 19, inciso IV, da Lei nº 14.133/2021, exige a elaboração de minutas, mas faculta a adoção daquelas elaboradas pela Advocacia Geral da União - AGU⁷ por todos os entes federativos.

Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão: (...)

IV - instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

Quanto ao modelo do ato que pode afastar a necessidade de emissão de parecer jurídico em alguns procedimentos licitatório, entendemos por recomendar aquele elaborado pela AGU, com as devidas adaptações⁸.

Orientação Normativa 69/2021. Não é obrigatória manifestação jurídica nas contratações diretas de pequeno valor com fundamento no art. 75, I ou II, e § 3º da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, salvo se houver celebração de contrato administrativo e este não for padronizado pelo órgão de assessoramento jurídico, ou nas hipóteses em que o administrador tenha suscitado dúvida a respeito da legalidade da dispensa de licitação. aplica-se o mesmo entendimento às contratações diretas fundadas no art. 74, da Lei nº 14.133, de 2021, desde que seus valores não ultrapassem os limites previstos nos incisos I e II do art. 75, da lei nº 14.133, de 2021.

Por fim, alerte-se que a atuação do parecerista jurídico se insere no contexto das linhas de defesa do Sistema de Controle da Administração, **compondo a segunda linha de defesa**

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: (...)

II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade.

⁷<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/modelos/licitacoescontratos>

⁸<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/onsagu>

Assim sendo, é importante que a Matriz de Responsabilidade a ser definida pela Alta Administração detalhe as atividades a serem desempenhadas pelos autores do Parecer Jurídico, observadas as disposições legais e o entendimento jurisprudencial e o Parecerista se assegure de cumprir integralmente com suas atribuições evitando a emissão de peças genéricas, que não tratam da totalidade dos aspectos envolvidos na contratação pública, nem definem com clareza o entendimento exarado.

Além disso, é dever do responsável pelo Parecer Jurídico requisitar esclarecimentos e diligências, com o fim de aclarar aspectos técnicos que se mostrem flagrantemente inadequados, ou peças que não identifiquem claramente quem são os responsáveis por determinadas etapas do processo ou conclusões exaradas nos correspondentes autos, sempre com a colaboração do Controle Interno, notadamente para o enfrentamento de questões que envolvam maiores complexidades.

Por fim, diga-se que o desenvolvimento de práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, também exigido daquele que poderá atuar como parecerista jurídico, a Lei nº 14.133/2021, dispõe que a sua atuação deve servir de apoio aos demais agentes de licitação, com esclarecimentos e orientações, durante todas as etapas da contratação pública.

Art. 7º, § 3º As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei.

Aspectos Específicos para Compras, Serviços, Obras e Serviços de Engenharia

COMPRAS

Na subseção I, seção IV, Capítulo II, Título II da NLLC - os artigos 40 a 44 fixam disposições específicas para licitações que tenham por objeto “COMPRAS”.

A realização de compras, durante a fase preparatória da licitação deverá observar:

- a) condições de aquisição e pagamento semelhantes às aquelas praticadas pelo setor privado;
- b) sempre que possível, o Sistema de Registro de Preços, sendo necessário justificar sua não adoção;
- c) unidades e quantidades determinadas em função de consumo e expectativa de consumo com **base em critérios objetivos**, sendo defeso, como regra, a especificação de **unidades** - *caixa, litro, dúzia, m, m², Kg, tonelada, m³ etc.* - e/ou quantidades incompatíveis com a demanda histórica ou esperada, calculada com base em parâmetros técnicos **justificados**;
- d) o(s) local(is) e prazo(s) para entrega, adequados ao atendimento do interesse público;
- e) as condições de guarda e armazenamento que assegurem a preservação e segurança dos materiais que serão adquiridos;
- f) padronização, quando justificado;
- g) parcelamento como forma de **ampliar a competitividade** sem prejuízo da economia de escala nem do efetivo alcance do resultado esperado;
- h) a compatibilidade com os instrumentos orçamentários e planejamento estratégico do ente, órgão ou entidade;
- i) os bens previstos no Catálogo Eletrônico de Padronização, quando não considerado **deve ser justificado**;
- j) as condições de garantia e/ou manutenção em relação aos bens que serão comprados.

Além de atender os “quesitos” definidos no inciso XXIII do art. 6º da Lei 14.133/2021, o Termo de Referência, obrigatoriamente, deve conter os itens constantes das alíneas “d”; “e”; “f”; “i”; e, “j” acima.

Registre-se, ainda, que se a demanda puder ser atendida tanto pela aquisição quanto pela locação do bens, ou contratação de serviço, a **opção pela aquisição deve ser justificada em comparação com as demais possibilidades**, pois, o que importa é o meio que de forma **mais adequada atender a necessidade pública**, pois, *licitação não é fim, é meio*.

Quando demanda a ser atendida exigir a contratação de BENS ESPECIAIS, assim compreendidos como aqueles que possuem alta heterogeneidade, ou complexidade, a escolha deve ser justificada.

A Lei 14.133/2021 positivou, ou seja, traz de forma expressa orientações que se consolidaram na jurisprudência, em especial, do Tribunal de Contas da União, a saber, a possibilidade de:

- a) especificar **marca e modelo** como referência mínima de qualidade, ou para atender padronização estabelecida por meio de processo, quando a indicação não implicar em **inexigibilidade de licitação**;
- b) prever no edital exigência de amostra ou prova de conceito;
- c) vedar a contratação que mediante processo tenha sido, objetivamente, demonstrado que o mesmo não atende o interesse da coletividade;
- d) exigir carta de solidariedade do fabricante com o fornecedor;
- e) exigir certificação de qualidade do produto por instituição credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro).

Considerando que as exigências acima relacionadas podem limitar o rol de potenciais interessados, a adoção de qualquer uma delas exige justificativa no ETP e/ou no Termo de Referência.

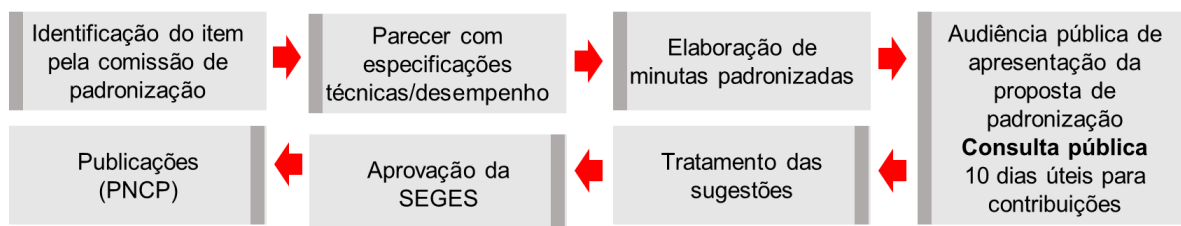
O processo de padronização, conforme definido no art. 43, deverá conter:

- parecer técnico sobre o produto, considerados especificações técnicas e estéticas, desempenho, análise de contratações anteriores, custo e condições de manutenção e garantia;
- despacho motivado da autoridade superior, com a adoção do padrão;
- síntese da justificativa e descrição sucinta do padrão definido, divulgadas em sítio eletrônico oficial.

CATÁLOGO ELETRÔNICO DE PADRONIZAÇÃO

A Lei nº 14.133/2021 estabelece importantes instrumentos de melhoria da qualidade nas compras, a exemplo do Catálogo Eletrônico de Padronização - CEP, sistema informatizado de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização de itens a serem adquiridos pela Administração Pública e que estarão disponíveis para a licitação (Art. 6º, inciso LI).

O art. 19, inciso II, estabelece a sua obrigatoriedade de criação por todos os entes federativos, mas faculta a adoção daquele criado e gerenciado pelo Governo Federal, atualmente regulamentado pela Portaria SEGES/ME nº 938/2022, disponível para acesso no Portal Nacional de Contratações Públicas - PNCP. O fluxo de aprovação de itens no CEP é apresentado a seguir.



Adicionalmente, a Lei nº 14.133/2021 nos traz o procedimento auxiliar de pré-qualificação, que possibilita, entre outros, a seleção de itens costumeiramente adquiridos pela administração, em procedimento prévio à licitação.

Art. 80. A pré-qualificação é o procedimento técnico-administrativo para selecionar previamente: (...)

II - bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração.

Importante ressaltar que o procedimento para a pré-qualificação deverá ser regulamentado pelo ente, e deverá ficar permanentemente aberto para que interessados possam apresentar itens para avaliação de conformidade, caso aprovados, integrarão o catálogo de bens e serviços da Administração, cuja validade não poderá superar 01 (um) ano.

SERVIÇOS EM GERAL

Na subseção III, seção IV, Capítulo II, Título II da NLLC - os artigos 47 a 50 fixam disposições específicas para licitações que tenham por objeto “CONTRATAR SERVIÇOS EM GERAL”.

Inicialmente, registre-se que, segundo a Lei 14.133/2021 - art. 48, as atividades que podem ser objeto de contratação para execução por terceiros são as “materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade”, **inexistindo, portanto, autorização para LICITAR a contratação, com base na NLLC, de serviços que digam respeito a atividades finalísticas** de órgão/entidade pública.

Ultrapassado o óbice acima registrado, na fase de planejamento - preparatória - da futura licitação deve-se observar:

- a) padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho e o devido processo de padronização;
- b) o parcelamento do objeto, quando técnica e/ou economicamente viável, voltado à ampliação da competitividade, sem prejuízo da responsabilidade técnica, ponderando-se, ainda, os custos envolvidos para que a Administração faça a gestão de vários contratos de prestação de serviços de mesmo objeto;

Na fase preparatória deve-se, ainda, justificadamente fixar:

- i. os locais onde os serviços serão executados
- ii. exigência de instalação de unidades do contratado para prestação dos serviços em determinada localidade ou distância máxima da sede do contratante.

Em contratos com dedicação exclusiva de mão de obra, quando o serviço é executado nas dependências do contratante por empregado da contratada, contratado para prestar os serviços objeto da avença, a Administração pode exigir comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); e, em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, comprovação do: registro de ponto; recibo de pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário; comprovante de depósito do FGTS; recibo de concessão e pagamento de férias e do respectivo adicional; recibo de quitação de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato; e. recibo de pagamento de vale-transporte e vale-alimentação, na forma prevista em norma coletiva.

A empresa contratada para prestação de serviços, durante a vigência do ajuste e eventuais prorrogações, não deve contratar cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, de dirigente do órgão ou entidade contratante ou de agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato;

Os Agentes Públicos não devem indicar pessoas para executar direta ou indiretamente o objeto contratado; fixar salário inferior ao definido em lei ou em ato normativo a ser pago pelo contratado; estabelecer vínculo de subordinação com funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado; definir forma de pagamento mediante exclusivo reembolso dos salários pagos; demandar a funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado a execução de tarefas fora do escopo do objeto da contratação; prever em edital exigências que constituam intervenção indevida da Administração na gestão interna do contratado.

Se, motivadamente, a Administração decidir contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço deverá manter controle individualizado da execução de cada contratação de *per si*.

As contratações de soluções baseadas em software de uso disseminado⁹ serão disciplinadas em **regulamento** que defina processo de gestão estratégica, tais contratações, portanto, exigem regulamentação específica, no âmbito do Governo Federal foi editada a INSTRUÇÃO NORMATIVA SGD/ME Nº 94, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2022, que:

Dispõe sobre o processo de contratação de soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação – TIC pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação – SISP do Poder Executivo Federal.

⁹ sistemas ou programas padronizados de uso corrente tais como sistemas operacionais; gerenciadores de bancos de dados; aplicativos de produção corporativa ou pessoal; antivírus etc.

Para orientar os jurisdicionados, o Tribunal de Contas da União elaborou o “Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação”.

A contratação de **software** trata-se de **aquisição**, como faz crer a LEI ao dispor sobre contratação de software de uso disseminado na subseção que trata de COMPRAS, ou de contratação de um serviço?

Durante muito tempo, entendeu-se que “software de prateleira”, tal como o WINDOWS, WORD etc., seria **mercadoria** e, portanto, haveria uma aquisição/compra.

Ao apreciar o mérito do Recurso Extraordinário (RE) 688223, com repercussão geral reconhecida (Tema 590), seguindo voto do Relator, Ministro Dias Toffoli, o STF entendeu que:

a distinção entre software de prateleira (padronizado) e por encomenda (personalizado) não é mais suficiente para a definição da competência para a tributação dos negócios jurídicos que envolvam programas de computador em suas diversas modalidades, pois é imprescindível a existência de esforço humano direcionado para a construção dos programas, configurando-se a obrigação de fazer.

Envolvendo a comercialização de software uma **obrigação de fazer**, devemos concluir que a CONTRATAÇÃO de SOFTWARE deve sempre ser considerada como contratação de serviço e, neste contexto, as licitações devem ser processadas como Licitações de Serviços, implicando dizer que **apenas os softwares que se caracterizem como serviços comuns poderão ser adquiridos por meio de Pregão**.

LOCAÇÕES

Exceto quando motivadamente tratar-se de caso de inexigibilidade de licitação, as locações devem ser precedidas de processo licitatório e de avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações e do prazo de amortização dos investimentos necessários.

Se o critério de julgamento for menor preço ou maior desconto, a locação poderá ser licitada adotando-se o Pregão como modalidade, nos casos de locação tradicional, ou concorrência nos demais casos.

O governo federal regulamentou a locação de imóveis para a Administração Pública Federal por meio da Instrução Normativa SEGES/ME nº 103/2022.

Nos termos do art. 89, aplicam-se, supletivamente, às locações de imóveis pela administração pública as regras contidas na Lei nº 8.245, de 18/08/91, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.

Em razão do fato acima, admitem-se os seguintes modelos de locação:

- a) locação tradicional, quando o espaço físico é locado sem associar nenhum outro serviço;
- b) locação com facilities, quando o espaço físico é locado associado a prestação de serviços para sua operação e/ou manutenção;
- c) locação built to suit – BTS, quando o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel que será locado, prevalecendo as condições pactuadas e as disposições procedimentais previstas na Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991.

A escolha da modalidade de locação será definida no Estudo Técnico Preliminar (ETP), e segundo o regulamento editado pela União (IN nº 103/2022) , haverá como regra um processo de chamamento público para selecionar os imóveis que poderão atender à demanda da administração, antes de se proceder a licitação.

OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

A Lei nº 14.133/2021, ao tratar das obras e serviços de engenharia, estabelece uma série de exigências a serem observadas na elaboração do anteprojeto e projetos básico e executivo, notadamente relacionadas à proteção ao meio ambiente, constitucionalmente assegurada no art. 225 da CR/1988.

Art. 45. As licitações de obras e serviços de engenharia devem respeitar, especialmente, as normas relativas a:

- I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;
- II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de 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.

O Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) é tratado no art. 36 e seguintes da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), e a sua inserção na NLLC objetiva que a implantação de empreendimentos públicos também considere, entre outros aspectos, os possíveis efeitos da geração de tráfego e demanda por transporte público.

A proteção ao patrimônio histórico, cultural, arqueológico também é contemplado nas diretrizes gerais de políticas urbanas do Estatuto da Cidade.

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: (...)

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

Quanto ao patrimônio imaterial, o texto constitucional dá o norte das intenções do Legislador ao trazer a sua proteção para o corpo da Lei nº 14.133/2021, que é reforçar o cumprimento do que diz o art. 216 da CR/1988.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e **imaterial**, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento **e desapropriação**, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Igualmente protegido devem estar também, na execução de obras e serviços de engenharia custeadas com dinheiro público, os direito das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, assegurados na Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), com o destaque de que os projetos devem considerar o conceito de desenho universal.

Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se: (...)

II - desenho universal: concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia assistiva;

Desse modo, não se trata apenas de vencer barreiras urbanísticas ou arquitetônicas que limitem ou impeçam o exercício de direitos à acessibilidade da pessoa com deficiência física ou mobilidade reduzida, mas também de avançar em recursos de tecnologia assistiva, que promovam a autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social daqueles acometidos por outros tipos de limitações, a exemplo de deficiências auditivas e visuais.

Para tanto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência já estabeleceu que devem os Tribunais de Contas, nas suas ações de fiscalização, observarem o cumprimento da legislação relativa à pessoa com deficiência e das normas de acessibilidade, agora reforçado pela própria Lei nº 14.133/2021.

Art. 93. Na realização de inspeções e de auditorias pelos órgãos de controle interno e externo, deve ser observado o cumprimento da legislação relativa à pessoa com deficiência e das normas de acessibilidade vigentes.

OS REGIMES DE EXECUÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

No extenso rol de 60 (sessenta) conceituações do art. 6º, da Lei nº 14.133/2021, não se menciona o regime de execução direta de obras e serviços de engenharia, que na Lei 8.666/1993 art. 6º, inciso VII, da Lei nº 8.666/1993, como sendo aquele em que a execução é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios. A NLLC faz alusão ao regime de execução direta no art. 139, § 1º, ao dispor que nos casos de extinção contratual unilateral pelo Poder Público, a Administração poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta.

Quanto às formas de execução indireta, a Lei nº 14.133/2021 repete aquelas antes trazidas no art. 10, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 (preço unitário, global, integral e tarefa), e acrescenta a contratação integrada do art. 9º, da Lei nº 12.462/2011 (RDC), e a semi-integrada que surge com a Lei nº 13.303/2016 (Art. 42, V, Estatais).

Art. 46. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

- I - empreitada por preço unitário;
- II - empreitada por preço global;
- III - empreitada integral;
- IV - contratação por tarefa;
- V - contratação integrada;
- VI - contratação semi-integrada;
- VII - fornecimento e prestação de serviço associado.

Avança a Lei nº 14.133/2021 ao trazer o regime de fornecimento e prestação de serviço associado, assim conceituado.

Art. 6º, XXXIV - fornecimento e prestação de serviço associado: regime de contratação em que, além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado;

Verifica-se que, além do fornecimento do objeto, a exemplo de uma edificação ou de um equipamento hospitalar, esse regime de execução permite associar o fornecimento a prestação de serviços, tais como de **operação, manutenção** etc., cuja vigência, a contar da entrega ou do fornecimento, poderá ser de até 10 (dez) anos, conforme se extrai da leitura dos art. 113 e 107 da Lei nº 14.133/2022..

Merece registro que a Instrução Normativa SEGES nº 103/2022, que dispõe sobre os procedimentos de seleção de imóveis para locação no âmbito federal, estabelece a possibilidade de contrato de locação com prestação de serviço associado (*facilities*).

Art. 3º Os órgãos e as entidades poderão firmar contratos de locação de imóveis, observados os seguintes modelos: (...)

II - locação com *facilities*: o espaço físico é locado contemplando os serviços para a sua operação e manutenção, como limpeza, administração predial, recepção, vigilância, controle de acesso, entre outros; e

Modelo de contratação, que se diferencia da “locação sob medida” (*built to suit* – BTS), por meio do qual a Administração poderá locar um imóvel com as adaptações que atendam às suas necessidades, a serem executadas pelo locador, com ou sem reversão ao Poder Público no final do período locatício. A Instrução Normativa nº 103/2022 prevê a possibilidade de combinação com o contrato com *facilities*.

Art. 3º Os órgãos e as entidades poderão firmar contratos de locação de imóveis, observados os seguintes modelos: (...)

III - locação *built to suit* – BTS: o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado, prevalecendo as condições livremente pactuadas no respectivo contrato e as disposições procedimentais previstas na Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. (...)

§ 3º Os modelos de que tratam os incisos II e III do caput poderão ser adotados de forma combinada, devendo ser justificada nos ETP a vantagem para a Administração.

A referida Instrução Normativa estabelece que, no âmbito da Administração Federal, os contratos BTS poderão ter vigência de até 35 (trinta e cinco) anos, caso haja reversão do bem para o patrimônio da Administração no final do contrato.

Art. 9º Os contratos de locação observarão os seguintes prazos: (...)

- II - até 10 (dez) anos, nos contratos de locação BTS sem investimento, no qual inexistem benfeitorias permanentes; e
- III - até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos de locação BTS com investimento, quando implicar a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente às expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração ao término do contrato.

Cabe esclarecer que a possibilidade de utilizar o modelo BTS pela Administração Pública, diferentemente do que acontecia com o art. 47-A da Lei nº 12.462/2011 (RDC), não é expresso na Lei nº 14.133/2021. Trata-se, portanto, de uma forma de contrato locatício privado, previsto na Lei nº 8.245/2012 (Lei geral de locação de imóveis).

Art. 54-A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

Por conseguinte, entendemos que a aplicação do art. 89 da Lei nº 14.133/2021 permite amparo jurídico para este modelo de contratação também pela Administração Pública.

Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Os regimes de empreitada por preços unitários e tarefa são facilmente compreendidos pelas definições trazidas pela própria Lei nº 14.133/2021, e basicamente repetem aqueles da Lei nº 8.666/1993.

Art. 6º, XXVIII - empreitada por preço unitário: contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas; (...)

XXXI - contratação por tarefa: regime de contratação de mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;

No que toca aos demais regimes de execução, cabe diferenciar a empreitada integral das contratações integrada e semi-integrada.

A empreitada integral, conforme conceito trazido no Art. 6º, XXX, pressupõe a contratação do empreendimento na totalidade das suas etapas até a sua entrada em operação. No caso de um hospital, por exemplo, para além da execução da obra propriamente dita, estão inclusos todos os equipamentos necessários ao pleno funcionamento da unidade de saúde, com foco na sua entrada em operação.

Art. 6º, XXX - empreitada integral: contratação de empreendimento em sua integralidade, compreendida a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade do contratado até sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, com características adequadas às finalidades para as quais foi contratado e atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização com segurança estrutural e operacional;

Por isso é denominado de regime “*turn key*”, na expectativa de que a Administração forneça os projetos básico e executivo necessários à plena execução do empreendimento, e demais especificações técnicas dos equipamentos que compõem a integralidade do conjunto, e ao final basta “girar a chave”.

A contratação integrada surge com a Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, com a intenção de facilitar as obras para a realização da Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014.

Ocorre que a contratação integrada pelo RDC é cabível somente se técnica e economicamente for justificada e quando o objeto envolva, pelo menos, uma das condições elencadas no art. 9º da Lei nº 12.462/2011:

- I - inovação tecnológica ou técnica;
- II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou
- III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Diferentemente, a contratação integrada definida no art. 6º, da Lei nº 14.133/2021, não traz as restrições do RDC, em tese, poderia ser discricionariamente adotada para a execução de obras e serviços de engenharia. Mas não é bem assim, conforme será detalhado adiante.

Art. 6º, XXXII - contratação integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;

Alerte-se que este modelo de contratação parte da premissa de que a Administração não dispõe da expertise necessária para a o planejamento de determinados tipos de empreendimentos, portanto, é dispensada da elaboração do projeto básico.

Art. 46, § 2º A Administração é dispensada da elaboração de projeto básico nos casos de contratação integrada, hipótese em que deverá ser elaborado anteprojeto de acordo com metodologia definida em ato do órgão competente, observados os requisitos estabelecidos no inciso XXIV do art. 6º desta Lei.

Portanto, nas contratações integradas se exige elaborar apenas o anteprojeto, consideradas as orientações já definidas em anterior Estudo Técnico Preliminar - ETP, que não é dispensado.

Art. 6º, XX - estudo técnico preliminar: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e **dá base ao anteprojeto**, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação;

XXIV - anteprojeto: peça técnica com todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico, que deve conter, no mínimo, os seguintes elementos:

a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, avaliação de demanda do público-alvo, motivação técnico-econômico-social do empreendimento, **visão global dos investimentos** e definições relacionadas ao nível de serviço desejado; (...)

d) estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico e/ou projeto da área de influência, quando cabível; (...)

j) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação;

Deve ficar claro que até mesmo nas contratações integradas, não se permite que a execução da obra seja iniciada sem que o projeto executivo tenha sido finalizado pelo particular.

Art. 46, § 1º É vedada a realização de obras e serviços de engenharia sem projeto executivo, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 18 desta Lei.

A ressalva que se faz ao § 3º do art. 18 é para situações excepcionais, de extrema simplicidade técnica que permita a execução de uma obra ou serviço de engenharia sem projetos, apenas com orientações descritivas de um termo de referência

Art. 18, § 3º Em se tratando de estudo técnico preliminar para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos.

Cabe reforçar, portanto, que a Lei nº 14.133/2021 não permite que o projeto executivo seja elaborado simultaneamente com a execução da obra ou serviço de engenharia.

Art. 46, § 3º Na contratação integrada, após a elaboração do projeto básico pelo contratado, o conjunto de desenhos, especificações, memoriais e cronograma físico-financeiro **deverá ser submetido à aprovação da Administração**, que avaliará sua adequação em relação aos parâmetros definidos no edital e conformidade com as normas técnicas, vedadas alterações que reduzam a qualidade ou a vida útil do empreendimento e mantida a responsabilidade integral do contratado pelos riscos associados ao projeto básico.

Quanto ao orçamento da contratação, considerando que é no projeto básico que os custos da obra ou serviço de engenharia são criteriosamente levantados, conclui-se que a delegação desta etapa para o particular contratado inviabiliza que a Administração tenha prévio conhecimento do montante necessário para a implantação do empreendimento.

Art. 6º, XXV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento **e que possibilite a avaliação do custo da obra** e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: (...)

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, obrigatório exclusivamente para os regimes de execução previstos nos incisos I, II, III, IV e VII do caput do art. 46 desta Lei;

Por conseguinte, caso o anteprojeto permita, a estimativa de custos na contratação integrada será elaborada em orçamento sintético (por etapa da obra), com a excepcional adoção de metodologia expedita ou paramétrica¹⁰, apenas para frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto.

¹⁰ A exemplo de m² de área construída; km de rodovias; m³ de armazenagem de grãos etc.

Art. 23, § 5º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia sob os regimes de **contratação integrada** ou semi-integrada, o valor estimado da contratação será calculado nos termos do § 2º deste artigo, acrescido ou não de parcela referente à remuneração do risco, e, sempre que necessário e **o anteprojeto o permitir, a estimativa de preço será baseada em orçamento sintético, balizado em sistema de custo definido no inciso I do § 2º deste artigo**, devendo a utilização de **metodologia expedita ou paramétrica** e de avaliação aproximada baseada em outras contratações similares ser reservada às frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto.

Naturalmente, os riscos neste modelo de contratação são bastante elevados, tanto para a Administração incorrer em prática de sobrepreços quanto para o particular contratado, que deve bem avaliar as nuances do empreendimento a executar, pois as chances de correções por aditamentos contratuais são bem limitadas.

Art. 133. Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada ou semi-integrada, é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto nos seguintes casos:

I - para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior;

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites estabelecidos no art. 125 desta Lei;

III - por necessidade de alteração do projeto nas contratações semi-integradas, nos termos do § 5º do art. 46 desta Lei;

IV - por ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração.

Em situação intermediária, a Lei nº 14.133/2021 também prevê a contratação semi-integrada, conforme já previsto no art. 42, inciso V, da nº 13.303/2021 (Lei de Responsabilidade das Estatais). Alerta-se mais uma vez que os riscos de insucesso ainda são consideráveis, e devem ser avaliados criteriosamente antes da adoção destes modelos de contratações.

Art. 6º, XXXIII - contratação semi-integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;

Por esta razão, a Lei nº 14.133/2021 exige que as contratações integradas e semi-integradas devam contemplar obrigatoriamente a matriz de riscos.

Art. 22, § 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.

A opção de qual regime de execução indireta será adotado pela Administração deve ser **justificado no Estudo Técnico Preliminar (ETP) como sendo o mais adequado ao atendimento do interesse público**, neste contexto, não há que se falar em livre discricionariedade de eleger o regime de execução da obra e serviço de engenharia, mas sim, o **dever-direito de fazer a melhor escolha, entre as opções legalmente possíveis**.

MATRIZ DE RISCOS

A matriz de riscos consiste em anexo do contrato que contém uma repartição de responsabilidades entre as partes para fatos supervenientes que possíveis de acontecer em determinado tipo de contratação, que podem ocasionar pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro da equação contratual.

Art. 6º, XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;

O referido dispositivo também estabelece uma importante diferenciação para a matriz de riscos, caso se trate de obrigações de resultado ou de meio.

b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;

c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução

predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

Imaginemos uma contratação para perfuração de poços artesianos, na qual, por mais que sejam adotadas todas as precauções técnicas, o sucesso do empreendimento não é garantido em termos de vazão e qualidade da água. Logo, nessas obrigações de meio, necessário se faz estabelecer precisamente em quais as frações do projeto não haverá liberdade de inovação pelo particular contratado.

A razão disso é que o particular, ao elaborar o projeto básico nas contratações integradas, assume a responsabilidade pela escolha da solução técnica, e sobre ele recaem os riscos associados, decorrentes de fatos supervenientes que possam interferir na equação contratual.

Art. 22, § 4º Nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.

Dessa forma, o resultado não é garantido com as obrigações de meio, portanto, a Administração deve cuidar para que as frações sensíveis do empreendimento sejam identificadas e previamente definidas as soluções metodológicas ou tecnológicas a serem seguidas pelo particular contratado, as quais não podem ser alteradas, com fins de se evitar eventuais manipulações.

Nas contratações semi-integradas, ainda que seja demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em relação à solução inicial da Administração, deve ele assumir a responsabilidade integral¹¹ pelos riscos associados às alterações que indicar.

Art. 46, § 5º Na contratação semi-integrada, mediante prévia autorização da Administração, o projeto básico poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, assumindo o contratado a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico.

Já nas obrigações de resultado, que consiste na grande maioria das contratações nas quais a Administração quer a conclusão do objeto da melhor forma possível, a matriz de riscos deverá indicar as frações do empreendimento, nas quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas.

Deve ser considerada a repartição de riscos entre a Administração e o contratado, alocados de acordo com a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo, e que definirá

¹¹ Independentemente de prova de culpa ou dolo.

o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, a ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.

Art. 103, § 1º A alocação de riscos de que trata o caput deste artigo considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo. (...)

§ 4º A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.

Ainda no que se refere à matriz de riscos, necessário se faz reforçar que a repartição objetiva dos eventos que possam causar alteração no cenário inicial do contrato, implica que as partes, inclusive a própria Administração, renunciem aos pedidos de restabelecimento econômico-financeiro.

Art. 103, § 5º Sempre 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, exceto no que se refere:

I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124 desta Lei;

II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

Por todo o exposto, observa-se que a matriz de riscos ganha profunda relevância nas contratações regidas pela Lei nº 14.133/2021, e sua elaboração requer conhecimento das regras do modelo de negócio e suas implicações na Administração Pública.

QUAL É O PRAZO PARA LICITAR OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA?

A Lei nº 8.666/1993 não chegou a conceituar obras e serviços, pois o art. 6º, incisos I e II, trazia apenas exemplos, em alguns casos, confusos até mesmo para os profissionais de engenharia e arquitetura. Afinal, reforma e recuperação (obras) são tecnicamente muito próximos à conservação, reparação, adaptação e manutenção (serviços). Diferenciação que é importante, pois a jurisprudência do TCU é no sentido de que o pregão é cabível apenas para serviços.

É irregular o uso da modalidade pregão para licitação de obra, sendo permitido nas contratações de serviços comuns de engenharia.
Acórdão 980/2018-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER

Diferentemente, a Lei nº 14.133/2021 traz um conceito técnico de obra, como toda atividade que inova o espaço físico da natureza ou acarreta alteração substancial das características originais de bem imóvel.

Art. 6º, XII - obra: toda atividade estabelecida, por força de lei, como privativa das profissões de arquiteto e engenheiro que implica intervenção no meio ambiente por meio de um conjunto harmônico de ações que, agregadas, formam um todo que inova o espaço físico da natureza ou acarreta alteração substancial das características originais de bem imóvel;

Não significa dizer que esta conceituação está totalmente resolvida, a exemplo de redes de esgotamento sanitário, por serem subterrâneas, não necessariamente inovam no espaço físico da natureza, notadamente se forem empregados dutos pelo método não destrutivo. Também há uma linha limítrofe entre uma pavimentação de rua, seja em paralelepípedos ou material asfáltico ser ou não obra ou serviço de engenharia.

Igualmente não há balizas técnicas objetivas para se dizer o que seria uma “alteração substancial” das características originais do bem imóvel, a classificar a atividade como obra ao invés de serviços. Na ausência de melhores elementos técnicos ou jurisprudenciais, entendemos estar associada a mudança de funcionalidade do imóvel, a exemplo do prédio da garagem de uma prefeitura precisar ser adaptado para um salão de eventos municipais.

Já o conceito de serviço de engenharia é trazido de forma residual para atividades que não puderem ser enquadradas no conceito de obra, e avança a Lei nº 14.133/2021 ao diferenciar os comuns dos especiais, estes dotados de alta heterogeneidade ou complexidade que os diferenciam daqueles.

Art. 6º, XXI - serviço de engenharia: toda atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração e que, não enquadradas no conceito de obra a que se refere o inciso XII do caput deste artigo, são estabelecidas, por força de lei, como privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados, que compreendem:

a) serviço comum de engenharia: todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens;

b) serviço especial de engenharia: aquele que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição constante da alínea “a” deste inciso;

Conceitos que, no silêncio da Lei nº 14.133/2021, não podem ser simplesmente adaptados para obras “comuns” e “especiais”, pois a definição de obra já envolve alta heterogeneidade, até mesmo na construções padrões habitacionais, pois o relevo do terreno geralmente costuma trazer diferenças no embasamento.

A Lei 14.133/2021 não explica o que seria complexidade, mas, como sabido, tal expressão é relativa, pois a disseminação de tecnologias, inicialmente restritas, e sua adoção corriqueira pela Administração transforma o complexo em simples, o extraordinário em usual. Apesar de que, em algumas situações, esta diferenciação é presumida, a exemplo de construção de pontes, adutoras ou edifícios de grande porte.

A diferenciação é importante, pois a Lei nº 14.133/2021 não definiu o que seriam obras “comuns” e “especiais”, mas adota prazos diferenciados para que a licitação aconteça, após a publicação do edital.

Art. 55. Os prazos mínimos para apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação, são de: (...)

II - no caso de serviços e obras:

a) 10 (dez) dias úteis, (...) e de obras e serviços comuns de engenharia;

b) 25 (vinte e cinco) dias úteis, (...) de obras e serviços especiais de engenharia;

Conforme se observa no quadro a seguir, não há impacto significativo no prazo da concorrência, 25 dias úteis, para obras especiais como previsto na Lei 14.133/2021, em relação ao fixado na Lei 8.666/1993 - 30 dias corridos - pois ambos são praticamente iguais. Porém, se a obra for classificada como “comum”, o prazo da nova lei - 10 dias úteis - corresponde a menos da metade do prazo anteriormente previsto, 30 dias corridos¹².

Modalidade	Critério julgamento	Obra/Serv. Eng.	Lei 8.666/1993	Lei 14.133/2021
Tomada Preços	Menor preço/Maior desconto	Obras e Serv. Eng.	15 dias	-
Concorrência	Menor preço/Maior desconto	Obras (comuns) Serv. Comuns Eng.	30 dias	10 dias úteis
Concorrência	Menor preço/Maior desconto	Obras (especiais) Serv. Esp. Engenharia		25 dias úteis
Concorrência	Técnica e Preço /	-	45 dias	35 dias úteis

¹² Aproximadamente 14 dias corridos, considerada a publicação em uma sexta-feira, e sem feriados durante a semana

	M. Técnica			
--	------------	--	--	--

Daí o problema que pode afetar a competitividade das contratações de obras públicas, considerando que a redução de prazo entre a publicação do edital e a realização da licitação, afeta a possibilidade de que mais empresas tenham conhecimento e disponham de maior tempo para a preparação das suas propostas.

Por este motivo, na ausência de entendimentos jurisprudenciais sobre este ponto, entendemos ser prudente para acautelar o interesse público, neste momento, adoção do maior prazo estabelecido no art. 55, inciso II, alínea “b” - 25 dias úteis.

EM QUE CONSISTE O SEGURO “PERFORMANCE BOND”?

O seguro-garantia tem como objetivo assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante à Administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento (Art. 97), e poderá ser de até 5% do valor inicial do contrato, nos casos de obras, serviços e fornecimentos, e até 10% se justificada a complexidade técnica e riscos envolvidos.

Em obras de grande vulto, definidas no art. 6º, XXII, da Lei nº 14.133/2021, como aquelas que superam os atuais R\$ 228,8 milhões¹³, o percentual de seguro-garantia poderá ser elevado até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato, desde que prevista uma cláusula de retomada. Trata-se do seguro “performance bond”, que explicaremos adiante.

Art. 99. Nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada prevista no art. 102 desta Lei, em percentual equivalente a **até 30%** (trinta por cento) do valor inicial do contrato.

A ideia é que em obras de grande vulto, uma seguradora atue como anuente e interveniente no contrato e nos aditivos, e em caso de inadimplemento pelo contratado, assumirá a execução e conclusão da obra (Art. 102).

Matéria atualmente disciplinada na Circular nº 662/2022 da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, que estabelece as regras a serem seguidas pelo tomador do seguro (empresa vencedora da licitação) e pelo segurado (Administração Pública).

Curioso ver que a referida circular SUSEP confirma o art. 97, inciso II, da Lei nº 14.133/2021, que a garantia continuará a valer ainda que as prestações do seguro não tenham sido pagas pelo tomador (empresa licitante).

¹³ Valor do Decreto nº 11.317/2022, que atualiza os valores da Lei nº 14.133/2021, conforme previsão do art. 182.

Art. 16. O tomador é responsável pelo pagamento do prêmio de seguro.

§ 1º A apólice continuará em vigor mesmo quando o tomador não houver pago o prêmio nas datas convencionadas.

Para além do dilema de livre escolha da seguradora ser do tomador, empresa vencedora da licitação, sem competição pública entre as interessadas deste mercado securitário; adicione-se que, em eventual sinistro, a Lei nº 14.133/2021 prevê que a seguradora poderá indicar uma empresa, que não participou da disputa, para concluir a obra.

Art. 102, III - a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.

Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições:

I - caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice;

II - caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.

Assim, diante da clareza do texto legal, entendemos que não cabe acordo entre a seguradora e a Administração para esta indicação, inclusive não é recomendável que se faça a intervenção pelo Poder Público, sob o risco de acusação de co-responsabilidade, em caso de novo insucesso.

Art. 21, § 2º Na hipótese do inciso II do caput, a escolha da pessoa, física ou jurídica, para dar continuidade e concluir a obrigação garantida ocorrerá mediante acordo entre segurado e seguradora, respeitados os termos do objeto principal ou de sua legislação específica.

É nítida a preocupação da Lei nº 14.133/2021 com o cenário de obras paralisadas, inacabadas ou abandonadas em todo o país¹⁴, a refletir na inserção da obrigação de publicamente divulgar estes casos, o que tende a coibir este tipo de ocorrências, considerados os prejuízos à imagem política dos agentes públicos responsáveis.

Art. 115, § 6º Nas contratações de obras, verificada a ocorrência do disposto no § 5º deste artigo por mais de 1 (um) mês, a Administração deverá divulgar, em sítio eletrônico oficial e em placa a ser afixada em local da obra de fácil visualização pelos cidadãos, aviso público de obra paralisada, com o motivo e o responsável pela inexecução temporária do objeto do contrato e a data prevista para o reinício da sua execução.

¹⁴<https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atricon-Obras-Paralisadas.pdf>

CONTRATAÇÃO DIRETA

Conforme dispõe o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988.

Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações **serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Ou seja, licitação **é regra**, contratação direta **é exceção**, tendo em vista esta verdade, todo o esforço interpretativo em relação às disposições da Lei 14.133/2021 deve ser voltado ao correto emprego do devido processo legal para LICITAR os diversos OBJETOS necessários ao atendimento do INTERESSE PÚBLICO.

Situações fáticas há, no entanto, que, nos estritos termos da LEI, **autorizam a contratação de bens e/ou serviços, incluindo obras e serviços de engenharia, sem a prévia licitação, tais oportunidades devem ser utilizadas apenas quando forem imprescindíveis para atender o interesse público, evitando-se tornar regra o que deve ser exceção.**

Em 2022, nos Municípios Paraibanos, segundo registros no SAGRES e TRAMITA¹⁵, as despesas relacionadas a Licitações, pelo novo e antigo regimes de contratações¹⁶ somaram R\$ 3,62 bilhões ou 75% do total; enquanto os gastos vinculados a Dispensas e Inexigibilidades de licitações alcançaram R\$ 1,19 bilhões ou 25%, ou seja, **um em cada quatro reais, em 2022 nos municípios paraibanos, foram gastos por meio de contratações diretas.**

Nos termos do art. 72, NLLC, as contratações diretas compreendem os casos de **inexigibilidade** e de **dispensa** de licitação.

A Nova Lei de Licitações e Contratos de forma expressa estabelece o rol de documentos que devem instruir os processos de contratações diretas - art. 72.

A Lei nº 14.133/2021, no art. 73, define a **responsabilidade solidária** entre o contratado e o agente público responsável, em caso de irregularidades na contratação. Ao mesmo tempo introduziu no **Código Penal - Decreto-Lei 2.848/1940**, o **Crime de Contratação Direta Ilegal**¹⁷, com pena de reclusão de 4 a 8 anos.

¹⁵ Sistemas do TCE-PB

¹⁶ Lei 14.133/2021 (novo). Leis 8.666/1993; Lei 10520/2002 e Lei 12462/2011 (antigo)

¹⁷ art. 337-E introduzido no CP pelo art. 178 da Lei 14.133/2021

Contratação direta ilegal

Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:

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

Com **maior clareza**¹⁸, a NLLC estabelece a necessidade de regular processo administrativo para a realização de contratações diretas, definindo, como já dito, o rol de documentos e informações que o devem **instruir** - art. 72.

Antes de examinar de *per si* as situações que autorizam a inexigibilidade ou dispensa de licitação, precisamos comentar acerca dos documentos que irão instruir o processo de contratação direta, que, conforme o caso, deverá conter:

- a) documento de formulação de demanda, artefato no qual o setor demandante diz da sua necessidade em termos qualitativos e quantitativos;
- b) especificação do que se pede em termos técnicos, quando o setor demandante não tem conhecimento técnico para especificar o objeto de sua demanda, setor especializado da administração deve estabelecer a especificação técnica do objeto, sem a qual não se pode prosseguir com a contratação;
- c) pesquisa de preços realizada na forma de regulamento próprio;
- d) estimativa da despesa calculada com base em pesquisa de preços e considerando as quantidades demandadas;
- e) fora as hipóteses em que o regulamento estabeleça a sua dispensa, deve-se, ainda, juntar aos autos do processo: o Estudo Técnico Preliminar; o Termo de Referência ou Projeto Básico/Projeto Executivo;
- f) demonstração de compatibilidade entre a estimativa da despesa a ser realizada no exercício em razão da contratação e a despesa autorizada no orçamento e/ou créditos adicionais;
- g) parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, demonstrando o atendimento dos requisitos exigidos;
- h) indicação e razão da escolha do futuro contratado;
- i) justificativa do preço a contratar;
- j) autorização da autoridade competente.

A autorização da autoridade competente, *denominada de ratificação da dispensa/inexigibilidade pela Lei 8.666/1993*, deve ser divulgada em sítio eletrônico oficial e no PNCP, podendo tal publicação ser **substituída** pelo extrato do contrato.

A injustificada ausência dos documentos apontados acima implica descumprimento do **devido processo legal**, ensejando responsabilidade dos agentes públicos envolvidos nas diversas etapas do processo.

¹⁸ O art; 26 da Lei 8.666/1993 já alertava para a indispensabilidade do processo para contratação direta, mas, não indicava o rol de documentos e informações necessários para a instrução processual

INEXIGIBILIDADE

O art. 74 diz:

É inexigível a licitação **quando inviável a competição, em especial** nos casos de:

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

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação: (...)

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

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

No dispositivo acima transcrito ressalte-se:

- a) as situações fáticas que **autorizam a inexigibilidade de licitação** são aquelas em que se demonstram a **INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO**, havendo a viabilidade de competição, **a inexigibilidade não está autorizada** e, neste caso, sua realização configuraria “**contratação direta fora das hipóteses previstas em lei**” - crime tipificado no art. 337-E, Código Penal;
- b) os casos de inexigibilidades enumerados nos incisos do *caput* do art. 74 **são exemplos** e, portanto, o rol apresentado **não é taxativo**, mas sim **exemplificativo**, conclusão a que se chega em razão da expressão “em especial” constante do dispositivo.

Comparando-se o rol de exemplos contidos no art. 74, Lei nº 14.133/2021, com aquele trazido pelo art. 25, Lei 8.666/1993, observam-se as seguintes novidades:

- a) a inclusão de fornecedor exclusivo em relação à prestação de serviços, o que inviabiliza a licitação e torna a contratação direta por inexigibilidade possível;
- b) a indicação de que serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual podem ser objeto de contratação direta por inexigibilidade, quando na norma anterior fazia-se remissão a dispositivo em que se definia tais serviços, em verdade, o novo texto repete nas alíneas do inciso III o rol enumerado no inc. XVIII do art. 6º da mesma norma;

- c) a inclusão do CREDENCIAMENTO como possibilidade de contratação direta por inexigibilidade;
- d) a inclusão da locação ou aquisição de imóvel **cuas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha**, como situação de inexigibilidade, corrigindo erro conceitual da antiga norma, que definia caso de dispensa de licitação para atendimento destas circunstâncias;
- e) clareza na definição do que se deve entender por “empresário exclusivo” quando da contratação de profissionais do setor artístico - v. § 2º do art. 74, NLLC;
- f) exclusão da exigência de singularidade do objeto a ser contratado em matéria de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual;
- g) inclusão de exigência de que se demonstre ser o serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual a ser contratado é reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Por mais que o tema de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual levante naturais polêmicas, e que ainda não tenha sido resolvido, em definitivo, pelo Supremo Tribunal Federal¹⁹, entendemos que o cenário de contratações foi alterado pela Lei nº 14.133/2021.

Em primeiro lugar, não mais se discute se o serviço tem natureza singular, pois este critério deixou de ser um dos requisitos para a inexigibilidade, diga-se que já vinha sendo relativizado pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede a contratação direta amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. A inexigibilidade, amparada nesse dispositivo legal, decorre da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento. Acórdão 1397/2022 Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER

O debate agora gira em torno de enfrentar qual a abrangência de aplicação do termo “reconhecidamente adequado”, que substituiu o anterior “indiscutivelmente o mais adequado”, trazido na redação do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

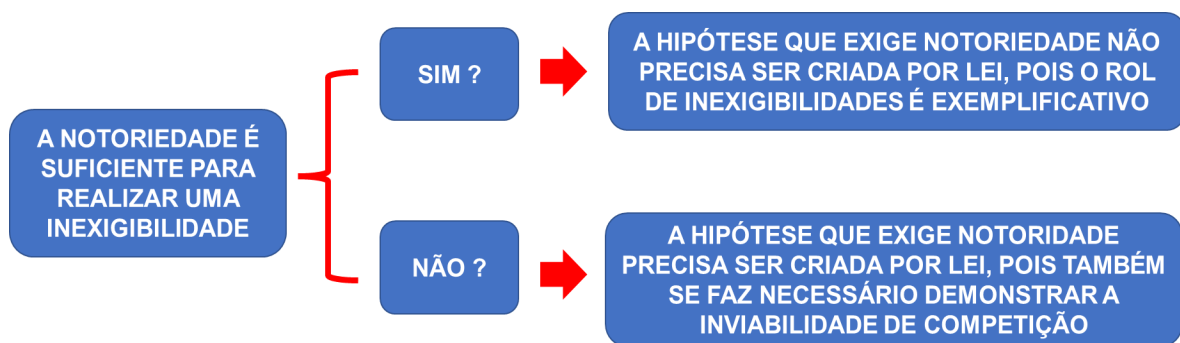
Art. 74, § 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho

¹⁹<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323519&ori=1>

é essencial e **reconhecidamente adequado** à plena satisfação do objeto do contrato.

Questões de difícil resolução acerca de quem faz este reconhecimento, qual é a sua validade temporal, e até mesmo a abrangência territorial. São Reflexões necessárias, sobre as quais seria por demais temerário se arriscar em respostas, que certamente virão com a jurisprudência que se consolidará com a aplicação da Lei nº 14.133/2021, sobretudo motivada pelo eventual posicionamento dos Conselhos de Classe.

Registre-se, finalmente, que não basta a notoriedade do profissional para tornar a contratação de serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual **inexigível**, a própria Lei nº 14.133/2021, enumera no inc. XIII do art. 75, como hipótese de Dispensa de Licitação, a contratação de **profissional técnico de notória especialização**.



DISPENSAS

O art. 75, NLLC. assim dispõe: "É **dispensável** a licitação: (...)", e segue a elencar situações em que a Licitação **pode ser dispensada**, neste caso, duas são as condições que precisam ser satisfeitas para que, com fundamento no art; 75, Lei 14.133/2021, a dispensa de licitação possa **ser regular**:

- a) a situação fática deve corresponder **exatamente** a uma das hipóteses arroladas no dispositivo; e ,
- b) ser a dispensa de licitação o meio **idôneo mais adequado** para atender o interesse público envolvido.

Quanto às hipóteses legais que permitem ao Gestor **realizar a contratação direta por dispensa de licitação**, temos:

- a) em razão do valor, incisos I e II, o primeiro fixa valor **abaixo do qual** se pode contratar diretamente, dispensada a licitação, obras, serviços de engenharia e **serviços de manutenção de veículos automotores**, atualmente o valor é de R\$ 114.416,65 (cento e quatorze mil quatrocentos e dezesseis reais e sessenta e cinco centavos); O segundo faculta a dispensa de licitação para aquisição e contratação de serviços abaixo do valor de R\$ 57.208,33 (cinquenta e sete mil duzentos e oito reais e trinta e três centavos);

b) para contratação, mantidas as condições e exigências previstas em edital de licitação realizada há **menos de um ano**, quando o certame licitatório tiver sido declarado **deserto**, quando não acudiram interessados; ou, **frustrado**, pois as propostas foram apresentadas com preços **manifestamente superiores** aos praticados no mercado ou **incompatíveis** com os fixados pelos órgãos oficiais competentes (inciso III);

c) para contratação de treze objetos previstos nas alíneas do inciso IV do art. 75;

d) para contratar objetos relacionados ao incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, definidos nos termos da Lei 10973/2004, inc. V;

e) para contratações que possam comprometer a segurança nacional ou em caso de guerra, incisos VI e VII;

f) em caso de emergência, calamidade pública ou em situações que comprometam a continuidade de serviços ou a segurança de pessoas; obras; serviços; equipamentos e outros bens públicos ou privados, inciso VIII;

g) quando o **Contratante** pertencer a pessoa jurídica de direito público interno e a órgão ou entidade da administração pública quando o objeto envolver bens, em geral, inc. IX, ou insumos estratégicos para o SUS, inciso XVI;

h) nas contratações, **pela União**, com vistas à regulação de mercado, inc. X;

i) para contratação de programa no contexto de Consórcios Públicos, inc. XI;

j) quando o objeto contratado envolver transferência de tecnologia estratégica para o SUS, inc. XII;

k) quando o Contratado e o objeto corresponder às hipóteses definidas nos incisos XIII, XIV e XV;

l) finalmente, os incisos XVII e XVIII, introduzidos pela Lei 14.628/2023, decorrente da conversão em Lei da MP 1.166/2023, autoriza a dispensa de licitação para contratação de entidades privadas sem fins lucrativos para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou pela falta regular de água; ou, implementação do Programa Cozinha Solidária, que tem como finalidade fornecer alimentação gratuita preferencialmente à população em situação de vulnerabilidade e risco social, incluída a população em situação de rua, com vistas à promoção de políticas de segurança alimentar e nutricional e de assistência social e à efetivação de direitos sociais, dignidade humana, resgate social e melhoria da qualidade de vida.

Os incisos XVII e XVIII, acima mencionados, foram incluídos por força do art. 25 da Lei 14.628, de 20/07/23, publicada em 21/07/23.

Além das hipóteses relacionadas nos incisos do art. 75 da Lei 14.133/2021, após o encerramento da vigência das Leis 8.666/83, 10520/02 e os artigos 1º a 47-A da Lei 12462/11, **as dispensas de licitação precisam estar fixadas em LEI**, pois as dispensas de licitação **são um rol taxativo**.

Neste sentido, o art. 4º da Lei 14.628/2023, resultante da conversão da MP 1.166/2023, estabelece mais uma hipótese de **dispensa de licitação**:

Art. 4º O Poder Executivo federal, estadual, distrital e municipal poderá adquirir, **dispensada a licitação**, os alimentos produzidos pelos beneficiários fornecedores de que trata o art. 5º desta Lei, observada a disponibilidade orçamentária e financeira e desde que atendidos, cumulativamente, os seguintes requisitos

A contratação direta por dispensa de licitação exige que o **caso concreto** corresponda com exatidão a uma das hipóteses previstas no art. 75 da Lei 14.133/2021 ou em lei específica e, como registrado, **seja o melhor caminho para satisfazer o interesse público associado à demanda que se busca atender**, tendo por baliza os princípios consignados no art. 5º da Lei 14.133/2021.

No tocante aos limites de dispensas por valor, previstos nos incisos I e II do art. 75, as seguintes regras devem ser observadas:

- a) somam-se os valores de cada contratação direta, para objetos contratados junto a fornecedores de mesmo ramo de atividade, por uma mesma unidade gestora, no mesmo exercício financeiro, cujo resultado deva ser inferior ao valor fixado nos incisos correspondentes;
- b) as despesas com manutenção de veículos, serviços e peças, até o valor individual de R\$ 9.153,34 (nove mil cento e cinquenta e três reais e trinta e quatro centavos) não se somam para fins de verificar a ultrapassagem ou não dos valores previstos nos incisos I e II do art. 75, NLLC.

No tocante às contratações por dispensa de licitação previstas no inc.VIII²⁰, às seguintes inovações em relação ao que dispõe o art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/1993:

- a) o contrato poderá ter vigência de até um ano;
- b) quando a motivação for a necessidade de continuidade de serviço, deve-se apurar a responsabilidade de quem deu causa à “emergência”;
- c) não deve a empresa contratada, com base neste inciso, ser recontratada mesmo que perdue a situação motivadora da contratação.

²⁰ Situação de emergência, calamidade ou descontinuidade de serviço público

ALIENAÇÕES

O art. 76 da NLLC repete, em síntese, o art. 17 da Lei nº 8.666/1993, estabelecendo as situações em que alienações de bens móveis ou imóveis terão a licitação dispensada, por exemplo, não se fará uma disputa entre interessados para permuta por outros imóveis que atendam às necessidades específicas, nem para a doação de bens móveis entre órgãos ou entidades da Administração Pública .

Inova a Lei nº 14.133/2021 ao estabelecer o direito de preferência na aquisição, em igualdade de condições, para aquele que comprove a ocupação do imóvel objeto da licitação.

Art. 77. Para a venda de bens imóveis, será concedido direito de preferência ao licitante que, submetendo-se a todas as regras do edital, comprove a ocupação do imóvel objeto da licitação.

Para as demais alienações, que não se enquadrem nas hipóteses do art. 77, a Lei nº 14.133/2021 estabelece que serão processadas por meio de Leilão, preferencialmente eletrônico..

Art. 6º, XL - leilão: modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance;

Os procedimentos operacionais deverão ser regulamentados, e o leilão será conduzido por servidor designado pela autoridade competente, ou por leiloeiro oficial selecionado por credenciamento ou por pregão, com o parâmetro máximo de remuneração em conformidade com o definido na lei que regulamenta a referida profissão.

Art. 31. O leilão poderá ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente da Administração, e **regulamento** deverá dispor sobre seus procedimentos operacionais.

§ 1º Se optar pela realização de leilão por intermédio de leiloeiro oficial, a Administração deverá selecioná-lo mediante **credenciamento ou licitação na modalidade pregão** e adotar o critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, utilizados como **parâmetro máximo os percentuais definidos na lei que regula a referida profissão e observados os valores dos bens a serem leiloados**.

No âmbito do Governo Federal, a matéria está regulamentada no Decreto nº 11.461/2023, com restrição a seleção de leiloeiros oficiais apenas por credenciamento, fixada a comissão no limite máximo de 5%.

Art. 6º Na hipótese de realização de leilão por intermédio de leiloeiro oficial, sua seleção será mediante credenciamento.

§ 1º O credenciamento de que trata o caput observará, como parâmetro máximo da taxa de comissão a ser paga pelos arrematantes a todos os credenciados, o montante de cinco por cento do valor do bem arrematado.

A profissão dos leiloeiros, conforme referência no Art. 31, § 1º, da Lei nº 14.133/2021, é regulada pelo Decreto nº 21.981/1932, que estabelece a necessidade de inscrição nas Juntas Comerciais, e o chamamento por antiguidade, inclusive nos procedimentos que envolvem bens públicos móveis e imóveis.

Art. 41. As Juntas Comerciais, dentro do menor prazo possível, organizarão a lista dos leiloeiros, classificados por **antiguidade**, com as anotações que julgarem indispensáveis, e mandarão publicá-la.

Parágrafo único. As autoridades judiciais ou administrativas poderão requisitar as informações que desejarem a respeito de qualquer leiloeiro, assim como a escala de classificação a que se refere este artigo, devendo ser as respectivas respostas fornecidas rapidamente e sob a responsabilidade funcional de quem as formular, quanto à sua veracidade.

Art. 42. Nas vendas de bens moveis ou imóveis pertencentes à União e aos Estados e municípios, os leiloeiros funcionarão por distribuição rigorosa de escala de antiguidade, a começar pelo mais antigo.

Logo, entendemos que a escolha do Governo Federal, por restringir a seleção de leiloeiros ao credenciamento, mostra-se mais adequada às regras da referida profissão. Igualmente acerta quando já fixa o limite da comissão em 5%, ainda que o Decreto nº 22.427/1933 traga percentuais distintos para bens móveis e imóveis.

Art. 24. A taxa da comissão dos leiloeiros será regulada por convenção escrita que, sobre todos ou alguns dos efeitos a vender, eles estabelecerem com os comitentes. Em falta de estipulação prévia, regulará a taxa de 5% (cinco por cento), sobre moveis, mercadorias, joias e outros efeitos e a de 3 % (três por cento), sobre bens imóveis de qualquer natureza.

Outro diferencial entre a nova e a antiga norma é que, nos termos da Lei nº 14.133/2021, o leilão deverá ser realizado na forma eletrônica, exceto se comprovada comprovada inviabilidade técnica ou desvantagem para a Administração.

Art. 31, § 2º, IV - o sítio da internet e o período em que ocorrerá o leilão, salvo se excepcionalmente for realizado sob a forma presencial por comprovada inviabilidade técnica ou desvantagem

para a Administração, hipótese em que serão indicados o local, o dia e a hora de sua realização;

Vale destacar que o Decreto nº 11.461/2023, que regulamenta o leilão eletrônico no âmbito do Governo Federal, traz a previsão de que o Sistema de Leilão Eletrônico possa ser cedido para os demais entes federados.

Art. 4º A Secretaria de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos poderá ceder o uso do sistema, por meio de termo de acesso, a órgão ou a entidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Quanto a possibilidade do leilão ser conduzido por servidor designado, que não é comum, visto ser uma atividade que requer certa habilidade para a boa condução da sessão com os participantes, necessário se faz destacar que o texto da Lei nº 14.133/2021 deixa certa margem quanto ao pagamento da comissão para o leiloeiro designado.

Art. 31, § 2º O leilão será precedido da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, que conterá: (...)

II - o valor pelo qual o bem foi avaliado, o preço mínimo pelo qual poderá ser alienado, as condições de pagamento e, **se for o caso**, a comissão do leiloeiro designado;

Na esfera federal a questão já foi resolvida no Decreto nº 11.461/2023, ao explicitamente vedar pagamentos de comissões para servidores públicos designados para atuarem como leiloeiros.

Art. 5º O leilão poderá ser cometido a servidor designado pela autoridade competente ou a leiloeiro oficial. (...)

§ 3º É vedado pagamento de comissão a servidor designado para atuar como leiloeiro.

MODALIDADES

As modalidades de licitação previstas na Lei nº 14.133/2021 são:

- a) pregão;
- b) concorrência;
- c) concurso;
- d) leilão;
- e) diálogo competitivo.

Igual a Lei 8.666/1993, a Lei nº 14.133/2021 veda a criação de outras modalidades de licitação ou que combine aquelas nela definidas - art. 28, § 2º.

As novidades são a exclusão da Carta Convite e da Tomada de Preços do rol de modalidades e a inclusão do “diálogo competitivo”.

O rito processual ordinário, fixado na lei, aplica-se **somente ao Pregão e à Concorrência**, para as demais modalidades ou a cada edital se estabelecerão todas as regras aplicáveis ou se editará regulamento próprio, como já o fez, por exemplo, o Governo Federal em relação ao Leilão - Decreto nº 11.461/2023.

Enquanto o LEILÃO destina-se, **exclusivamente**, para alienação de bens móveis ou imóveis, temos o concurso que destina a obtenção de bem ou serviço em troca de premiação.

O pregão é a modalidade de licitação **obrigatória** quando da contratação de bens e serviços comuns, adotando-se como critério de julgamento o **menor preço** ou o **maior desconto**. Pode-se, ainda, utilizar o pregão para contratação de serviços comuns de engenharia.

A concorrência é a modalidade de licitação **obrigatória** para contratação de bens e serviços especiais e obras e serviços especiais de engenharia, podendo ser utilizada para contratar serviços comuns de engenharia. Será obrigatória, ainda, quando o critério de julgamento for técnica e preço ou melhor técnica.

Como regra, todas as licitações em todas as modalidades devem ser processadas eletronicamente, fazendo-se necessário, **sempre**, justificar a realização de procedimentos presenciais e, nestes casos, as sessões de licitação **deverão ser gravadas em áudio e vídeo e as gravações juntadas aos autos do respectivo processo**.

A nova modalidade, **diálogo competitivo**, só deve ser utilizada quando a administração:

- a) desejar contratar objeto que envolva inovação tecnológica ou técnica;
- b) não puder ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado;

- c) estiver diante da impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente por ela; ou,
- d) verificar a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para a solução técnica mais adequada; os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; e/ou a estrutura jurídica ou financeira do futuro contrato.

Das premissas acima, pode-se concluir que tal modalidade de licitação será de uso muito específico e pouco comum no cenário das contratações públicas, até o momento, o Governo Federal não estabeleceu a necessária regulamentação e no Portal Nacional das Contratações Públicas inexistem publicação de editais de licitações nesta modalidade.

A razão disso decorre dos altos riscos envolvidos em um ambiente de experimentação em que a Administração apenas sabe que tem uma necessidade a ser resolvida, mas não tem certeza se, ao final dos diálogos, o mercado realmente conseguirá apresentar uma solução técnica e financeiramente viável.



Riscos que não recaem apenas sobre o insucesso de não se encontrar uma solução pretendida, mas também sobre os investimentos feitos pela empresa vencedora na fase dos diálogos, a qual, após um custoso detalhamento de peças técnicas, pode vir a perder na fase competitiva, e não ter direito a qualquer ressarcimento pelo trabalho que realizou.

Some-se a isso que o segredo industrial das dialogantes perdedoras deverá ser resguardado pela administração até mesmo das demais concorrentes, cujo vazamento de informações poderá ocasionar prejuízos às empresas, com sérias consequências para a administração, e notadamente para os servidores que compõem a comissão de contratação.

Art. 32, XI - o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão;

CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

A Lei nº 14.133/2021 não mais trata a forma de julgamento das propostas como “tipos de licitação”, como acontecia no art. 45, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, que referenciava o menor preço, melhor técnica, técnica e preço e o maior lance ou oferta.

Agora, de forma mais técnica, define como critérios de julgamento: o conteúdo artístico e o maior retorno econômico, além daqueles acima citados.

Art. 33. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios:

- I - menor preço;
- II - maior desconto;
- III - melhor técnica ou conteúdo artístico;
- IV - técnica e preço;
- V - maior lance, no caso de leilão;
- VI - maior retorno econômico.

Além do critério **maior retorno econômico**, próprio para firmar **contratos de eficiência**, outra novidade da lei é a possibilidade, quando do julgamento por menor preço, maior desconto ou técnica e preço, a administração considerar o **menor dispêndio**. Para tanto, o edital deve estabelecer parâmetros, considerando, entre outros aspectos, custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental.

No julgamento das propostas deve, ainda, ser considerado:

- a) **direito de preferência** quando em igualdade de condições o objeto deva ser adjudicado a Microempresa ou Empresa de pequeno porte, observada a LC 123/2006, ou àquele que ocupa o imóvel licitado, como definido no art. 77;
- b) **margem de preferência** observados os requisitos do art. 26, neste caso, poderá haver adjudicação em favor de licitante que não ofertou o menor preço.

A disputa pode ser aberta, caracterizada pela oferta de lances em sessão pública; fechada, quando o valor da proposta não é objeto de lances; ou, ainda, uma combinação das duas formas de disputas - aberta/fechada ou fechada/aberta.

Destaque-se que é vedada a utilização isolada do modo de disputa fechado quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto e o modo de disputa aberto não pode ser utilizado quando for adotado o critério de julgamento de técnica e preço.

A escolha do critério **técnica e preço** para julgamento está condicionada a contratação de:

- I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado;
- II - serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;
- III - bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação;
- IV - obras e serviços especiais de engenharia;
- V - objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.

Quando se adotar o critério de maior retorno econômico será considerada a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato, ou seja, combinar-se-á a economia proposta e a taxa a ser cobrada pelo futuro contratado para verificar qual será o **maior retorno (ou economia) a ser alcançada pela administração.**

PRAZOS E FORMAS DE DIVULGAÇÃO DOS EDITAIS

Todos os atos exigidos pela Lei 14.133/2021 **devem ser divulgados no Portal Nacional das Contratações Públicas (PNCP)**, logo, primariamente, os editais, em seu inteiro teor, e respectivos anexos **devem ser divulgados no PNCP** e, adicionalmente, o **aviso de edital** deve ser veiculado na Imprensa Oficial e em Jornal de Grande Circulação e, **os municípios, até 31/12/23**, ainda devem efetivar publicação do aviso de edital em Jornal Local.

Tudo sem prejuízo, em atenção à Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.257/2011), das divulgações no sítio eletrônico do ente, órgão ou entidade, como forma de atender a obrigação quanto à Transparência Ativa - art. 8º, Lei de Acesso à Informação (LAI).

Entre a abertura da sessão inaugural da licitação e a divulgação do edital e de seu aviso deve transcorrer o prazo mínimo de:

- a) **8 dias úteis**, quando a licitação se destinar a aquisição de bens comuns, adotando-se como critério de julgamento o menor preço ou o maior desconto;
- b) **10 dias úteis**, quando a contratação envolver serviços comuns ou obras e serviços comuns de engenharia e critério de julgamento menor preço ou maior desconto;
- c) **15 dias úteis**, para os Leilões;
- d) **25 dias úteis**, quando o critério de julgamento for menor preço ou maior desconto e o objeto a contratar for obras e serviços de engenharia especiais;
- e) **35 dias úteis**, para licitações que adotem critério de julgamento melhor técnica, técnica e preço, ou, melhor conteúdo artístico ou, finalmente, o regime da futura contratação for a **semi-integrada e para as situações que não se enquadrem em nenhum dos demais prazos mínimos**;
- f) **60 dias úteis**, quando a futura contratação adotar o regime de execução integrado.

Qual deve ser o prazo mínimo a observar para licitar uma obra? O que são obras especiais?

Conforme já detalhado em tópico anterior, e por absurdo que pareça, a Lei 14.133/2021 criou uma dificuldade inexistente, pois, **sem conceituar o que seria uma OBRA ESPECIAL**, definiu dois prazos mínimos para a publicação do edital de Concorrência para a contratação de uma obra: **10 dias úteis**, se for uma Obra Comum; e, **25 dias úteis**, se for uma Obra Especial.

A bibliografia técnica **não estabelece com clareza o que seria uma obra especial de engenharia**, o próprio Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas ao enfrentar o tema concluiu não existir uma solução definitiva e segura para a questão.

Sem a intenção de esgotar o assunto, parece-nos que a única possibilidade segura para utilização do prazo de **10 dias úteis** em licitações para contratação de obras pode ocorrer quando o próprio ETP demonstrar ser possível dispensar a elaboração de “projetos”, conforme previsto no art. 18, § 2º, que diz:

3º Em se tratando de estudo técnico preliminar para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos.

Diante do exposto no dispositivo acima, parece-nos claro que estaríamos diante de uma “obra” comum (simples) ao ponto de poder ser especificada completamente por meio de um Termo de Referência ou “projeto falado”.

Para todas as demais situações, recomenda-se adotar o prazo maior, **25 dias úteis**, pois, ampliar o prazo de publicidade implica na possibilidade de ampliar o rol de interessados.

Mesmo se dispensada a elaboração de projeto na fase preparatória da licitação de obras ou serviço de engenharia, **não se dispensa a competente Anotação de Responsabilidade Técnica junto ao Conselho de Classe.**

COMO PUBLICAR NO PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS?

Segundo a Lei nº 14.133/2021:

Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à:

I - **divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei;**

II - realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.

§ 1º O PNCP será gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, a ser presidido por representante indicado pelo Presidente da República e composto de:

(...)

§ 2º O PNCP conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das contratações:

I - planos de contratação anuais;

II - catálogos eletrônicos de padronização;

III - editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos;

IV - atas de registro de preços;

V - contratos e termos aditivos;

VI - notas fiscais eletrônicas, quando for o caso.

Se o PNCP é o “local” onde todos os atos e respectivos documentos que os formalizam devem estar divulgados, independente de quem seja o órgão ou entidade pública que os pratica, a questão central é “**como publicar no PNCP**”? A resposta:

O PNCP é um portal que centraliza as informações sobre licitações e contratos a partir de sítios oficiais eletrônicos e plataformas que processam dados sobre contratações públicas, a exemplo dos Portais de Transparência dos órgãos e entidades e das plataformas de realização de certames eletrônicos.

A alimentação de informações no PNCP se dá a partir da integração, via API (Application Programming Interface), com os referidos sítios eletrônicos. Ou seja, os usuários não alimentarão as informações diretamente no PNCP, mas sim nos respectivos sítios eletrônicos oficiais dos órgãos e entidades públicos e das plataformas de licitações eletrônicas, de modo que, mediante API, tais dados e arquivos serão integrados ao PNCP.

Dessa forma, os órgãos e entidades públicos de todas as esferas federativas **deverão adotar as providências necessárias para**

estruturar a integração, via API, de seus respectivos sítios eletrônicos com o PNCP.

Da resposta acima, pode-se dizer:

- a) não há forma de órgão ou entidade acessar o PNCP e “subir” (publicar) diretamente um documento gerado em PDF, .doc, .txt etc., a publicação não é documento a documento nem de forma **manual**;
- b) todos documentos gerados por órgão ou entidade pública em cumprimento às normas da Lei 14.133/2021 devem ter seus “dados” transmitidos por interação máquina a máquina, via API, segundo **padrões e formatos definidos pelo Comitê Gestor do PNCP**;
- c) se o órgão ou a entidade não possui sistema eletrônico para processar suas contratações precisará desenvolver mecanismos de extração e transmissão de dados de acordo com as especificações contidas no Manual de Integração ao PNCP²¹;
- d) sem a integração - uso da API - **não haverá publicação no PNCP** e, neste caso, **os procedimentos não atenderão aos preceitos e requisitos de publicidade e divulgação exigidos pela Lei 14.133/2021.**

Atualmente, há 110 (cento e dez portais) - públicos ou privados - **já integrados ao PNCP**, a relação completa e atualizada em tempo real pode ser consultada em <https://www.gov.br/pncp/pt-br/pncp/portais-integrados-ao-pncp> .



Nome	CNPJ	Data de Inclusão no PNCP
COMPRAS.GOV.BR	00.394.460/0001-41	05/08/2021
AZ INFORMATICA LTDA	24.598.492/0001-27	09/08/2021
BLL COMPRAS	10.508.843/0002-38	09/08/2021
BOLSA BRASILEIRA DE MERCADORIAS - BBMNET LICITAÇÕES	05.342.088/0001-43	09/08/2021
BOLSA NACIONAL DE COMPRAS - BNC	25.099.967/0001-01	09/08/2021

Fonte: PNCP - <https://www.gov.br/pncp/pt-br/pncp/portais-integrados-ao-pncp> .

TODOS ESTÃO OBRIGADOS A UTILIZAR O PNCP?

Tanto o Tribunal de Contas da União quanto o Tribunal de Contas do Estado da Paraíba já enfrentaram esta questão em sede de CONSULTAS e, ambos, esclareceram os respectivos Jurisdicionados que, ressalvadas as hipóteses definidas na própria Lei 14.133/2021, **todos o entes e respectivos órgãos e entidades DEVEM UTILIZAR O PNCP como meio de DIVULGAÇÃO de todos os atos exigidos pela própria Lei.**

²¹<https://www.gov.br/pncp/pt-br/integre-se-ao-pncp/manual-de-integracao>

QUAIS HIPÓTESES DISPENSAM A UTILIZAÇÃO DO PNCP?

Prevendo possível dificuldade técnica por parte das pequenas comunas, a Lei nº 14.133/2021 **facultou aos municípios com até 20.000 habitantes** prazo até 31/03/2027 para cumprimento da obrigação de publicar no PNCP. Na Paraíba, por exemplo, este número representa pouco mais de 180 dos 223 municípios.

Enquanto não adotarem o PNCP, esses municípios deverão, obrigatoriamente, divulgar em Diário Oficial os documentos que deveriam publicar no citado portal, conforme disposições expressas da LEI e a manter **cópia física de inteiro teor de seus editais e respectivos anexos** a disposição de eventuais interessados.

As disposições da Lei 14.133/2021, por certo, **não revogaram o dever de disponibilizar os documentos relacionados a contratações públicas em sítio eletrônico de acesso público para atender as exigências da Lei de Acesso à Informação.**

Por oportuno, registre-se que o Tribunal de Contas do Estado da Paraíba **cobrar**á total integração ao PNCP a todos os municípios, independentemente da população, **que fazem uso de plataformas já integradas ao Portal Nacional de Contratações Públicas, por entender que o uso de tais sistemas implica na ADESÃO ao PNCP**, neste contexto, “tocar no PNCP” terá o sentido do “Toque de Midas”²², ou seja, usou uma vez, **significa que aderiu e neste contexto abriu mão do prazo até 31/03/2027 para utilizar o PNCP.**

Os diversos Sistemas do Governo Federal já estão integrados ao PNCP e podem ser gratuitamente utilizados por qualquer órgão ou entidade pública, assim sendo, as dificuldades técnicas ou financeiras para uso do PNCP **estão eliminadas ou, no mínimo, mitigadas.**

²² Da mitologia grega, Midas era um Rei que teve um desejo concedido pelo deus Dionísio, e tudo que ele tocava se transformava em ouro.

LICITAÇÕES ELETRÔNICAS

O art. 12, inciso IV, da Lei nº 14.133/2021 estabelece que os atos do processo licitatório serão preferencialmente digitais, na mesma linha, segundo art. 17, § 2º, com a preferência de sessões realizadas na forma eletrônica. Diga-se que não se trata de opção discricionária, entre realizar eletronicamente ou presencialmente os certames, mas que a escolha por continuar com a forma antiga requer exposição de justificativas técnicas plausíveis.

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte: (...)

VI - os atos serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados **por meio eletrônico**;

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: (...)

§ 2º As licitações serão realizadas **preferencialmente sob a forma eletrônica**, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

Ressalte-se, ainda, que a NLLC enfatiza, como regra, que o **processo de licitação** e não apenas a fase externa da licitação, como era no pregão eletrônico, deve ser eletrônico, desde a formulação da demandas até a homologação e durante a execução do futuro contrato os atos devem ser registrados em autos eletrônicos, o que exige incorporar ao dia-a-dia da administração os conceitos de Governo Digital²³.

Desde 2017, o TCU²⁴ tem recomendado ao Governo Federal implementar ações de Governo e Governança Digital e foi neste cenário que se desenvolveram os debates que levaram à aprovação da Lei nº 14.133/2021.

A realidade dos municípios brasileiros é, portanto, desafiada pela nova lei de licitações, o que justifica o longo prazo de 06 (seis) anos dado pela Lei nº 14.133/2021 para que cidades com até 20.000 (vinte mil) habitantes se enquadrem às exigências de processamento eletrônico e uso do PNCP.

Art. 176. Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento: (...)

III - das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial.

²³<https://www.gov.br/governodigital/pt-br>

²⁴Acórdão 1469/2017 - Plenário

O que não significa dizer que se deve aguardar até a proximidade do final deste prazo para que medidas de implantação eletrônica sejam adotadas na área das contratações públicas por todos os entes brasileiros.

Cite-se, como exemplo, que o próprio PNCP é o meio oficial de publicidade dos atos da Lei nº 14.133/2021, notadamente pelo Governo Federal, com alta possibilidade de que seja de uso obrigatório quando da utilização de recursos decorrentes de transferências voluntárias. E, como já apontado, para “uso” do PNCP se faz necessário **desenvolver recursos computacionais para permitir a publicação dos atos exigidos pela LEI 14.133/2021 no citado portal.**

Além disso, deve-se atentar para o fato de que a Lei nº 14.133/2021 permite que os demais entes federados continuem a utilizar plataformas privadas para a realização de licitações na forma eletrônica, desde que essas estejam integradas ao Portal Nacional de Contratações Públicas, até mesmo como forma de permitir que as publicações sejam realizadas, já que a comunicação que se faz é “máquina a máquina” (*Machine to Machine* - M2M).

Art. 175. Sem prejuízo do disposto no art. 174 desta Lei, os entes federativos poderão instituir sítio eletrônico oficial para divulgação complementar e realização das respectivas contratações.

§ 1º Desde que mantida a integração com o PNCP, as contratações poderão ser realizadas por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado, na forma de regulamento.

Observar também que a realização de licitações na forma eletrônicas reflete até mesmo nas aquisições de pequenos valores (art. 75, incisos I e II), em caminho sem volta, que visa democratizar o acesso às contratações públicas, que não poderiam continuar no fantasioso cenário de 03 (três) envelopes distintos com propostas de fornecedores.

Art. 75, § 3º As contratações de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo serão preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa.

Diga-se que a evolução que já se apresenta no cenário das contratações públicas brasileiras, em grande parte motivado pela Lei nº 14.133/2021, é tamanha que as aquisições de pequeno valor podem ser feitas em verdadeiro “preguinho”, inclusive com cadastramento de interessados e disputas em aplicativo de celular, a exemplo daquele já em utilização pelo Governo Federal²⁵.

²⁵<https://www.gov.br/compras/pt-br/sistemas/conheca-o-compras/aplicativo-compras>

PROCEDIMENTOS AUXILIARES

Os procedimentos auxiliares são preparatórios para a realização de futura licitação, e conforme exigido pela Lei nº 14.133/2021, devem ser regulamentados, inclusive o credenciamento, que é uma das hipóteses de inexigibilidade de licitação (Art. 74, inciso IV).

Art. 78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:

- I - credenciamento;
- II - pré-qualificação;
- III - procedimento de manifestação de interesse;
- IV - sistema de registro de preços;
- V - registro cadastral.

§ 1º Os procedimentos auxiliares de que trata o caput deste artigo obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento.

CREDENCIAMENTO

Apesar de ter sido positivado apenas e tão somente só na Lei nº 14.133/2021, o Credenciamento tem sido utilizado há bastante tempo, especialmente no âmbito do SUS, e acatado por meio de reiteradas decisões dos Tribunais de Contas. Justamente por este motivo que alguns defendem ser desnecessário regulamentar, já que era utilizado até mesmo sem que a Lei o definisse. Defendemos, contudo, a literalidade do art. 78, § 1º, que exige a regulamentação.

No inciso IV do art. 74, a Lei nº 14.133/2021 diz ser possível a contratação por inexigibilidade de licitação de objetos que **possam ou devam** ser contratados por meio de **credenciamento**.

Quanto ao **devam ser contratado por meio de credenciamento**, parece claro que se a melhor forma de atender o interesse público é a contratação de objeto por credenciamento, a licitação é inviável e, por via de consequência, a **inexigibilidade se impõe**.

O que dizer, no entanto, **quanto à expressão “possam ser contratados por meio de credenciamento”**, pois se é uma possibilidade não estaria demonstrada a inviabilidade de licitar e, nos termos do *caput* do art. 74, não seria caso de **inexigibilidade**. Será? Há situações em que a licitação ou competição não é inviável, mas, a realização de licitação não é o meio mais adequado para atender o interesse público.

Um exemplo clássico, atualmente, é a compra de passagens aéreas, dado aos avanços tecnológicos, há meios de cotação de preços eletrônicos que não se coadunam

com o processamento próprio e tradicional da administração, para aproveitar as vantagens do funcionamento atual do mercado de passagens aéreas, a administração precisa fazer uso das ferramentas digitais disponíveis para uso, **como fazer isso sem violar os preceitos básicos do direito administrativo?**

Se houvesse um meio de assegurar igualdade de condições de oferta para todos os interessados em fornecer passagens aéreas, assegurando que tais sujeitos atendem a requisitos mínimos de qualificação previamente estabelecidos, o problema estaria resolvido.

Pois bem, o **credenciamento** é tal procedimento, anterior à própria contratação, que soluciona a demanda de interesse público sem violar os princípios básicos da administração.

No âmbito da contratação de serviços de saúde para **complementar a oferta e atender à demanda da população**, o interesse coletivo será melhor atendido quanto maior for o número de interessados aptos a contratar e fornecer tais serviços, outra situação em que o **credenciamento** se mostra a mais **adequada solução e, portanto, cabível para fins de inexigibilidade..**

O art. 78, diz:

Art. 78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:

I - **credenciamento**;

(...)

§ 1º Os procedimentos auxiliares de que trata o caput deste artigo **obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento.**

§ 2º **O julgamento** que decorrer dos procedimentos auxiliares das licitações previstos nos incisos II e III do caput deste artigo **seguirá o mesmo procedimento das licitações,**

Procedimento auxiliar **não é licitação**, às vezes sua utilização precede um procedimento licitatório ou de contratação direta, como é o caso do credenciamento; da pré-qualificação; do procedimento de manifestação de interesse; e do registro cadastral;

Já o REGISTRO DE PREÇOS é **precedido de uma licitação - pregão ou concorrência** - do qual resulta uma ATA DE REGISTRO DE PREÇOS que será utilizada em futuras contratações.

Quanto ao credenciamento, a Lei nº 14.133/2021 estipula que:

a) hipóteses de contratação onde pode ser aplicado (art. 79, incisos I a II):

- i) paralela e não excludente - forma clássica do credenciamento, quando todos os interessados que atendem aos requisitos do edital serão credenciados e contratados;

- ii) com seleção a critério de terceiros, quando os credenciados são demandados por terceiros (usuários) para fornecimento de bens ou serviços, custeados pela administração - como exemplo: a oferta de exames especializados por clínicas credenciadas em que o usuário do SUS escolhe a clínica em que realizará o procedimento; e,
- iii) em mercados fluidos, quando a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação, exemplo do que acontece no mercado de passagens aéreas.

b) condições que devem estar presentes no regulamento do credenciamento:

- i) divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, inclusive PNCP;
- ii) manutenção do edital divulgado e aberto a novos interessados durante toda a vigência do credenciamento;
- iii) quando não for possível a contratação direta de todos os interessados, o edital deve estabelecer de que modo se dará a demanda por credenciado;
- iv) no credenciamento para contratação paralela ou por seleção de terceiros, o edital deve fixar os limites de contratação por credenciado;
- v) só com expressa autorização da administração o objeto do credenciamento poderá ser executado por terceiro não credenciado;
- vi) no caso de mercado fluidos, a administração deverá estabelecer o mecanismo que utilizará para registrar as cotações de mercado no momento de cada contratação;
- vii) o edital deve fixar prazos para que qualquer das partes - administração e/ou credenciados - possa exercer o direito de desistência (denúncia) quanto ao credenciamento.

Sabido que, em geral, **os preços ofertados no mercado de bens e serviços variam ao longo do tempo**, tal fato autoriza a utilização do credenciamento para a contratação de bens e serviços de uso comum e corrente da administração, como gêneros alimentícios; peças de reposição; material para reparos e manutenção de bens imóveis; serviços de manutenção; pneus etc.?

Sabendo-se que o credenciamento **leva à inexigibilidade** e que tal não deve ser a regra das contratações públicas, pois, **licitar é a regra**, a resposta é que o credenciamento não deve ser utilizado para contratações comuns e corriqueiras, onde o planejamento adequado ou a utilização do Registro de Preços pode adequadamente suprir as necessidades da administração.

Neste sentido a resposta dada pelo Tribunal de Contas de Minas Gerais sobre uso do Credenciamento, afirmando que só em situações peculiares e onde se demonstre a adequação do procedimento como a melhor forma de atender o interesse público se pode utilizar o credenciamento.

CONSULTA TCE-MG. PROC. 1120202. 07/06/2023. (...), deve-se verificar a licitude de adquirir bens de consumo comuns ao argumento de que alguns sofrem oscilações constantes de preço, o

que justificaria a sua inclusão na categoria de mercados fluidos. Saliente-se que o consulente não se valeu da expressão “bens de consumo”, referindo-se a “material de consumo em geral”, e ofereceu exemplos: medicamentos, material hospitalar, alimentos, material de construção, peças automotivas, pneus e combustível. (...) Pelo exposto, conclui-se que, por via de regra, o credenciamento não poderá ser utilizado para a contratação de bens e serviços comuns. Entretanto, em situações específicas e excepcionais, em que seja demonstrada a vantagem de seu uso e a verificação de alguma das três hipóteses previstas no art. 79 da Lei n. 14.133/2021, o procedimento auxiliar poderá ser utilizado.

Positivar regras sobre o credenciamento é uma das bem vindas inovações da NLLC, que trará maior segurança jurídica no emprego de tal procedimento para justificar a inexigibilidade de contratações que devam ou possam ser feitas por meio desse instrumento, quando justificado e objetivamente demonstrado ser a melhor forma de atender o interesse público.

PRÉ-QUALIFICAÇÃO

A pré-qualificação de fornecedores para participar de uma dada concorrência não é novidade, sobre tal hipótese a Lei nº 8.666/1993 assim prescreve:

Art. 114. O sistema instituído nesta Lei não impede a **pré-qualificação de licitantes nas concorrências**, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende **análise mais detida da qualificação técnica dos interessados**.

§ 1º A adoção do procedimento de pré-qualificação será feita mediante proposta da autoridade competente, aprovada pela imediatamente superior.

§ 2º Na pré-qualificação serão observadas as exigências desta Lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação.

A NLLC além de não restringir o uso da **pré-qualificação** antes de uma futura Concorrência, autoriza, ainda, seu uso para pré-qualificar **bens**, disciplinando este instrumento auxiliar do modo seguinte:

Art. 80. A pré-qualificação é o procedimento técnico-administrativo para selecionar previamente:

I - **licitantes** que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos;

II - **bens** que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração.

O regulamento a ser editado para reger a pré-qualificação deve observar:

- a) em relação a licitantes, o edital **poderá** dispensar a apresentação de documentos que já constem de **registro cadastral**;
- b) quando relacionados a bens, o edital **poderá exigir prova de qualidade**, nos termos definidos no art. 42 da NLLC;
- c) quanto, ao procedimento que este deve permanecer **permanentemente aberto** para quaisquer interessados;
- d) o prazo máximo para que a Comissão avalie os documentos apresentados, não superior a dez dias;
- e) o edital deve definir a modalidade da futura licitação, os critérios de julgamento, a forma de disputa e outras características;
- f) o prazo máximo da pré-qualificação é de um ano ou até a validade dos documentos apresentados, o que ocorrer antes;
- g) os licitantes e os bens pré-qualificados serão obrigatoriamente divulgados e mantidos à disposição do público;
- h) bens e os serviços pré-qualificados deverão integrar o catálogo de bens e serviços da Administração;
- i) a pré-qualificação poderá ser
 - i) realizada em grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores.
 - ii) parcial ou total, com alguns ou todos os requisitos técnicos ou de habilitação necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes
- j) a licitação que se seguir a **pré-qualificação** poderá ser restrita a licitantes ou bens pré-qualificados.

O catálogo de bens pré-qualificados não se confunde com o Catálogo Eletrônico de Produtos (CEP). enquanto o CEP tem caráter permanente e será utilizado para especificar bens em procedimentos licitatórios, o catálogo de bens pré-qualificados tem vigência de um ano e serve para as licitações de bens que ocorrerem durante sua vigência.

PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

Semelhantemente ao que acontece no Diálogo Competitivo - DC, o Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI também envolve um chamamento público de interessados em colaborar com o Poder Público para o desenvolvimento de soluções inovadoras, que requeiram a maior expertise disponível no mercado privado.

A diferença é que o DC já envolve a contratação por inteiro de obras, serviços e compras (Art. 6º, XLII), ao passo em que o objeto do PMI é realização de estudos,

investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública (Art. 81).

Trata o PMI, portanto, de preparação para a realização de uma futura licitação, que inclusive pode não acontecer, por ser esta uma decisão discricionária do gestor, conforme previsto no art. 81, § 2º, inciso II.

Diferentemente, no DC, não há previsão da opção de continuar ou ser abortada a contratação, durante, ou ao final dos diálogos com a iniciativa privada, salvo motivos supervenientes de relevância pública.

Outra diferença é que o PMI prevê que o edital de chamamento já atribua o valor devido para o ressarcimento de valores envolvidos na elaboração da solução inovadora, que será devida pelo vencedor da licitação, caso venha a ser realizada, vedada, em qualquer hipótese, a cobrança de valores ao poder público (Art. 81, § 2º, inciso III e IV).

No DC, os que manifestarem interesse no chamamento público em dialogar com a administração, aceitam participar da construção de uma solução inovadora com o risco de não receberem qualquer tipo de remuneração, e se não for o vencedor na fase competitiva, inclusive ver o seu concorrente executar o objeto da contratação por ele proposto.

A única vantagem no DC é que a licitação será restrita aos licitantes pré-selecionados do diálogo (Art. 32, § 1º, VIII), o que não acontece no Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI, que não assegura, ao realizador da solução inovadora o direito de preferência no futuro processo licitatório (Art. 81, § 2º, inciso I).

O PMI previsto na Lei nº 14.133/2021, seguramente, pode vir a ser utilizado para encontrar soluções que envolvam concessões de serviços públicos, a exemplo da exploração particular de áreas privadas para estacionamento, pois a Lei nº 8.987/1995, estabelece o ressarcimento pelos estudos, mas não detalha o procedimento.

Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

Coube ao Decreto Federal nº 8.428/2015 dispor acerca do Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela administração pública.

Acontece que a redação do art. 1º, do Decreto Federal nº 8.428/2015, foi posteriormente alterada com restrição do PMI na estruturação de desestatização de empresa e de contratos do Programa de Parcerias de Investimentos - PPI.

~~Art. 1º Este Decreto estabelece o Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a administração pública na estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-privada, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso.~~

Art. 1º Este Decreto estabelece o Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a administração pública na estruturação de desestatização de empresa e de contratos de parcerias, nos termos do disposto no § 2º do art. 1º da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016. (Redação dada pelo Decreto nº 10.104, de 2019)

Portanto, o Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI previsto na Lei nº 14.133/2021, desde que regulamentado por ente da federação, reestabelece a possibilidade de estudos para subsidiar a realização de licitações que tenham como objeto a concessão de serviços públicos.

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

O art. 15 da Lei nº 8.666/1993 apenas estabeleceu que as compras, sempre que possível, deveriam ser realizadas, na modalidade Concorrência, no Sistema de Registro de Preços - SRP regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, e com validade não superior a um ano.

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: (...)

II - ser processadas através de sistema de registro de preços; (...)

§ 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

I - seleção feita mediante concorrência²⁶; (...)

III - validade do registro não superior a um ano.

Já se abria, naquela oportunidade, espaço para que os entes federados regulamentassem diferentemente o SRP, mas o que se observou ao longo dos anos foi a reprodução das disposições do Decreto Federal nº 3931/2001²⁷ nas normais locais, que

²⁶ Pregão com SRP passou a ser previsto no art. 11 da Lei nº 10.520/2002.

²⁷ Posteriormente revogado pelo Decreto nº 7.892/2013

inicialmente regulamentou o SRP no âmbito da Administração Federal e, ousadamente, foi muito além daquilo que, em linhas, estabeleceu o art. 15, da Lei nº 8.666/1993, a exemplo de criar a figura da adesão tardia, também conhecida como “carona”.

Art. 8º A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem.

De forma mais técnica, considerando que decretos não podem inovar no ordenamento jurídico, mas apenas detalhar aquilo que a Lei já estabeleceu, o art. 86, § 2º, da Lei nº 14.133/1993, de forma expressa, estabeleceu a possibilidade de adesões a Atas de Registro de Preços - ARP, mas com restrições entre municípios.

Art. 86, § 3º A faculdade conferida pelo § 2º deste artigo [CARONA] estará limitada a órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal que, na condição de não participantes, desejarem aderir à ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciadora federal, estadual ou distrital.

Para que não se diga que se trata de uma interpretação isolada do dispositivo acima, registre-se que a Medida Provisória nº 1.167/2023, que prorrogou a revogação das Lei nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 (Pregão) e nº 12.462/2011 (RDC), recebeu 30 (trinta) propostas de Emendas Parlamentares, e uma delas trata exatamente da questão em tela. Vale transcrever trecho do relatório produzido pela Comissão Mista²⁸.

A Emenda nº 4 permite que órgãos municipais adiram, como “caronas”, a atas de registro de preços do mesmo ou de outro Município, desde que elas tenham sido precedidas de certame. O **legislador parece ter cometido um lapso, ao não prever essa possibilidade**. De acordo com o § 3º de seu art. 86, a adesão somente pode ocorrer relativamente a atas federais, estaduais ou distritais. É compreensível que ao ente maior não seja dado aderir a ata de registro de preços do ente menor (a União em relação a todos os outros entes e os Estados em relação aos Municípios). A Lei inclusive positivou, no § 8º do mesmo artigo, o entendimento do TCU a respeito da impossibilidade de participação da União, como carona, em atas de registro de preços de outros entes. **No entanto, nada justifica vedar a adesão de órgãos e entes municipais a atas de registro de preços do próprio ou de outro Município, ainda mais com a exigência, feita pela Emenda nº 4, de que ela tenha sido precedida de licitação. Por isso, somos pela aprovação da referida Emenda.**

²⁸<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/156662>

As vantagens do Sistema de Registro de Preços - SRP são bem conhecidas, dentre as quais se destaca que a comprovação da dotação orçamentária se faz necessária apenas na ocasião da contratação, principalmente, evitar a formação de estoques, considerando que os fornecimentos podem ser atendidos “sob demanda” das unidades administrativas.

Por sua vez, as desvantagens do SRP também se ressaltam, sobretudo, quando afastar o mandamento constitucional que tem a Licitação como regra (Art. 37, XXI), pois é notório o mau uso de ARP em prática conhecida como “barriga de aluguel”, no qual os quantitativos são artificialmente inchados para permitir o cada vez mais crescente comércio “porta a porta” de atas, potencializado ao se permitir adesões entre diferentes entes federados.

Essa prática, se não estiver adequadamente motivada na necessidade real dos participantes, eleva artificialmente o volume licitado na ata, possibilitando maior número de adesões e permitindo à empresa vencedora a comercialização livre de seus produtos com os diversos órgãos da Administração Pública sem licitar, prática popularmente conhecida como “barriga de aluguel”. (Acórdão TCU nº 2129/2021 - Plenário)

O descontrole da ARP, por parte de alguns maus gerenciadores, também contribuem para o exponencial crescimento dos quantitativos previstos na ata, no raciocínio de que o gerenciamento terminaria na homologação do procedimento, e a partir deste ponto cada unidade administrativa passa a ser responsável pela execução contratual, em conveniente pulverização que sabidamente fragiliza as ações de fiscalização. Diga-se que agora o desenvolvimento de rotinas de controle é obrigatório!

Art. 82, § 5º, III - desenvolvimento obrigatório de rotina de controle;

Além disso, com fins de combater a “barriga de aluguel”, a Lei nº 14.133/2021 avança ao criar a Intenção de Registro de Preços - IRP, com o objetivo de determinar a estimativa total de quantidades da contratação, cuja única exceção legal é quando o gerenciador for o único contratante.

Art. 86. O órgão ou entidade gerenciadora deverá, na fase preparatória do processo licitatório, para fins de registro de preços, realizar procedimento público de intenção de registro de preços para, nos termos de regulamento, possibilitar, pelo prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis, a participação de outros órgãos ou entidades na respectiva ata e determinar a estimativa total de quantidades da contratação.

§ 1º O procedimento previsto no caput deste artigo será dispensável quando o órgão ou entidade gerenciadora for o único contratante.

Quanto à publicidade, tanto da Intenção de Registro de Preços - IRP quanto da própria Ata de Registro de Preços - ARP, entendemos que deverá acontecer no Portal

Nacional de Contratações Públicas - PNCP, eleito na Lei nº 14.133/2021 como o veículo de publicização dos seus atos.

Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à:

I - divulgação centralizada e **obrigatória dos atos** exigidos por esta Lei; (...)

§ 2º O PNCP conterá, **entre outras**, as seguintes informações acerca das contratações: (...)

IV - atas de registro de preços;

Por fim, no que toca à autonomia dos contratos em relação a Ata de Registro de Preços, observa-se que a Lei nº 14.133/2021 reforça esse entendimento, que surge no art. 4º, § 1º, do Decreto Federal nº 3931/2001²⁹, mas foi acolhido pela jurisprudência dos Tribunais de Contas.

Art. 84. O prazo de vigência da ata de registro de preços será de 1 (um) ano e poderá ser prorrogado, por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso.

Parágrafo único. O contrato decorrente da ata de registro de preços terá sua vigência estabelecida em conformidade com as disposições nela contidas.

O raciocínio é que a vigência deste tipo de contrato deve ser estabelecida na minuta da própria ata, parte integrante dos anexos do edital, desde que respeite os limites estabelecidos no art. 105 e art. 106, nos casos de serviços e fornecimentos contínuos.

Art. 105. A duração dos contratos regidos por esta Lei será a prevista em edital, e deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro.

Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes:

²⁹ Art. 4º, § 1º Os contratos decorrentes do SRP terão sua vigência conforme as disposições contidas nos instrumentos convocatórios e respectivos contratos, obedecido o disposto no art. 57 da Lei no 8.666, de 1993. (Redação dada pelo Decreto nº 4.342, de 23.8.2002)

REGISTRO CADASTRAL

A NLLC impõe que todos os entes e respectivos órgãos e entidades utilizem o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento - art. 87, *caput*.

Art. 87. Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública **deverão** utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento.

Acontece que, até o presente momento, não está disponibilizado no PNCP o Cadastro Unificado, o que impossibilita seu uso por parte dos licitadores ou contratantes.

Em razão do fato acima, ainda não é possível:

- a) realizar licitação restrita a fornecedores cadastrados;
- b) dispensar os registros cadastrais existentes;
- c) registrar no PNCP o **desempenho do fornecedor na execução de contratos e utilizar tal informação nos processos de contratação;**
- d) exigir prova de registro no Cadastro Nacional Unificado em contratações públicas.

A Advocacia Geral da União e a Controladoria Geral da União, no Parecer n. 000002/2021/CNMLC/CGU/AGU³⁰, assim se pronunciaram:

2.3 Da possibilidade de uso do Registros Cadastrais não-unificados para os fins do art. 70, II, da nova lei

48. Desta forma, o registro cadastral é um repositório de dados dos interessados em contratar com a Administração, que submetem, previamente à gestora do cadastro, os documentos habilitatórios previstos em lei, para serem utilizados quando da realização de uma licitação posterior, independentemente, pois, da participação imediata em um específico certame.

49. É importante esclarecer que não existe apenas um registro cadastral, mas vários. Como exemplo, temos o CAUFESP, o CAGEF-MG, o CADFOR-MA e tantos outros. O SICAF - Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores, possivelmente o mais conhecido, é apenas um dos registros cadastrais existentes. (...)

³⁰<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-agu-aplicabilidade-lei-14.13321.pdf>

56. Vê-se, pois, que o registro cadastral unificado de que trata a lei não é o registro cadastral, mas um registro cadastral dentre tantos existentes.

57. Dito isso e pela própria redação legal contida no artigo 70, II, a inexistência do registro cadastral unificado não é empecilho para a habilitação prévia de interessados, que poderão se utilizar de outros cadastros já existentes.

58. Veja-se que, embora o artigo 87 da Lei nº 14.133/2021 determine que “os órgãos e entidades da Administração Pública deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes”, isso não impede a coexistência simultânea de outros cadastros oficiais.

A posição acima expressada deve ser considerada como orientação válida aos Jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba até que sobrevenha a efetiva implementação do **registro cadastral unificado** a ser disponibilizado no PNCP, como preconizado na Lei 14.133/2021 - art. 87.

OUTRAS INOVAÇÕES PONTUAIS

Apenas pontuando, dez outras importantes inovações da Lei:

- a) a regra de que os contratos têm vigência adstrita à dos créditos orçamentários e, portanto, o prazo dos contratos, em geral, encerrar-se-iam em 31 de dezembro do ano em que foram pactuados - conforme art. 57 da Lei 8.666/1993, **é substituída pela REGRA de que o EDITAL DEFINIRÁ O PRAZO DA FUTURA CONTRATAÇÃO** - art. 105, NLLC - devendo observar a motivação contida no ETP;
- b) além de serviços contínuos, o contrato poderá contemplar o **fornecimento contínuo**, aplicando-se a ambos objetos os mesmos prazos contratuais - vigência inicial de até cinco anos e prorrogação por mais cinco anos, totalizando 10 (dez) anos;
- c) em regra, a validade e eficácia dos contratos **só ocorre após a divulgação no PNCP**;
- d) exigência de observar **a matriz de risco** nos procedimentos de **reequilíbrio econômico-financeiro das avenças**;
- e) distinção entre reajustamento e repactuação de valores contratados;
- f) estabelecimento em LEI da possibilidade de Adesão a Atas de Registro de Preços, assegurando maior garantia e segurança jurídica aos procedimentos de adesão **anteriormente previstos apenas em Decretos**;
- g) possibilidade de alteração de preços registrados segundo critérios estabelecidos em edital ou face a situações imprevisíveis ou previsíveis com repercussão imprevisível;
- h) contrato por escopo e a alterabilidade de prazo para cumprimento do mesmo;
- i) contrato de fornecimento e prestação de serviço associado, quando além de fornecer/entregar determinado bem o contratado se responsabiliza por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado;
- j) contrato de eficiência, cuja finalidade é proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de **despesas correntes**, em razão da prestação de serviços com ou sem fornecimento de bens.