

# MONTANDO A UNIDADE DE LICITAÇÕES

*Ivan Barbosa Rigolin*

*(mar/24)*

I – Este artigo visa oferecer alguns subsídios aos interessados para a organização de uma unidade administrativa específica de licitações e contratos (<sup>1</sup>).

Parece desnecessário enfatizar a relevância essencial que essa unidade, seja do porte ou da hierarquia que for conforme as condições locais recomendem ou possibilitem, tem ou terá dentro de toda a estrutura administrativa do ente público, sobretudo se do Executivo.

Se aquilo já era importante sob a anterior Lei nº 8.666/93, neste momento atual, sob o intrincadíssimo emaranhado da Lei nº 14.133/21, é impensável que deixe de existir, e bem estruturada em toda a medida do possível. De outro modo, misturar as funções dos operadores de licitações e dos contratos com outras funções administrativas ou burocráticas do ente público seria antecipar uma autêntica tragédia operacional, e um caos interno sem precedente.

Reconhece-se a quase intransponível dificuldade que as pequenas entidades públicas, como pequenas

---

<sup>1</sup> Este artigo foi escrito sobre um roteiro de aula montado pela EBAP/SP – Escola Brasileira de Administração Pública, de São Paulo.

Câmaras Municipais por exemplo, desprovidas quase por completo de servidores, sempre tiveram para se estruturar em licitações. Nesses casos o comum é que emprestem servidores de outros Poderes ou entidades, algo melhor do que imaginar qualquer terceirização do serviço – juridicamente impensável.

## **II - Unidade de licitações e contratos**

A nova lei de licitações e contratos, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, doravante designada L 14133, não manda que o ente pública instale ou mantenha um órgão de licitações e de contratos, como não poderia mandar porque isso afrontaria a autonomia administrativa de Estados, Distrito Federal e Municípios. Esses entes federados mantêm órgãos se e como quiserem, na forma que dispuser a sua organização administrativa interna, dada por leis próprias.

Tudo recomenda, entretanto, que exista a unidade licitações e de contratos, porque essa função é por demais importante para ser apenas uma a mais que se atribua a alguma unidade administrativa do ente público, merecendo especialização e cuidado particular pela autoridade.

## **III - Status administrativo da unidade**

O status da unidade de licitações e contratos será aquele que a legislação interna e própria de cada ente federado determinar, na forma da estrutura que adotar. Poderá ser uma diretoria, se o ente for de dimensão e estrutura suficientemente grandes, que tenha diretorias, com considerável autonomia financeira

e orçamentária, desde que a estrutura assim disponha. Poderá ser uma seção, uma subseção, um setor ou uma unidade de qualquer outra hierarquia, tudo dependendo da estrutura administrativa adotada.

Não se recomenda seja muito baixo o nível dessa unidade, em face das relevantíssimas funções de licitar e de contratar, por vezes objetos de muito alto valor e de relevância absoluta para o ente público, o que demanda estrutura e pessoal consideráveis. Mas nenhuma imposição nesse sentido a nova lei de licitações faz, como não poderia fazer.

#### **IV - Chefia da unidade**

O chefe da unidade de licitação pode ser um, e o chefe da unidade de contratos pode ser outro. Os quadros de pessoal de cada ente público é que criarão o posto de trabalho adequado para essa função. Pode ser um cargo estatutário ou um emprego celetista, dependendo do regime jurídico do pessoal.

Se for cargo pode ser a) de provimento efetivo, provável apenas por concurso público, ou pode ser b) um cargo de livre provimento em comissão se as atribuições forem de direção ou de chefia, conforme exige a Constituição, art. 37, inc. V.

Se for emprego pela CLT pode ser a) permanente, provável somente por concurso público, ou b) pode ser um emprego de confiança do empregador, de livre designação pelo empregador. A lei local é que definirá regime jurídico e número de cargos ou empregos.

Pode ser que a estrutura administrativa e de pessoal do ente estabeleça que a chefia da unidade de licitação seja

não cargo nem emprego, mas uma *função gratificada*, que a autoridade atribua a algum servidor estatutário ou a algum empregado celetista pela chefia da unidade. Ou seja um cargo *mais fg*, ou um emprego *mais fg*. Deixando a função o servidor perde a fg.

As atribuições de todos os cargos, empregos e funções gratificadas são aquelas descritas em regulamentos internos de cada ente público, e os únicos limites para o exercício da competência local são as regras da Constituição Federal.

### **V – Subordinação**

Tanto quanto a competência para estabelecer o status da unidade de licitações é local do ente federado, também a subordinação daquela unidade à unidade superior na hierarquia interna é própria do ente respectivo. Ele decide livremente sobre isso sem obedecer paralelismo algum com a União ou o Estado, se for um Município; se for Estado, sem paralelismo necessário com a União.

Cada ente tem suas leis de organização administrativa, e nelas estabelece as hierarquias como bem entender adequado.

O Município pode ter secretarias ou não ter, conforme sua vontade e sua estrutura legal.

Não se recomenda que a unidade de licitações esteja subordinada diretamente ao Gabinete do dirigente máximo do ente, porque o trabalho dessa unidade é técnico, e o do Gabinete é político, e nenhum bom resultado técnico se obterá de uma tal subordinação.

O usual, e recomendável, é que a unidade de licitações e contratos seja subordinada à Secretaria, ou Diretoria, de Administração, porque a função é puramente administrativa interna do ente.

#### **VI - Localização, número mínimo de servidores e material de trabalho indispensável**

A localização da unidade de licitações depende exclusivamente da organização interna de cada ente público, não existindo motivo nem justificativa para ou por que segregar essa unidade a local diverso da unidade administrativa maior a que esteja subordinada.

O número de servidores da unidade de licitação varia também conforme o porte e a estrutura do ente ou do órgão ao qual pertença.

O Município de São Paulo tem prédios inteiros dedicados a licitações municipais, enquanto que um pequeno Município tem muita dificuldade para compor as comissões de licitação e de contratação, e se for uma Câmara Municipal muitas vezes é obrigada a pedir servidores do Executivo para as compor quando licita objetos de seu interesse.

O número mínimo ideal é a) 1 (um) agente de contratação, que chefiará a comissão a seguir mencionada (L 14133, art. 6º, inc. LX); nos pregões esse agente será o pregoeiro; 3 (três) membros de comissão de contratação (art. 6º, inc. L). Nos pregões serão necessários alguns servidores, em número mínimo de dois – ou

não será equipe – para desempenhar as funções de equipe de apoio do pregoeiro (L 14133, art. 8º, § 1º).

O advogado parecerista ou consultor não precisa pertencer à unidade de licitações.

Acontece que mesmo esse número mínimo ideal muitas vezes é difícil de obter por pequenos Municípios, sobretudo em se tratando de Câmaras Municipais. Pode então ser reduzida a comissão de licitações para 2 (dois) membros, que desempenharão também as atribuições de equipe de apoio. E o último recurso é o ente de muito pequeno porte pedir emprestado ao Executivo servidores para compor a comissão.

A comissão pode ser *permanente*, se o ente público tiver essa condição por realizar licitações em grande quantidade e tiver servidores em número suficiente, ou *especiais*, designadas para um específico certame e que se desfazem em seguida – e isso é mais comum nos pequenos entes públicos.

Se a comissão não for permanente, pode e deve ser remunerada a função de membro de comissão especial e de equipe de apoio, porque não tem sentido atribuir serviço extraordinário a alguém e não o remunerar por isso. Os estatutos de funcionários (servidores) em geral proíbem o serviço gratuito de servidores públicos.

O material de trabalho mínimo indispensável é a legislação de licitações, aquela própria de cada objeto específico se existir, e estrutura de informática apta e suficiente para o desencargo das funções de licitação e de contratação.

A equipe da licitação não é responsável pelo edital da licitação, que deve ser assinado por autoridade a ela superior.

### **VII - Segregação de funções**

Segregação de funções (L 14133, art. 7º, § 1º) é uma regra principiológica segundo a qual o melhor resultado do trabalho se supõe que será obtido separando-se as funções de cada membro de um órgão de outras funções que acaso exerça em outro órgão ou serviço, prestigiando-se o princípio da especialização de funções.

Funções que não se misturam ou se confundem são naturalmente mais bem desempenhadas que as que não observem a segregação, ou a especialização do agente. Significa simplesmente a separação de coisas diferentes, em prol de resultado melhor.

### **VIII - Equipe de apoio**

*Equipe de apoio* foi uma instituição da lei do pregão presencial, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, no art. 3º, IV, e §§ 1º e 2º, sendo a ideia copiada ou mantida pela nova lei de licitações.

Assim como a licitação tem uma comissão de executores, também o pregão conta com uma equipe de auxiliares do pregoeiro.

Não tem uma delimitação precisa nem na origem nem nesta nova lei, significando apenas um conjunto de servidores, sem número mínimo estabelecido além de dois (ou não

será uma equipe) e cujo papel é auxiliar o pregoeiro em suas funções, o que pode se dar tecnicamente como também administrativamente. Precisam ser servidores, não podendo a função ser terceirizada.

A L 14133 faz uma tremenda confusão nesta matéria, mencionando comissão de contratação (art .6º, L); *equipe de apoio da comissão de contratação* (art. 8º com parágrafos), além de *agente de contratação* (art. 6º, LX) e pregoeiro (art. 8º, § 5º). O aplicador queda sem ter certeza sobre se quem conduz a licitação é o agente da contratação ou a comissão de contratação. E a equipe de apoio, que faz todo sentido junto ao pregoeiro, ganha destaque não aí mas junto ao agente da contratação (art. 8º, § 1º). Não poderia ser pior a barafunda.

*O que se recomenda é que o agente da contratação conduza a licitação presidindo a comissão de contratação, e que o pregoeiro conduza o pregão auxiliado pela equipe de apoio – exatamente como na anterior lei nº 8.666/93 e na lei nº 10.520/02.*

### **IX - Qualificação dos agentes**

Uma equipe de auxílio às licitações é ideal que seja integrada por servidores os mais qualificados que ao ente seja possível designar. Qualificação somente pode auxiliar o bom trabalho que se pretende obter, jamais atrapalhar.

Não existe entretanto, nem poderia existir na lei de licitações, direcionamento ou exigências quanto àquela desejável qualificação, de modo que o ente licitador cumpre designar



os membros dentro do que tiver á disposição no quadro de pessoal respectivo.

A designação se dá por ato da autoridade competente a cada caso e a cada estrutura de órgão, poder, entidade ou repartição. Nada consta da lei sobre a obrigação de o designado aceitar a designação, e qualquer resistência do designado há de ser resolvida ‘à brasileira’, ou seja diplomaticamente, por tratativa entre os envolvidos. Tudo é preferível a entender que a designação é compulsória para o indicado, com todas as conseqüências de esperar pela recusa.

Quanto mais próxima for a atividade profissional do indicado com elação às atividades administrativas da comissão, ou da equipe de apoio, melhor, em prestígio à especialização de funções. Mas tudo será feito dentro do possível.

#### **X - Vedações aos agentes**

O art. 9º da L 14133 estabelece as vedações, ou proibições, aplicáveis aos agentes designados para trabalhar em licitações. Eles não podem (I, a) admitir, incluir ou tolerar atos que comprometam ou prejudiquem o caráter competitivo da licitação, nem (I, b) estabelecer preferências ou privilégios aos licitantes em razão de naturalidade (local de origem), sede ou domicílio, nem por fim (I, c) ter comportamentos ou expedir atos que não tenham relação direta com o certame, ou impertinentes, ou irrelevantes, para os fins da competição.

Não podem ainda (art. 9º, II) tratar diferentemente licitantes em razão de questões comerciais, legais,

trabalhistas, previdenciárias ou relativas à nacionalidade dos licitantes, pessoas físicas ou jurídicas. Essas vedações são em geral ‘misteriosas’ ou pouco compreensíveis na prática diária das licitações, não ocorrendo senão muito raramente nos certames que se realizam.

Com efeito, é difícil imaginar que o agente da contratação, ou a comissão, tente excluir algum licitante por questão trabalhista (?) ou comercial (?). Quanto a questões legais – que o dispositivo menciona – o direito é um só: ou o licitante preenche os requisitos do edital, e se habilita, e propõe, tudo dentro da legalidade, ou então não participa da licitação.

Não pode ainda o agente (inc. III) procrastinar o andamento do procedimento, nem se omitir quanto ao seu dever de ofício, nem praticar atos discricionários fora da estrita legalidade. Repetição da lei anterior, esse dispositivo era um tanto infantil na lei anterior e continua sendo nesta lei que o copiou. Proíbe simplesmente que o agente da licitação pratique atos ilegais, ou tenha comportamentos antijurídicos – como se isso não fosse sabido e pressuposto da regularidade da licitação.

Os §§ 1º e 2º completam o art. 9º, também na maior parte repetindo a lei anterior, para proibir que o cidadão seja ao mesmo tempo licitante e licitador (agente da Administração), sempre que a condição de agente público lhe ofereça oportunidade ou ensejo de interferir no procedimento – ou seja: nem sempre.

Exemplificando a exceção, se um licitante for servidor de um Município e tiver um estabelecimento comercial, esse estabelecimento evidentemente poderá licitar em outro Município. Casos difíceis de equacionar nesse assunto, entretanto, vivem

acontecendo, e somente o melhor bom-senso e a racionalidade desprovida de moralismos de baixa categoria podem resolvê-los de modo justo e adequado, sem conclusões precipitadas nem radicalismos de nenhuma natureza.

Pelo mal redigido § 2º, e em curtas palavras o tráfico de influência é proibido seja sob a forma que for constatado ou tentado; é mal redigido em razão de que pela sua leitura alguém poderá concluir que um terceiro, particular, pode ser membro de equipe de apoio, o que não faz nenhum sentido.

A lei tenta esgotar as proibições ao agente de licitação mas passou longe de consegui-lo, porque inúmeras situações ocorrem nos certames que evidenciam condutas ilícitas dos agentes públicos, e nesses casos será precisa uma interpretação sistemática da lei, da Constituição, possivelmente do estatuto local de servidores e dos princípios de direito para as dirimir e fazer o procedimento conduzir-se de modo técnica e juridicamente regular.

## **XI - Participação de servidores 'comissionados'**

Servidores ocupantes de cargos estatutários em comissão, e servidores ocupantes de empregos públicos de confiança, *podem* ser membros de comissões de contratação e de equipes de apoio nas licitações.

Nenhum impedimento para existe na lei, como não poderia existir em face da constitucional autonomia de vontade dos entes integrantes da federação brasileira CF, art. 25, Estados, e art. 30, I, Municípios).

*Não se recomenda* que o sejam entretanto, em face do descompromisso que os ‘comissionados’ têm com relação ao futuro contrato que resultará da licitação, uma vez que seus ‘comissionamentos’ podem cessar a qualquer tempo, e esse servidor não tem raízes na repartição a que provisoriamente serve.

Quando deixa a função em comissão desliga-se do trabalho que realizou, e não raro do próprio Município onde trabalhou, o que dificulta eventual responsabilização. Servidores permanentes, quanto a isso, são muito preferíveis.

## **XII - Gratificação ou adicional à equipe de apoio**

É absolutamente curial e recomendável – quase se pode dizer obrigatória – a remuneração destacada aos membros das comissões de licitação e equipes de apoio, se os servidores não foram concursados para os cargos específicos – o que é muito difícil de ocorrer, salvo em imensas organizações do serviço público, que podem dar-se esse ‘luxo’.

Serviço extraordinário, além das atribuições dos cargos ou dos empregos dos designados, *precisam* ser remunerados por adicional ou gratificação, na forma do que deve dispor a legislação local. Não se admite serviço público profissional gratuito. Não é o caso dos serviços de excepcional interesse público, ou de excepcional relevância, que alguém ocasionalmente presta, sem o caráter de habitualidade próprio dos serviços profissionais.

Nada haverá de estranho se o servidor que a autoridade designar para essas comissões simplesmente se recusar a

assumir o posto, se ele for gratuito. Não tem sentido técnico, jurídico, humano ou profissional impor um serviço extraordinário a servidor público, pelo qual ele poderá ser responsabilizado administrativa, civil e criminalmente, sem o remunerar correspondentemente para tanto.

Adicionais de função, funções gratificadas, gratificações – o que lei local determinar – existem exatamente para isso.

### **XIII - Participação simultânea do agente de contratação ou do pregoeiro nas comissões**

Não pode haver a participação simultânea do agente de contratação ou do pregoeiro nas comissões. O agente da contratação chefia a comissão de contratação, e não poderia chefiar a si mesmo. O pregoeiro chefia a equipe de apoio, e de mesmo modo não poderia chefiar a si mesmo.

A segregação de funções, do art. 7º da lei, o impede, e o faz por mera questão da mais primitiva lógica operacional. Assim como um fiscal não pode fiscalizar a si mesmo, ou como o autor de um parecer não pode aprovar esse seu parecer, também um pregoeiro não pode integrar uma equipe que chefia, e um agente da contratação não pode fazer parte de uma comissão que ele próprio chefia, na medida em que não existe chefe de si mesmo, inexistindo qualquer hierarquia possível na hipótese.

### **XIV - Agente de contratação: definição, requisitos de qualificação e atribuições**

Agente de contratação foi o rótulo (*nomen iuris*) que a L 14133 deu ao que se imagina tenha sido concebido como presidente da comissão de licitação, a qual a lei também rebatizou *comissão de contratação*. Um passo pior que o outro. O legislador, perseguindo originalidade antes de mais nada e qualquer custo, não acerta uma neste momento.

Como conceber uma comissão de contratação sem a licitação que a antecede ? E como conceber uma comissão sem o seu específico chefe, presidente ou coordenador ?

Agente de contratação é o presidente ou o chefe da comissão de contratação, por mais difícil que seja concluir isso da só leitura da lei, desnecessariamente confusa.

Os requisitos para a sua designação são resumidos a um: que seja servidor do ente respectivo. Nada a lei exige além disso, como não poderia exigir. Quanto maior a sua qualificação para esse trabalho específico, melhor será para todos, porém não existe exigência alguma quanto a isso nessa matéria peculiarmente local.

Suas atribuições são as de coordenar e dar os rumos de trabalho à comissão de contratação, designando trabalhos pontuais aos membros e verificando a sua correção e suficiência, uma vez que a final responde por todo o trabalho da comissão – tudo exatamente igual, sem tirar nem por, ao que ocorria sob a Lei nº 8.666/93. Mudou apenas o nome.

Se existir regulamento interno no ente, descrevendo as suas atribuições, tanto mais clara a situação será.

## **XV - Pregoeiro: definição, requisitos de qualificação e atribuições**

Quanto ao pregoeiro, diversamente da ligeira alteração de nomenclatura que a lei promoveu quanto ao agente da contratação, *nada mudou nesta lei*.

Exatamente o mesmo que o pregoeiro na Lei nº 10.520/02 fazia e realizava o pregoeiro nesta nova lei faz e realiza. Melhor assim no frígir dos ovos, porque *não se mexe em time que está vencendo*, consoante a sabedoria popular.

Pregoeiro é o agente, servidor do ente, designado para exercer essa função pela autoridade localmente competente, consistindo em dirigir e conduzir o pregão até final julgamento dentro de sua alçada, destacando-se (v. Lei nº 10.520/02, art. 3º, inc. IV) receber as propostas escritas e os lances orais; analisar sua aceitabilidade; dar a classificação das aceitas; habilitar o licitante vencedor, e, em não havendo recurso, adjudicar-lhe o objeto do pregão.

Em havendo recurso desloca-se a competência para julgar o recurso e para adjudicar o objeto do pregão à autoridade superior Lei nº 10.520/02, art. 4º, XVIII a XXII). No silêncio da L 14133 apela-se à lei originária do pregão.

O pregão está previsto, *au vol d'oiseau*, com a brevidade do trovão, nos arts. 28 e 29 da L 14133, que pouquíssimo dizem ou informam.

Sobre a qualificação do pregoeiro, também quanto mais qualificado seja, melhor o resultado a esperar do seu trabalho. Tentou-se exigir c que o pregoeiro necessariamente se

qualificasse por cursos oficiais ou semioficiais, mas nada foi avante nesse sentido.

**XVI - Comissão de contratação: definição, quando é exigida, composição obrigatória e renovação das designações**

Comissão de contratação (L 14133, art. 6º, L) é como já se disse o novo rótulo da anterior comissão de licitação, constante da lei ora revogada pela atual. É o colegiado instituído pelo ente público para, sob o comando do agente da contratação, incumbir-se de receber, examinar e julgar documentos das licitações em que atua. Foi ruim a alteração, porque não existe contratação, conduzida pela comissão, sem uma prévia licitação.

Pode ser *permanente*, com a designação durando o tempo determinado por cada entidade pública em sua legislação ou regulamentação interna, ou *especial*, valendo a designação apenas para determinado certame, e sendo desfeita a seguir.

Não mais vigora a periodicidade anual das comissões permanentes de licitação, que constava da Lei nº 8.666/93. Pela lei atual cada ente disciplina o assunto para o seu âmbito, e fixa o prazo de permanência que bem quiser – uma boa ideia, que prestigia a autonomia administrativa dos entes federados.

O número mínimo de membros é 2 (dois), não porque a lei o exija mas porque um servidor isolado não forma uma equipe. E não há máximo legal, podendo a comissão ter o número de membros que bem entender conveniente.



Os membros devem ser servidores públicos, se preciso auxiliados ou assessorados por pessoas físicas ou jurídicas para tanto contratadas pelo ente.

**XVII - Comissão de licitação: definição, quando é exigida, a composição obrigatória e renovação das designações**

Tudo que se disse da comissão de contratação vale para a comissão de licitação. É positivamente preferível lidar apenas com a comissão de contratação, e não mais se falar em outra comissão. O legislador armou tremenda confusão quanto às comissões nesta lei, alterando o que era e estava claríssimo e unívoco na lei ora revogada, a Lei nº 8.666/93. Nesta nova lei a comissão de licitação foi substituída pela de contratação, mas parece que não muito ...

Nessa péssima técnica o melhor a fazer é considerar apenas a comissão de contratação, a ser chefiada pelo agente da contratação, e ponto final. Se o legislador não sabe o que quer, o agente da licitação precisa saber.

**XVIII - Órgão de assessoria jurídica: a obrigatoriedade de parecer jurídico**

Esta lei, no art. 53, menciona *órgão de assessoramento jurídico da Administração*, no evidente propósito de liberar o profissional jurídico da responsabilidade de aprovar as minutas dos editais e dos contratos, como ele precisava aprovar enquanto vigente a Lei nº 8666/93 (art. 38, parágrafo único).

Emitir parecer – que é mera (e fundamentada) opinião – não libera coisa nenhuma para efeito nenhum, como a solene aprovação libera. O parecer, sendo apenas a opinião de alguém, não vincula a vontade da autoridade nem gera responsabilidade ao seu autor sobre o futuro do procedimento para o qual ele apenas opinou.

Os advogados públicos devem ter respirado aliviados quanto a esta parte da lei que os livrou da responsabilidade das anteriores liberações de atos e de procedimentos, porque parecer *não é ato administrativo*, muito menos liberatório do objeto do parecer (edital, minuta de contrato, minuta de convênio ou de acordo) para que prossiga e produza seus efeitos procedimentais.

E o *caput* do art. 53 menciona *controle prévio da legalidade* - o que dá ideia de aprovação, porém o § 1º joga água na fervura e menciona apenas o parecer do órgão consultivo.

*Ninguém controla efetivamente a legalidade de coisa nenhuma apenas com um, dois ou cem pareceres*, porque serão apenas uma, duas ou cem opiniões, por mais solidamente fundamentadas que sejam. Continuam sendo meras opiniões, e nada além disso.

Não. Um efetivo e real controle de legalidade se dá apenas com o ato administrativo de *aprovação* da peça analisada, e com nada menos que isso. E foi tudo que a L 14133 desobrigou ao órgão jurídico de realizar.

O parecer jurídico é, sim, obrigatório nas licitações e nos contratos. *Grande coisa*, dizemos nós. O direito não ganha nada com pareceres em vez de atos de aprovação.

**XIX - Órgão de contabilidade: o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 16, §4º, I, LC nº 101/00)**

Reza a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2.000, a Lei de Responsabilidade Fiscal:

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições. (...)

§ 4º As normas do *caput* constituem condição prévia para:

I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras; (...)

Observa-se com isto que qualquer licitação, antes de ser realizada, precisará demonstrar, no expediente administrativo respectivo, que atende a LRF quanto a (I) adequação orçamentária e financeira e (II) compatibilidade com a LDO e o PPA. O ordenador de despesa deverá declará-lo, naturalmente após obter por escrito a declaração do setor de contabilidade e orçamento do seu ente, que o ateste e demonstre.

Antes disso, porém, deverá o ordenador demonstrar que a despesa que se originará da licitação tem adequado e absorvível impacto orçamentário financeiro não apenas com a lei do orçamento anual, mas com o orçamento dos dois exercícios subsequentes. Trata-se de um ensaio de futurologia, mas com previsibilidade razoável e assaz de vezes exercitada ao longo dos séculos presente e passado.

E não existe nenhuma novidade ou inovação na lei quanto ao que seja compatibilidade: é o que é compatível, ou seja enquadrado na previsão física e financeira, e cuja exequibilidade

não seja posta em dúvida ou questionada gravemente. Não será lei nenhuma, se não criar categorias absolutamente inéditas, que definirá o que venha a ser compatibilidade.

Trata-se, tudo isso, de um conjunto de trabalhos e de deveres novos (a partir de 2.000) para os ordenadores de despesas públicas, que bastante contribuem para o planejamento orçamentário e financeiro das ações governamentais onerosas, o que é sempre muito bem-vindo e curial, sobretudo num país em que o planejamento não é nem nunca foi o forte.

## **XX - Órgão de controladoria interna: o papel diante das licitações e das contratações públicas**

A lei de licitações neste momento, e com máxima vênia dos publicistas, começa adentrar o mundo da fantasia e do imaginário institucional. Oxalá fosse diferente.

Em primeiro lugar nem Estados nem Distrito Federal nem Municípios precisam sequer ler o que a L 14133 dispõe sobre controle interno, controladorias internas ou quejandos. Essa matéria é administrativa interna de cada ente federado, e não é lei nacional nenhuma que disciplinará esse assunto senão para a União.

Assim, menções a órgãos de controle interno dos entes públicos, como as que leem do art. 7º, § 2º, ou do art. 19. IV, são gratuitas para Estados, DF e Municípios como a brisa da manhã ou a luz do sol.

Cada ente federado dispõe como bem quiser e entender sobre as suas unidades de controle interno – algo que jamais

existiu nem funcionou no Brasil até recentemente, quando entrou na moda do dia.

Não se combate o controle interno, muito ao oposto: ele é necessário ou mesmo imprescindível a entes responsáveis e conseqüentes, e o fato de nunca terem funcionado no Brasil diz bem da pouca seriedade de uma imensa quantidade dos dirigentes públicos, cujo ideal é a mais absoluta falta de controle dos atos e das despesas que promovem.

O que se questiona e sempre se questionará enquanto os entes federados tiverem autonomia, é a ideia de que algo nesse sentido possa ser-lhes imposto por lei que não seja sua, ou por decisões de Tribunais de Contas, porque a ambos faltam competência constitucional para tanto.

O problema da eficiência do controle interno persistirá enquanto o(s) seu(s) responsável(is) tiver(em) medo de obstar ou de se opor a procedimentos do chefe que ali o colocou, porque assim como foi colocado sai sumariamente.

A solução – parece - seria concursar os servidores do controle interno, como nisso insistem os Tribunais de Contas, porém essa perspectiva ainda está muito longe de se tornar regra nos entes públicos, e o tempo vai passando, e pouco se evolui no assunto.

Recomenda-se que os entes federados a) tenham órgãos de controladoria interna; b) que eles admitam servidores por concursos públicos após a criação dos cargos de provimento efetivo, ou dos empregos permanentes, conforme seja o regime jurídico do pessoal; c) que essas unidades, sejam quantas

forem, trabalhem com absoluta autonomia técnica e operacional, isentas de disfarçadas ordens da autoridade superior; d) que a controladoria tenha função sobretudo consultiva e preventiva, tentando coibir erros e impropriedades que por vezes são involuntários e praticados com boa-fé, mas que podem ser evitados com facilidade.

Apenas assim se poderá caminhar rumo aos procedimentos licitatórios os mais acertados que o ente puder ter.

### **XXI - Regulamentações obrigatórias para funcionamento do órgão de licitações e contratações públicas**

Regulamentos obrigatórios: eis outro tema fantasioso, muito mal resolvido no direito público.

Não é lei federal nenhuma que imporá a Estados, DF e Municípios a edição de regulamentos sobre o que quer que seja.

Ocorre que muita vez a liberação e a transferência voluntária de recursos federais, para a finalidade que for, apenas é deferida a entes que tenham disciplinado por decreto ou outro ato regulamentar determinado assunto: isso é condição que a União pode estabelecer, e com frequência estabelece.

Então, ao ente cabe escolher: ou regulamenta o assunto ou não recebe a verba da esfera maior.

A L 14133 menciona inúmeros regulamentos, tanto para a União quanto pretendidamente para os demais entes federados.

Observe-se por outro lado que o país tem mania de regulamentos. É frequente a autoridade negar-se a cumprir a nova lei alegando que ainda não foi regulamentada. Trata-se geralmente de ignorância somada a preguiça e aliada à indolência, eis que grande parte das leis editadas no país contêm só em si todos os elementos necessários e suficientes à sua plena eficácia e eficiência.

Casos existem, evidentemente, em que a própria lei condiciona a sua eficácia ao que vier a dispor um regulamento, mas essas representam pequena minoria dentro do interminável conjunto das leis brasileiras de todo nível. Quem quer trabalhar na maioria das vezes trabalha apenas com a lei; quem não quer não trabalha nem se for cercado de regulamentos.

Sem realizar a varredura dos artigos da L 14133 que mencionam regulamentos o que se indica a leitura e o acompanhamento da evolução do quadro dos decretos e regulamentos federais que desde 2.021 vêm sendo expedidos por força da lei.

Esse quadro, acessível na internet sob a entrada *Lista de atos normativos e estágios de regulamentação da Lei no 14.133, de 1º de abril de 2021*, e que neste momento foi atualizada em 7 de fevereiro de 2.024, é sempre inspirador para o ente federado, pois que contém regulamentos efetivamente interessantes, e ideias bastante aproveitáveis.

O que se questiona definitivamente é a pretensão, por parte de alguma lei federal, de impor aos entes federados a edição de regulamentos.



## **Aspectos relevantes da instrução processual obrigatória nas licitações e nas contratações públicas**

### **XXII - Plano de Contratações Anual: conceito e elementos fundamentais**

Já dentro do plano esotérico da lei, o plano de contratações anual – ideia tão mal concebida que veio até mal escrita, porque deveria ser o plano anual de contratações – esse PCA está previsto no inc. VII do art. 12 da L 14133.

É para os entes federados um zero à esquerda de nada. Não significa coisa alguma, nunca foi necessário, não obriga ente nenhum a nada, é impossível de elaborar com a mínima previsibilidade objetiva e constitui uma das inúmeras inutilidades e rebarbatividades da nova lei de licitações.

Quem quiser ter o seu plano que o tenha – e parabéns a esse, que consegue se planejar - como quem queria tê-lo antes da nova lei já o podia ter.

Significa a tentativa de planejamento anual dos contratos de que um ente público supostamente irá precisar, o que lembra um mapa astral ou um horóscopo de jornal, porque salvo por alguns contratos de compras absolutamente necessárias para a manutenção mínima da atividade burocrática é muito difícil antecipar as necessidades objetivas da entidade pública.

Se o PCA existir, e se indicar x e acontecer y, nada muda, e a vida do ente segue tal e qual.

### **XXIII - Estudo Técnico Preliminar: conceito e elementos fundamentais**

Estudo técnico preliminar, matéria definida no inc. XX do art. 6º, e depois no art. 18, inc. I, e §§ 1º a 3º, na prática e na imensa maioria dos casos constitui outro devaneio do legislador, que desconhece que o operador de licitações brasileiro não vive no mesmo mundo dourado de sonhos em que vive o legislador.

Significa o estudo prévio à licitação, em que o ente descreve e justifica sua necessidade de determinado objeto, que então passará a licitar.

Ora, é muita pompa e muita burocracia para uma justificativa em geral tão simples de produzir, e que pode ser expressada singelamente por indicações do setor interessado no respectivo expediente administrativo, dispensando-se a solenidade que a lei tanto enfeita e rebusca nos incs. I a XIII do § 1º do art. 18 da nova lei.

Fosse dispensado todo o art. 18 e a menção ao estudo técnico preliminar, e também aqui nesta lei, ninguém jamais perceberia diferença nenhuma com relação à sua prática diuturna, e o trabalho seguiria até mais desembaraçadamente.

Trata-se de outra infeliz inutilidade da lei, que pouquíssimo serve ao que quer que seja. Quem desejar – porque em absoluto não está obrigado a coisa nenhuma com relação a isso – pode inspirar-se nas indicações de conteúdo do ETP figurantes dos referidos incs. I a XIII do art. 18.

Quem já tiver projeto executivo do objeto, ou mesmo projeto básico, nele já terá incluído possivelmente todas as

características do projeto ou objeto a licitar, tornando despiciendo o que já era praticamente inútil por completo. O ETP é um dos piores momentos da lei, assaz pródiga em momentos ruins.

#### **XXIV - Termo de Referência, Anteprojeto e Projeto Básico, Projeto Executivo**

Termo de referência (art. 6º, inc. XXIII) é uma expressão criada pela lei do pregão presencial, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2.002, para significar apenas e exatamente o que significa a descrição das especificações do objeto a ser licitado. Nada mais nem menos que apenas isso, sem tirar nem por.

As alíneas a a j do inc. XXIII do art. 6º hão de ser observadas com a máxima cautela e discernimento, porque contêm aparentes imposições que absolutamente nada têm a ver com o objeto, e nenhuma utilidade apresentam para o licitante, como por exemplo ‘descrição da solução como um todo’ (al. c), ‘modelo de execução do objeto’ (al. e), ‘modelo de gestão do contrato’ (al. f), e ‘adequação orçamentária’ (al. j). Uma seleção precisa ser procedida.

Poderia jamais ter sido ‘instituído’, em lei nenhuma, o termo de referência, bastando a lei se referir à descrição das especificações, e não ter trocado, como fez, seis por meia dúzia.

Um objeto pode ter tantas características, constantes do termo de referência ou da simples descrição das especificações, que o ente licitador deseje informar, porém cada uma

delas deve ter uma explicação e uma justificativa objetiva e precisa da sua real necessidade.

De outro modo o edital será facilmente acusado de dirigismo, e não raras vezes invalidado ou modificado judicialmente, sem dizer das frequentes suspensões pelos Tribunais de Contas, que por esse motivo determinam a modificação do documento.

O termo de referência, se existir sob essa denominação, é um anexo do edital, e deve ser divulgado em portal eletrônico do ente respectivo (art. 25, § 3º).

Anteprojeto (art. 6º, inc. XXIV) é o ensaio do projeto básico, ou seja o esboço, o rascunho, os delineamentos iniciais do projeto básico. Pode existir ou não, e se existir projeto básico a questão já estará superada. Ninguém precisa de anteprojeto para nada: elabore o projeto básico, e isso já inclui aquele ensaio.

Projeto básico (art. 6º, inc. XXV), diga o que disser a lei em sua redação rebarbativa e prolixa, é o conjunto mínimo de informações que o ente fornece aos interessados pra que estes possam saber o que o ente precisa, e quanto custa. Apenas isso. Todo o restante de palavras padece do mesmo vício que tem a lei, de falar demais, pelos cotovelos, e para nada que esta simples informação acima já não informe.

Projeto executivo (art. 6º, al. XXVI) é o conjunto por assim dizer, e dentro do possível, *completo* das características do objeto em licitação, tal qual se fora uma descrição do objeto já executado. É compreensivelmente muito caro em face do seu detalhismo e da sua minúcia, custando em torno de 6% (seis por

cento) de todo o valor do contrato da obra ou do serviço de engenharia, enquanto o valor estimado do projeto básico é por volta de 2% (dois por cento).

Em obras comuns praticamente nunca é necessário, porque o contratante pode descrever o que quer à medida da execução junto ao contratado, não se lhe exigindo dedicar todo um grande tempo e grandes recursos financeiros na elaboração do projeto executivo – diga o que disser a lei.

Não existe demarcação objetiva entre um projeto básico e um executivo, sendo mesmo que a engenharia contempla vários níveis de projetos que denomina executivos, conforme cada maior ou menor detalhamento.

Se um ente denominar projeto executivo aquilo que outro denomina projeto básico nenhuma ilegalidade nenhum deles terá cometido, porque a delimitação do que é um e do que é outro é matéria insuperavelmente subjetiva, que a engenharia orienta mas em absoluto não resolve. O que se exige de qualquer edital é *clareza e inequivocidade* nas descrições, e nenhum formalismo rebarbativo e inútil.

## **XXV - As modalidades licitatórias e os critérios de julgamento**

Pelo art. 28 as modalidades de licitação são cinco, a saber (I) pregão; (II) concorrência; (III) concurso; (IV) leilão, e (V) diálogo competitivo. Foram extintas, portanto, a carta convite, ou convite, e a tomada de preços.

*Pregão* é a modalidade instituída para licitar bens e serviços comuns, que possam ser descritos com elementos usuais e rotineiros no edital, de amplo ou generalizado conhecimento no mercado e entre a população dos usuários

Observe-se entetanto que os tribunais judiciários e os de contas, sob a justificativa dos ares moralizantes que o pregão trouxe à Administração porque dificulta o dirigismo do certame, têm verdadeiramente *arrombado* esses limites e essas categorizações.

Com efeito, de lbom tempo vêm admitindo o pregão para objetos complexíssimos como venda ou locação de todos os cadastros e sistemas contábeis, financeiros, orçamentários e tributários de Prefeituras Municipais – um verdadeiro absurdo ante o propósito da lei.

*Concorrência* é a modalidade licitatória para os demais objetos, que não desfrutem de amplo conhecimento pelos usuários e por um amplo porque dotados de complexidade e de domínio restrito no mercado fornecedor, independentemente do valor, tanto quanto o pregão.

*Concurso*, que um dia chegou a ser tratado como *concurso de projetos*, é a modalidade para quando poder público quer ideias para determinada realização que pretende, sendo urbanísticas, arquitetônicas, artísticas ou científicas. Leilão é aquela para a venda de bens que o ente entenda inservíveis, quer pelo desgaste, quer pela inadequação aos objetivos do ente.

*Diálogo competitivo* é uma inutilidade absoluta, completamente fora de propósito porque o objeto pode ser

obtido por qualquer outra modalidade para aquisição, e não tem a mínima justificativa na lei de licitações.

Fica-se sem saber quem dialoga com quem e como, qual o resultado desse diálogo e qual o efeito que pode ter, e qual a utilidade da ginástica que exige. O que se recomenda é jamais o ente cogitar empregar essa empolada e pretensiosa rebarbatividade da lei de licitações, sem dúvida um péssimo momento do diploma.

Os arts. 28 a 32 dão alguns parâmetros para a licitação sob essas modalidades, das quais excluimos propositamente o diálogo competitivo.

Observe-se que a extinção do convite e da tomada de preços levou junto para o desaparecimento o critério de valor estimado do objeto para determinar a modalidade de licitação – no que fez muito bem esta L 14133.

Os critérios de julgamento vêm elencados no art. 33, e são (I) menor preço; (II) maior desconto; (III) melhor técnica ou conteúdo artístico; (IV) técnica e preço e (V) maior retorno econômico.

O primeiro a observar é que o *menor preço* - que é a regra de mais de 90% das licitações realizadas no país há mais de meio século e que continuará sendo nesta nova lei porque os agentes públicos evitam ao máximo a *embrulhada* das licitações de técnica -, vem a ser o mesmo que maior desconto.

Pelo *maior desconto* se obtém o menor preço dentre os classificados, observados os parâmetros técnicos e financeiros que existirem no edital. Absolutamente inútil é o critério de maior desconto, que foi uma invenção da lei do RDC – regime

diferenciado de contratações, a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2.011, art. 18, inc. I.

Naquela péssima lei, tirada de cartola de mágico para permitir a rocambolesca e faraônica construção dos estádios de futebol - *elefantes brancos* dispendiosíssimos e muita vez hoje quase inutilizados em face do custo da sua operação - para a copa do mundo de 2.014, o maior desconto vem no inc. I grafado junto com o menor peço, a indicar que são uma única coisa.

Em segundo a observar, os arts. 34 a e 39 da lei dão alguns parâmeros, ou sugestões, ou indicações sobre a aplicabilidade dos critérios. Nada existe ali de muito cogente ou compulsório nesse assunto, em que o ente público, se curiosamente não escolher o critério do menor preço mas optar por técnica preço, é recomendável que leia o art. 36, de regras totalmente subjetivas e sem nenhuma higidez.

E pouco mais que isso se recomenda. A técnica e preço continua muito canhestra e deficientemente descrita na lei, e pela subjetividade dos fatores de julgamento não oferece nem a mais remota segurança ao ordenador e ao operador da licitação. Por essa razão passou a ser evitada desde a sua origem da Lei nº 8.666/93, supondo-se que continue sendo evitada nesta nova lei.

Quando a lei exige o elencamento de fatores, pesos ou ponderações absolutamente subjetivas e que não têm nenhuma justificativa exata ou nenhuma eplicação objetiva, jamais pode dar certo.

Em verdade a técnica e preço já existia anteriormente à Lei nº 8.666/93, no Decreto-lei nº 2.300, de 1.986, art.



37, parágrafo único, inc. III, porém sem nenhuma explicação do que vinha a ser – o que, curiosamente num panorama assim, era muito preferível ao verdadeiro horror instituído pela Lei nº 8.666/93, hoje revogada pela nova lei.

Aquele referido horror do passado – melhor técnica de um lado, e técnica e preço de outro – está menor nesta L 14133 que suprimiu a técnica e preço, porém ainda persiste ruim o suficiente para que o operador consciente do risco que corre o evite sempre que possa.

E com isso deverá persistir a ocorrência de licitações simplesmente ridículas quanto à modalidade escolhida, como o pregão para objetos complexíssimos e o menor preço para objetos em que a técnica, e não o preço, deveria decidir o vencedor.

O temor de invalidações, responsabilizações dos agentes, denúncias aos tribunais de contas, ações civis públicas e quejandos explica a escolha da modalidade transparente. Quem já sofreu algum desses procedimentos, especialmente o último citado, sabe do que aqui se fala.

Verificam-se na prática, com efeito, objetos licitados por menor preço que muito mais adequadamente o seriam por técnica e preço, mas somente não o são pela péssima descrição da técnica e preço, que de péssima na lei anterior se manteve péssima nesta, repita-se, um pouco menos em face de que esta nova lei discorre menos sobre o assunto.

## **XXVI - Estimativa de preços**

Matéria do art. 23, a estimativa de preço do objeto que se pretende licitar é logicamente obrigatória, ou de outro modo o licitador não saberia de antemão o porte do compromisso financeiro que teria pela frente quando o objeto fosse contratado.

O art. 23 dá bons parâmetros para a Administração proceder a essa estimativa, também sem impositividade muito objetiva. O § 1º com seus cinco incisos contém boas indicações, como (inc. I) o PNCP – portal nacional das contratações públicas; (II) contratações similares anteriores; (III) dados de pesquisas publicadas na mídia especializada; (IV) pesquisa direta junto ao mínimo – absolutamente discutível, polêmico e questionável – de três fornecedores, e (V) pesquisa em rede nacional de notas fiscais eletrônicas.

É um vasto manancial de dados e de informações, e sempre se revela suficiente para orientar objetivamente o ente licitador. Não existe imposição de nenhuma fonte de pesquisa ao ente público, e ele pode escolher o que destes bancos de dados tudo que lhe pareça mais adequado, como pode ir além e valer-se de outros bancos, não previstos na lei neste elenco que é exemplificativo e aberto, e não fechado.

Exemplo: quem souber utilizar somente o aplicativo Google provavelmente obterá mais informações do que o conjunto de todas essas fontes, acessadas individualmente por outros meios, reunidas.

O único importante neste tema é que a pesquisa indique valores confiáveis e reais, de mercado corrente e não viciosamente abaixo ou acima. E seja sempre indicada fonte.

## **XXVII - A ampla publicidade com o Portal Nacional de Contratações Públicas**

O PNCP – portal nacional de contratações públicas é uma criação do art. 54 da lei, que nesse ponto obriga o ente licitador a divulgar no PNCP todos os editais de licitação que publique, completo com todos os respectivos anexos.

Não importa qual seja a pessoa licitadora: pela regra legal todas estão obrigadas a divulgar os editais no PNCP, podendo adicionalmente divulgá-los em *sites* próprios – o que jamais poderia ser proibido.

É bastante duvidosa a constitucionalidade do *caput* do art. 54 quanto a Estados, Distrito Federal e Municípios, porque possivelmente viola a constitucional autonomia desses entes da federação, garantida aos Estados pelo art. 25 e para os Municípios pelo art. 30, inc. I, todos da Constituição Federal.

Se os entes têm verdadeira autonomia administrativa, então possivelmente não será lei nacional nenhuma que a retirará ou poderá ignorar, como neste caso por indicar o lugar onde deverão divulgar seus editais de licitação, ou quaisquer outros diplomas próprios.

A ideia de centralização do banco de informações editalícias é boa, porque concentra em um só portal todo um vastíssimo conjunto de documentos negociais potencialmente úteis a um sem-número de pessoas e de entidades públicas e privadas.

A imposição dessa obrigação aos entes federados que não sejam a União - mesmo que gratuita -, entretanto,

possivelmente padece de inconstitucionalidade material, e se de fato isso ocorre a publicação em bancos próprios supre juridicamente a necessidade de publicidade dos editais e dos documentos pertinentes.

Esta questão, que é tudo menos pacífica e que talvez se possa classificar de *inconstitucionalidade útil*, imagina-se que virá a ter sua inconstitucionalidade suscitada junto ao Supremo Tribunal Federal.