

CONTROLE **EM FOCO** **REVISTA DO MPC-MG**

Belo Horizonte | v. 4 | n. 7 | jan./jun. 2024

■ Edição Especial sobre a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Comissão de Estudos sobre Licitações Públicas
do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA)



ibda
INSTITUTO BRASILEIRO DE
DIREITO ADMINISTRATIVO

CONTROLE
EM FOCO
REVISTA DO MPC-MG

CONSELHO EDITORIAL

Antonio Augusto Junho Anastasia
Daniela Mello Coelho Haikal
Denilson Feitoza Pacheco
Edilson Vitorelli Diniz Lima
Élida Graziane Pinto
Elke Andrade Soares de Moura
Jamile Bergamaschine Mata Diz
José Maurício Conti
Juarez Freitas
Luís Carlos Balbino Gambogi
Luiza Cristina Fonseca Frischeisen
Marcílio Barenco Corrêa de Mello
Maria Coeli Simões Pires
Maria Tereza Fonseca Dias
Marilda de Paula Silveira
Sebastião Helvecio Ramos de Castro

FICHA CATALOGRÁFICA

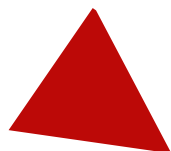
Controle em Foco: Revista do MPC-MG.

Ano 4, n. 7 (jan./jun. 2024). Belo Horizonte: Ministério Público de Contas de Minas Gerais, 2024.

Periodicidade semestral (2024).

ISSN online: 2966-0173

Publicação do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais
Av. Raja Gabaglia, 1315, 5º andar - Luxemburgo - Belo Horizonte - Minas Gerais. CEP 30380-435
Telefone: (31)3348-2628 - email: revistampc@mpc.mg.gov.br - site: revista.mpc.mg.gov.br
Horário de atendimento ao público: 07:00 às 12:00 e 13:00 às 17:00



EDITORIAL

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133) está em vigor desde 1º de abril de 2021, mas apenas com a revogação das leis anteriores que compunham o conjunto normativo sobre contratações públicas (Lei n. 8.666/1993, n. 10.520/2002 e n. 12.462/2011), ocorrida em 30 de dezembro de 2023, passou a ser utilizada pelos entes federativos em sua inteireza.

A nova lei, de caráter nacional, embora não represente mudanças bruscas no paradigma das compras públicas, trouxe vários avanços legislativos ao prestigiar o planejamento, a governança e a transparência. Esses elementos se relacionam entre si e formam um arcabouço normativo apto a viabilizar que o processo de contratação pública se desenvolva de maneira racional, íntegra e eficiente.

As licitações e as contratações públicas sempre foram objeto de estudos por parte da doutrina, os quais foram bastante intensificados com a publicação do novo marco legal. A comissão editorial da revista do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais, atenta às mudanças que impactam diretamente o dia a dia da administração pública e, via de consequência, o controle, decidiu fazer do sétimo número do periódico uma edição especial a respeito da nova lei de licitações, em parceria com a Comissão de Estudos sobre Licitações Públicas do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), com objetivo de contribuir para as discussões a respeito da nova lei, difundir conhecimento especializado e promover a capacitação dos seus leitores.

Assim, membros da referida comissão, da qual fazem parte a procuradora do MPC-MG, Cristina Andrade Melo, editora-chefe da revista **Controle em Foco**, e a professora Karina Harb, que preside a referida comissão, além de Carolina Zancaner Zockun, Flávio Garcia Cabral, Gabriela Pércio, Fábio de Souza Santos e Carlos Henrique Nitão, assinam os artigos que compõem esta edição especial, alguns deles em coautoria com outros estudiosos do tema.

Esperando contribuir para o debate público e para a construção de doutrina a respeito do novo marco legal de contratações públicas no nosso país, desejamos a todos uma ótima leitura!

Marcílio Barenco Corrêa de Mello
Procurador-Geral do MPC-MG

Cristina Andrade Melo
Procuradora do MPC-MG
Editora da revista *Controle em Foco*: Revista do MPC-MG

CORPO EDITORIAL

EDITORA-CHEFE

Cristina Andrade Melo

COMISSÃO EDITORIAL

Ana Carolina de Souza e Silva

Maria Tereza Fonseca Dias

Izabella Cunha Velloso

Nara Marques de Oliveria Mattar

REVISÃO

Lílian de Oliveira

COLABORADORES

André Augusto Costa Zocrato

André Luiz de Oliveira Junior

Bruna Gontijo Pellegrino

Giovana Almeida

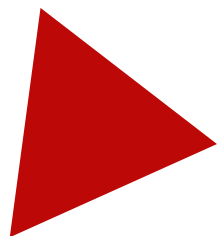
Vivian de Paula

DESIGNER

Lívia Maria Barbosa Salgado

SUORTE TI

Juan Karlos Freitas Diniz



SUMÁRIO

ARTIGOS CIENTÍFICOS

Carlos Henrique Benedito Nitão Loureiro | Uma proposta de *e-marketplace* para o regime geral de contratações públicas | **PÁGINA 8**

Carolina Zancaner Zockun | **Renata Melo Pacheco** | A Lei n. 14.133/2021 e a gestão patrimonial e desfazimento de bens móveis inservíveis no âmbito da Administração Pública Federal | **PÁGINA 19**

Cristina Andrade Melo | Aspectos relevantes da dispensa de pequeno valor na nova lei de licitações | **PÁGINA 40**

Fábio de Sousa Santos | **Fernando Nunes Madeira** | **Maxwel Mota de Andrade** | Governança das contratações públicas no Governo Digital | **PÁGINA 56**

Flávio Garcia Cabral | A necessária fase preparatória da contratação direta na Lei n. 14.133/2021 | **PÁGINA 70**

Gabriela Verona Pércio | **Christianne de Carvalho Stroppa** | Indicação de marca ou modelo e vedação de marca ou produto na contratação de bens pela Administração Pública | **PÁGINA 84**

Karina Houat Harb | **Valdir Godoi Buqui Netto** | Regime de nulidades e interesse público na LLCA: evolução e resignificação | **PÁGINA 97**



Artigos científicos

UMA PROPOSTA DE E-MARKETPLACE PARA O REGIME GERAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A PROPOSAL FOR AN E-MARKETPLACE FOR THE GENERAL REGIME OF PUBLIC PROCUREMENT



Carlos Henrique Benedito Nitão Loureiro

Mestre em Direito pela UFRN. Procurador Federal – AGU. Membro da Comissão de Estudos em Licitações e Contratos do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA).

Sumário: 1. Introdução; 2. O credenciamento na nova lei de licitações e contratações públicas; 3. A pré-qualificação na nova lei de licitações e contratações públicas; 4. Uma proposta de *e-marketplace* para contratações públicas; Referências.

Resumo: A Lei n. 14.133/2021 instituiu o novo regime geral de contratações públicas. Entre as suas novidades normativas, destacam-se os instrumentos auxiliares do credenciamento e da pré-qualificação. A partir da combinação desses mecanismos, neste artigo estruturou-se uma proposta de *e-marketplace* para contratação de bens e serviços comuns no âmbito da administração pública. Esse modelo, naturalmente, exigirá a criação de ferramentas eletrônicas e desenvolvimento de robôs para auxiliar na sua implementação, uma vez que as operações serão realizadas em ambiente virtual, objetivando incrementar a eficiência e a redução da burocracia nesse ambiente de compras *on-line*.

Abstract: Law n. 14.133/2021 establishes the new general public procurement regime. Among its new regulations, we highlight the auxiliary instruments for accreditation and pre-qualification. From the combination of these mechanisms, we structured an *e-marketplace* proposal for purchasing common goods and services within the scope of public administration. This model, naturally, required the creation of electronic tools and the development of robots to assist in its implementation, since operations will be carried out in a virtual environment, aiming to increase efficiency and reduce bureaucracy in the online shopping environment.

Palavras-chave: Credenciamento. Pré-qualificação. Contratações públicas. *e-marketplace*.

Keywords: Accreditation. Prequalification. Public Procurement. *e-marketplace*.

1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 14.133/2021¹ instituiu o novo regime geral de licitações e contratações públicas no Brasil. É verdade que a doutrina destaca que não houve grandes avanços ou mesmo desburocratização do procedimento licitatório.

Para além desses debates, é importante ressaltar que o regime geral de contratações públicas vigente reflete, em alguma medida, uma espécie de nacionalização da forma pela qual a União planeja e desenvolve seu procedimento licitatório. Isso fica muito evidente com as regras que tratam do planejamento das contratações.

Ademais, observa-se a influência das orientações normativas da Advocacia-Geral da União (AGU) – possibilidade de contrato administrativo com prazo de vigência indeterminado, do Tribunal de Contas

1 BRASIL. Lei n. 14.133. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, edição 61F, seção 1, extra F, p. 2, 1 abr. 2021.

da União (TCU) e da doutrina – na previsão de prorrogação automática da vigência dos contratos administrativos de escopo (obras, por exemplo).

Ainda nessa perspectiva de inovações no regime geral de contratações públicas, ou seja, no que diz respeito à previsão expressa no texto da lei, e que será objeto de nossas reflexões no presente artigo, destacamos os instrumentos auxiliares do credenciamento e da pré-qualificação.

Quanto à utilização dessas ferramentas, parece-nos que não haveria novidade, sobretudo em relação ao credenciamento, que é amplamente utilizado pelos entes federativos. Podemos destacar o credenciamento de profissionais da saúde nos municípios, credenciamento de oficinas para realização de vistorias pelos departamentos estaduais de trânsito e credenciamento de leiloeiros.

Sobre a pré-qualificação, tem-se uma utilização mais restrita, haja vista as limitações normativas então existentes e, talvez, a administração pública não tenha percebido as potencialidades desse instrumento auxiliar para a eficiência e celeridade das contratações públicas.

Neste artigo, apresentaremos uma proposta de estruturação de um *e-marketplace* para a administração pública a partir da utilização conjunta do credenciamento e da pré-qualificação. Não trataremos do *marketplace* a partir da lógica do mercado fluido.² Nossa pretensão diz respeito à estruturação de um sistema para contratação de bens e serviços comuns.

Antes de avançar ao ponto que entendemos essencial da nossa proposta, ou seja, um modelo de *e-marketplace* para a administração pública, vamos apresentar algumas considerações e reflexões a respeito do credenciamento e da pré-qualificação.

2 O CREDENCIAMENTO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O credenciamento, nos termos da Lei n. 14.133/2021, consiste em um processo administrativo de chamamento público por meio do qual a administração pública convoca os interessados em fornecer bens ou prestar serviços. Após a realização da análise do cumprimento dos requisitos necessários, os interessados serão credenciados e, quando convocados, poderão executar o objeto para atender a necessidade da administração pública.³⁴

É importante perceber que o credenciamento tem a natureza jurídica de instrumento auxiliar, assim como o sistema de registro de preços e o registro cadastral. Pensamos ser importante realizar esse destaque. Isso porque entendemos que o artigo 78, I, e o artigo 79, I, II e III, da Lei n. 14.133/2021 consistem em fundamentos normativos autônomos para as contratações daí resultantes.

Desse modo, ainda que a Lei n. 14.133/2021⁵ tenha inserido o credenciamento como hipótese para a contratação direta por meio de inexigibilidade de licitação, pensamos que essa disposição normativa não seria necessária, uma vez que o credenciamento tem natureza jurídica de instrumento auxiliar às contratações públicas, sendo, portanto, esse o fundamento legal para as relações jurídicas contratuais

2 CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. Contratações públicas através de e-marketplace. In: LOPES, Virgínia Bracarense; SANTOS, Felipe Vilaça Loureiro (Coord.). **Compras públicas centralizadas no Brasil: teoria, prática e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 421-434.

3 BRASIL. Lei n. 14.133/2021, artigo 6º, XLIII,

4 BRASIL. Decreto federal n. 11.878, de 9 de janeiro de 2024. Regulamenta o art. 79 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o procedimento auxiliar de credenciamento para a contratação de bens e serviços, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**, ed. 7, seção 1, p. 2, 10 jan. 2024.

5 BRASIL. Lei n. 14.133/2021, artigo 74, I,

pactuadas pela administração pública quando dele fizer uso, assim como o artigo 78, IV, e artigo 82 e seguintes da Lei n. 14.133/2021 são fundamentos para a utilização do sistema de registro de preços.⁶

Não obstante isso, temos consciência de que a doutrina majoritária não caminha nesse sentido, uma vez que faz o enquadramento das contratações resultantes do credenciamento como hipótese de inexigibilidade. Essa percepção, talvez, possa ter sido influenciada pelo entendimento vigente no regime geral da Lei n. 8.666/1993, que não tratava especificamente do credenciamento e, por exemplo, o Tribunal de Contas da União⁷ entendia que se tratava de uma espécie de inexigibilidade às avessas, uma vez que caracterizado pela multiplicidade de interessados em contratar com a administração pública.

Dito isso, seria de bom tom ressaltar que, no fim do dia, em termos práticos, essa celeuma apontada possa ser irrelevante. No entanto, pensamos ser importante deixar o registro dessa provocação a fim de que as leitoras e os leitores possam fazer suas reflexões.

Uma vez ultrapassada essas questões iniciais, o credenciamento é instrumento auxiliar que objetiva amplificar as possibilidades de contratações com a administração pública. Esse é um elemento que o particulariza e o caracteriza.

Disso resulta uma observação relevante, isto é, a administração precisa conhecer o mercado dos bens ou serviços que tem a necessidade de contratar sob essa perspectiva da *pluralidade de interessados*, uma vez que na modalidade *paralela e não excludente* (artigo 79, I) a vantajosidade do uso do credenciamento pode ser compreendida pela possibilidade de realização de contratações simultâneas em razão da alta *pluralidade de ofertantes*.

Nesse cenário, poderíamos citar como exemplo o credenciamento de artistas feito pela Secretaria Municipal de Cultura de Goiânia para realizar o registro de "(...) pessoas e entidades culturais destinado a mapear o perfil da comunidade artística e cultural de Goiânia".⁸

Além desse modelo de credenciamento, a lei geral de licitações dispõe sobre o uso do credenciamento com *seleção a critério de terceiros* (artigo 79, II). Esse modelo é caracterizado pelo fato de que a escolha do prestador de serviços, por exemplo, não é realizada pela administração pública credenciante, mas diretamente pelo seu destinatário. Basta imaginar a consulta de exame de vista para renovação da sua carteira de habilitação. Costumeiramente, esses serviços são prestados por clínicas credenciadas pelos departamentos estaduais de trânsito.

Um terceiro modelo previsto na lei geral de licitações e contratações públicas diz respeito ao credenciamento em *mercados fluidos* (artigo 79, III), que é particularizado pela flutuação das condições de mercado e dos preços do objeto para atender a necessidade da administração. Essa variação inviabilizaria o processo de licitação em virtude de sua dinamicidade, que caminha em sentido oposto à previsibilidade e estabilidade que se buscaria mediante o processo licitatório.

A compreensão desse modelo passa pelo entendimento do que seriam mercados fluidos. Pensamos que nesse tipo de mercado os preços oscilam de acordo com os custos relacionados com a oferta,

6 BRASIL. Decreto federal n. 11.462, de 31 de março de 2023. Regulamenta os art. 82 a art. 86 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o sistema de registro de preços para a contratação de bens e serviços, inclusive obras e serviços de engenharia, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**, n. 63C, seção 1 – extra, p. 1, 31 mar. 2023.

7 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão 3567/2014**. Plenário, Relator: José Múcio Monteiro, Processo 018.515/2014-2, 9 dez. 2014.

8 GOIÂNIA. Chamada Pública 02/2022. Disponível em: <https://www.goiania.go.gov.br/secult/editais/#edital-02-2022-credenciamento>. Consulta em 20.4.2024, 16:38.

procura, preços da concorrência, sazonalidade, sendo, portanto, preços flexíveis e dinâmicos, em constante flutuação.

Nesse tipo de mercado, os preços poderão ser estabelecidos pelo fornecedor em tempo real, com base em sua avaliação das condições de concorrência do mercado, oferecendo uma resposta específica para as demandas apresentadas pelos consumidores. Desse modo, os preços são versáteis e por essa razão a seleção do prestador de serviços ou do fornecedor de bens é incompatível com a fixação de preços. Basta imaginar a lógica dos preços do *site* da Amazon que oscilam ao longo do dia.

Esses são os modelos da administração pública para realizar contratações com fundamento no credenciamento. São instrumentos que possibilitam, mas não obrigam a administração a contratar. No entanto, a credibilidade é um valor importante e que precisa ser perseguido e preservado pela administração pública, de modo que, em razão disso e dos custos administrativos e operacionais, não parece fazer sentido publicar o edital de chamamento público se não há, de fato, a intenção de celebrar as contratações para atender a sua necessidade.

No que diz respeito ao procedimento para a operacionalização do credenciamento, a lei e seu decreto estabelecem as regras que precisam ser observadas, sendo assim, o edital deverá ser divulgado no sítio eletrônico oficial do ente público credenciante e no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNPC). O credenciamento poderá ser realizado enquanto o edital estiver publicado e vigente, inclusive no que diz respeito à admissão de novos interessados.

Tendo em vista que o credenciamento, no modelo de contratação paralela e não excludente, tem como elemento distintivo a amplificação das relações com os ofertantes mediante múltiplas contratações simultâneas, a administração credenciante tem o dever de estabelecer os critérios objetivos para distribuição da demanda, que deverá assegurar a igualdade de oportunidade entre os interessados.

Nesse caso, a pergunta que precisa ser feita é: se se vai credenciar artistas para mapear o perfil da comunidade artística e cultural de uma cidade, estado ou de determinada região do estado, qual critério se poderia utilizar para distribuir a demanda entre eles? Poderia ser por ordem de credenciamento, haja vista que estaria distribuindo-a à medida que o interesse está sendo demonstrado; ou, então, poderia utilizar o sorteio sempre que tiver um número “x” de artistas credenciados.

Não importa se o critério vai ser a ordem de credenciamento ou sorteio ou outro que se entenda pertinente, o relevante é que ele seja objetivo e evite casuísmo e favorecimento pessoais, a fim de assegurar a realização do princípio da igualdade entre os interessados.

Além disso, é preciso estar atento à obrigação de definir, na fase de planejamento, as *condições padronizadas de contratação*, nos modelos previstos nos incisos I e II, artigo 79, da Lei n. 14.133/2021. Tomemos como exemplo o edital do município de Goiânia citado anteriormente, no que diz respeito à *padronização da atuação profissional* para atender demandas de produção artística: “Expressões culturais da tradição: grupos populares relativos à cultura popular (cultura afro-brasileira e cultura indígena) – folguedos, caboclinhas, catira, cavallhada, capoeira, congadas, maculelê, reisado, quadrilhas juninas, blocos e agremiações carnavalescas”.

Essas *condições padronizadas* serão aplicadas indistintamente aos interessados em se credenciar e devem estar retratadas no edital. Como exemplo dessas condições, podemos citar aquelas relacionadas com a atuação profissional ou as características do objeto, as condições para participação, as regras de inscrição, as exigências da proposta a ser apresentada, as regras do processo seletivo, dos recursos e das impugnações, além do valor, dos documentos necessários e das condições para o pagamento.

Além disso, o edital vai dispor sobre as hipóteses de descredenciamento, minuta de termo de contrato, termo de credenciamento ou documento equivalente, possibilidade de cometimento a terceiros, se for o caso, as sanções aplicáveis e a possibilidade de denúncia por qualquer das partes.

É de bom tom asseverar que o *descredenciamento* e a *denúncia* são situações distintas entre si. Essa ocorre no caso de irregularidades no curso do credenciamento, em virtude do não cumprimento das regras previstas no edital, da entrega dos bens, da prestação dos serviços ou de outras regras editalícias. Essas violações precisam ser apuradas e comprovadas por meio de processo administrativo sancionador, com contraditório e ampla defesa, podendo resultar na aplicação das penalidades previstas no edital de credenciamento.

Esse processo sancionador pode observar as regras previstas nos artigos 155 e seguintes da Lei n. 14.133/2021, ou aquelas dispostas no normativo do ente credenciante com observância às regras da sua lei de processo administrativo ou, caso não tenha normativo próprio, aquelas previstas na Lei n. 9.784/1999, que dispõe sobre o processo administrativo federal.

A *denúncia* poderá ser realizada não apenas pelas partes, mas também pelos administrados ou pelos destinatários dos serviços ou bens credenciados, uma vez identificadas irregularidades na execução do ajuste.

No que diz respeito ao *descredenciamento*, é preciso lembrar que pode estar previsto como uma das sanções a ser aplicada aos credenciados. No entanto, também pode ser compreendido como a livre manifestação de vontade, a qualquer tempo, do credenciado demonstrando seu desinteresse na continuidade da relação contratual, solicitando, assim, a extinção dessa relação antes do termo final de sua vigência.

3 A PRÉ-QUALIFICAÇÃO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O instrumento auxiliar da pré-qualificação está previsto no artigo 80, I e II, da Lei n. 14.133/2021. Não se trata, diga-se de passagem, de novidade no mundo das contratações públicas, posto que tanto a lei do regime diferenciado de contratações públicas como a Lei n. 8.666/1993 autorizavam a sua utilização.

Não obstante isso, a pré-qualificação pode se mostrar como um mecanismo interessante para aprimorar a eficiência e a eficácia das contratações públicas, uma vez que antecipam, em alguma medida, análises sobre a habilitação do interessado em contratar com a administração ou das especificações técnicas e de qualidade do objeto.

Portanto, a pré-qualificação é um tipo de decisão administrativa que reconhece as condições de habilitação do interessado (pré-qualificação subjetiva) para participar de futura licitação; ou que reconhece que o bem apresentado atende as exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela administração (pré-qualificação objetiva).

Segundo o texto da lei, trata-se de “procedimento seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, destinado à análise das condições de habilitação, total ou parcial, dos interessados ou do objeto”⁹

Assim, podemos dizer que a pré-qualificação é um procedimento técnico-administrativo consistente na antecipação da verificação, pela administração, do cumprimento dos requisitos para a participação de

⁹ BRASIL. Lei n. 14.133/2021, Artigo 6º, XLIV.

futura licitação, seja analisando as condições dos interessados (subjetiva) seja analisando os bens que se pretende adquirir (objetiva).

Na *pré-qualificação subjetiva*, a administração analisa os requisitos de habilitação para que o interessado possa participar da futura licitação. Essa análise documental pode ser total ou parcial e será realizada em processo administrativo específico e em momento temporal anterior ao processo licitatório, objetivando investigar a capacidade do interessado no que diz respeito à execução do objeto, mediante a verificação dos documentos relacionados à habilitação jurídica, técnica, econômico-financeira, fiscal, social e trabalhista.¹⁰

Sendo assim, trata-se de uma decisão administrativa declaratória de conformidade com os requisitos legais previstos para a habilitação do interessado. A contrário senso, tem-se que o não reconhecimento de conformidade implica o reconhecimento da inexistência das condições habilitatórias.

Nas palavras de Sidney Bittencourt, “As vantagens da adoção da pré-qualificação são inúmeras, notadamente no afastamento das polêmicas referentes à idoneidade dos licitantes, que causam imensos transtornos para a Administração”.¹¹

A *pré-qualificação objetiva* relaciona-se com a análise dos requisitos técnicos e de qualidade do bem a ser futuramente adquirido pela administração quando da realização da licitação. Em razão dessa análise antecipada, a pré-qualificação se coloca como mecanismo para afastar incertezas que, como regra, são naturais e estão presentes no processo de contratação pública, relacionam-se com a qualidade dos bens que a administração pretende adquirir. Podemos concluir que se trata de decisão administrativa constitutiva a respeito da qualidade e dos requisitos técnicos dos bens pré-qualificados.

Mas podemos questionar: e a amostra, não poderia ter esse tipo de função? Parece que não. *Primeiro*, a sua exigência não é obrigatória; *segundo*, a análise do bem ocorrerá apenas no curso da licitação e do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar; *terceiro*, a depender da quantidade de itens, poderá demandar bastante tempo para análise; *quarto*, não sendo verificada a conformidade do bem com as especificações, resultará na desclassificação do licitante, passando-se à análise dos demais na ordem de classificação até que seja declarada a conformidade do bem com as exigências previstas no edital.

A pré-qualificação, por ser anterior ao processo licitatório, afasta essas incertezas, sendo, portanto, essencial para assegurar a qualidade do bem, além de contribuir para a celeridade do processo de contratação pública. Essa é uma das grandes virtudes desse instrumento auxiliar, isto é, permitir que a administração analise se o bem a ser futuramente ofertado no processo licitatório atende os critérios de qualidade e os requisitos técnicos para atender adequadamente a sua necessidade.

No âmbito da administração pública federal, não foi publicado decreto para regulamentar a utilização da pré-qualificação. Isso, na nossa compreensão, inviabiliza a sua utilização, haja vista que o artigo 78, §1º, da Lei n. 14.133/2021 dispõe que “Os procedimentos auxiliares de que trata o caput deste artigo obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento”.

Não obstante isso, a nova lei de licitações estipula regras a serem observadas quando do exercício da atividade normativa regulamentar pelos entes federativos. Essa autorização é relevante, considerando o fato de que essa normatização deve, em alguma medida, refletir as peculiaridades locais e regionais dos entes federativos.

¹⁰ *Ibidem*, artigos 62 a 70.

¹¹ BITTENCOURT, Sidney. **Nova Lei de Licitações**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 665.

Segundo a Lei n. 14.133/2021, na pré-qualificação aberta para interessados em contratar com a administração, poderão ser dispensados os documentos já cadastrados no registro. O registro cadastral é um procedimento auxiliar consistente em um cadastro unificado de licitantes, conforme artigo 87. Essa dispensa decorre da ideia de eficiência e celeridade, uma vez que não faz sentido realizar o mesmo trabalho de cadastramento quando essas informações já estão disponíveis no registro cadastral. Ademais, parece não ser razoável exigir documentos que já estão na posse da administração.

Apesar da autorização legal, parece ser importante destacar que há, no I, §1º, do artigo 80 uma faculdade atribuída à administração. Porém, nos casos de dúvidas quanto à veracidade das informações ou autenticidade do certificado de registro cadastral apresentado, quando se tratar de cadastro realizado por ente federativo diverso, ou outra circunstância devidamente motivada, parece ser mais adequada a dispensa dos documentos do registro cadastral.

Em relação à redação do inciso II, §1º, do artigo 80 da Lei n. 14.133/2021, que trata da pré-qualificação objetiva, pensamos que a regra não revela adequadamente o objetivo desse instrumento auxiliar, isso porque *faculta* a exigência da comprovação da qualidade dos bens. Essa faculdade ou discricionariedade tende a afastar o elemento caracterizador mais marcante e interessante da pré-qualificação, que consiste na possibilidade de a decisão administrativa constituir uma situação de certeza quanto ao controle de qualidade dos bens pré-qualificados.

Desse modo, sugerimos a quem trabalha com contratações públicas avaliar e refletir se não faria mais sentido exigir a comprovação da qualidade dos produtos para atender a necessidade pública que, em alguma medida, poderá contribuir para afastar os interessados que pretendem contratar e que não tenham qualquer compromisso com a qualidade dos bens que serão ofertados à administração pública.

A respeito do procedimento, é importante registrar que o edital de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para que o interessado possa solicitar sua inscrição. Isso quer dizer que não há uma fase própria, durante o processo administrativo da pré-qualificação, para apresentação dos documentos, sob pena de preclusão temporal, como ocorre no processo licitatório.

Além disso, o edital tem de dispor sobre as informações mínimas e necessárias para a definição do objeto que se pretende pré-qualificar, de modo que essa descrição deve ser precisa, suficiente e clara. Isso se mostra medida necessária e adequada para a certeza e segurança dos envolvidos no procedimento auxiliar, uma vez que terão conhecimento das exigências de qualidade e das especificações técnicas do bem que será objeto de pré-qualificação.

Assim, a contrário senso, a insuficiência da descrição do bem que será pré-qualificado contribuirá para o insucesso da pré-qualificação, em razão da incerteza quanto às características técnicas e de qualidade do seu objeto, que terminaria afetando a apresentação dos produtos pelos interessados, diante da imprecisão das exigências mínimas pretendidas pela administração pública.

A realização da pré-qualificação poderá ser segmentada em grupos, observando-se as especialidades dos fornecedores. Desse modo, seria possível pré-qualificar os interessados de acordo com a sua capacidade econômica, com a complexidade do objeto (tipologias de obras), natureza do bem e serviços, podendo-se utilizar como referencial o catálogo de serviços e materiais da administração pública federal.

Em razão disso, é possível a pré-qualificação, por exemplo, de fornecedores de equipamentos de informática, material de expediente, fornecedor de livros, fornecedor de material escolar, fornecedor

de café, serviços de contabilidade, serviços advocatícios, serviços de engenharia consultiva, serviços de engenharia ambiental, serviços de jardinagem, serviços de apoio administrativo e assim por diante.

Nesse cenário, por ser um procedimento seletivo prévio às contratações públicas, a administração poderá exigir dos interessados a comprovação, total ou parcial, do atendimento dos requisitos técnicos ou de habilitação necessários para celebração da futura contratação.

Por fim, é oportuno lembrar uma relevante ponderação apresentada por Sidney Bitencourt, destacando que "(...) a pré-qualificação, apesar de manter similitude com o cadastramento, com ele não se confunde, pois vai além do registro de informações realizado no cadastro, envolvendo atividade de julgamento".¹²

4 UMA PROPOSTA DE E-MARKETPLACE PARA CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A administração pública realiza suas contratações mediante procedimento licitatório que, durante muitos anos, se desenvolveu na modalidade presencial. Esse modelo ainda pode ser utilizado, para isso, é necessário que sejam apontadas as razões e a motivação. Não somos totalmente contra essa forma de realização de licitação.

É certo que a administração vem caminhando, há alguns bons anos, para a adoção de mecanismos eletrônicos e sistematizados para o desenvolvimento de suas atividades. Passamos a realizar licitações eletrônicas, transmitir audiências públicas pela rede mundial de computadores, utilizamos certificado digital para a assinatura de documentos, publicamos editais no sítio eletrônico oficial e com a nova lei de licitações o Portal Nacional de Contratações Públicas passou a ser o sítio eletrônico oficial destinado a dar ampla publicidade dos atos nas licitações e contratações públicas.

Pois bem, o fato é que, apesar de todo avanço tecnológico, ainda há, em alguma medida, receio em se adotar meios que possam, de fato, impactar a forma por meio da qual a administração realiza suas licitações. É preciso ter coragem e disposição para viver uma nova realidade mediante a instituição de um *e-marketplace* público.

Não que essas virtudes estejam presente nessas reflexões. O nosso objetivo é provocar a respeito da nossa inquietação. Uma coisa é certa, não nos faltará ousadia nas linhas seguintes, mas não poderíamos deixar de compartilhar essa ideia que há algum tempo vem nos gerando algum frenesi reflexivo. O nosso propósito é somente o de colocar o tema no palco do debate. Temos consciência das dificuldades e diversidade estrutural e tecnológica entre os entes que compõem a federação brasileira.

Um *e-marketplace*, de forma mais simples e resumida, é uma plataforma na internet na qual fornecedores disponibilizam seus bens ou oferecem seus serviços. Um modelo de negócio que se desenvolve no ambiente virtual e que conecta fornecedores e consumidores. Seria, portanto, um shopping virtual, que, em alguma medida, pode ser representado pelo *site* da Amazon. Nesse *site*, não há dúvidas sobre a diversidade de produtos que são oferecidos com amplo e irrestrito acesso, não importando se o comprador está no interior da Paraíba, em Belo Horizonte, Brasília ou no interior de Roraima. E o mais vantajoso, com alguns cliques se pesquisa o produto de interesse, calcula-se o frete (quando é cobrado) e se define a forma de pagamento.

Antes de avançar, é preciso deixar claro que a nossa proposta se relaciona com as *contratações de bens e serviços comuns*, que, segundo a Lei n. 14.133/2021, são "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de

12 BITTENCOURT, *Nova Lei de Licitações*, op. cit., p. 666.

mercado”.¹³ Nesse cenário, busca-se estruturar o modelo de *e-marketplace* público, ou seja, um espaço no qual fornecedores possam disponibilizar bens e serviços comuns e a administração possa, após algumas cautelas a serem adotadas, realizar as suas contratações fora do modelo burocrático que caracteriza o processo de licitação pública no Brasil.

Para isso, é preciso juntar algumas peças do Lego normativo, são elas: (i) o modelo de credenciamento e (ii) a pré-qualificação. Contudo, antes de conectar essas peças, é imprescindível o desenvolvimento de uma plataforma eletrônica on-line com algumas ferramentas para a sua operacionalização. Assim, apontaremos passos que são necessários para a estruturação do nosso modelo de *e-marketplace*, segundo nossas reflexões.

Passo 1. A criação do ambiente virtual. A administração criaria um *site* na internet utilizado para o desenvolvimento das fases de seleção e contratação dos fornecedores e prestadores de serviços. Nesse *site*, a administração criaria *seções para disponibilização dos bens e serviços* de acordo, por exemplo, com o tipo do objeto. Por exemplo, uma seção com produtos de informática: notebooks, desktops, monitores, tablets, peças e componentes para computadores, impressoras, acessórios, fones de ouvido e dispositivos para memória e armazenamento. Além de bens a serem disponibilizados, haveria seções destinadas ao cadastro de serviços. Assim, teríamos, por exemplo, serviços de automação, serviços de manutenção de equipamentos de comunicação, serviços de pintor, serviços de transporte, serviços de vigilância e tantos outros. Nos termos da Nova Lei de Licitações e Contratos, estaríamos realizando uma pré-qualificação objetiva. Poderíamos até pensar no credenciamento dos fornecedores. Sendo assim, o credenciamento ou a pré-qualificação podem ser o fundamento jurídico para a disponibilização, em um shopping de compras da administração pública, de interessados em contratar com a administração.

Passo 2. Desenvolvimento de robô para a realização de pesquisa de preços. Tendo em vista que seriam cadastrados os preços dos bens e serviços ofertados, e essa precificação seria de responsabilidade dos particulares, esses preços precisariam estar compatíveis com aqueles praticados nos demais mercados. Pode parecer estranho usar a expressão “nos demais mercados”, mas é preciso ter em mente o fato de que as contratações públicas se desenvolvem em um mercado próprio, cujos preços têm influência direta com a relação de confiança e a credibilidade da administração contratante no que diz respeito, por exemplo, ao cumprimento de suas obrigações contratuais, não apenas aquelas relacionadas com o pagamento, como também eventual abuso no que toca às cláusulas exorbitantes e até mesmo a aplicação de penalidades. Em razão dessa autonomia e responsabilidade do particular na precificação do bem ou serviço, a administração precisaria de um robô para atuar como agente responsável pela análise dos preços registrados na plataforma e sua compatibilidade com os praticados no mercado, utilizando como base de dados o PNCP, as contratações similares feitas pela administração pública e a pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, quando essa ferramenta estiver disponível. Sendo assim, identificada eventual desconformidade dos preços registrados pelo robô, este expediria um alerta ao fornecedor do bem ou prestador de serviços cadastrados a fim de que possa revisar seu preço e decidir pela manutenção ou adequação ao valor informado pelo robô.

Passo 3. Criação de um espaço para publicação da necessidade. O edital da licitação continuaria sendo publicado no Portal Nacional de Contratações Públicas. No *e-marketplace*, seria divulgada a necessidade da administração, ou seja, o bem ou

13 BRASIL. Lei n. 14.133/2021, artigo 6º, XIII.

serviço objeto da contratação e a data e horário para apresentação das propostas, além do tempo de duração dessa seção. Uma vez publicada essa informação, os cadastrados seriam notificados dessas informações por e-mail ou outro mecanismo de comunicação eletrônica (mensagem por WhatsApp, por exemplo).

Passo 4. Modelagem para apresentação das propostas. Na data e horário indicados no aviso de divulgação da necessidade da administração, o sistema automaticamente abriria a seção para apresentação de propostas que duraria pelo período previsto no aviso. Durante esse tempo, os participantes apresentariam suas propostas, assim como acontece no sistema da disputa eletrônica. Uma vez encerrado o prazo, o sistema classificaria as propostas na ordem de precificação e, sendo verificado algum empate, adotaria os critérios previamente definidos no algoritmo.

Passo 5. Desenvolvimento de robô para a realização da validação das informações de habilitação. Seria realizada com base nas informações constantes no credenciamento ou na pré-qualificação subjetiva. Sendo constatada a conformidade das informações, o licitante seria declarado vencedor e o objeto, adjudicado.

Passo 6. Criação de um espaço para assinatura do contrato. O contrato seria assinado eletronicamente, uma vez que a sua minuta seria publicada como anexo do edital, sendo, portanto, de conhecimento público.

Passo 7. Criação de um espaço para solicitação do objeto e confirmação do recebimento provisório e definitivo. Após assinatura do contrato, a administração solicitaria as quantidades adequadas para atender a sua necessidade, cujo recebimento seria confirmado eletronicamente.

Apesar de eventual ousadia da proposta, temos plena consciência de que a implementação desse modelo não aconteceria de forma simples, tendo em vista as questões operacionais e a necessidade de desenvolvimento de um espaço virtual próprio com as ferramentas apontadas. Além disso, não desconhecemos a diversidade de realidades estruturais e as dificuldades reais de gestão dos entes federativos.

No entanto, parece-nos que, ao menos do ponto de vista jurídico, seria possível pensar em um modelo de *e-marketplace* para a contratação de bens e serviços comuns pela administração pública, contribuindo para, em alguma medida, a redução tanto da burocracia e do custo de transação quanto das incertezas no âmbito das contratações públicas.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. **Nova Lei de Licitações**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

BRASIL. Decreto federal n. 11.462, de 31 de março de 2023. Regulamenta os art. 82 a art. 86 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o sistema de registro de preços para a contratação de bens e serviços, inclusive obras e serviços de engenharia, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**, n. 63C, seção 1 – extra, p. 1, 31 mar. 2023.

BRASIL. Decreto federal n. 11.878, de 9 de janeiro de 2024. Regulamenta o art. 79 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o procedimento auxiliar de credenciamento para a contratação

de bens e serviços, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**, ed. 7, seção 1, p. 2, 10 jan. 2024.

BRASIL. Lei n. 14.133. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, edição 61F, seção 1, extra F, p. 2, 1 abr. 2021.

CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. Contratações públicas através de e-marketplace. *In*: LOPES, Virgínia Bracarense; SANTOS, Felipe Vilaça Loureiro (Coord.). **Compras públicas centralizadas no Brasil**: teoria, prática e perspectivas. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 421-434.

GOIÂNIA. Chamada Pública 02/2022. Disponível em: <https://www.goiania.go.gov.br/secult/editais/#editais-02-2022-credenciamento>. Consulta em 20.4.2024, 16:38.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão 3567/2014**. Plenário, Relator: José Múcio Monteiro, Processo 018.515/2014-2, 9 dez. 2014.

A LEI N. 14.133/2021 E A GESTÃO PATRIMONIAL E DESFAZIMENTO DE BENS MÓVEIS INSERVÍVEIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

LAW N. 14.133/2021 AND THE MANAGEMENT AND DISPOSAL OF UNSERVICEABLE MOVABLE PROPERTY IN THE FEDERAL PUBLIC ADMINISTRATION



Carolina Zancaner Zockun

Mestre e doutora em Direito Administrativo pela PUC/SP com Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra, em Portugal. Professora de Direito Administrativo na PUC/SP (São Paulo-SP, Brasil). Procuradora da Fazenda Nacional. Coordenadora do Grupo de Trabalho e Estudos de Compras Colaborativas da Advocacia-Geral da União (AGU). Co-Coordenadora da Comissão Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da AGU. Chefe da Divisão de Consultoria e Assessoramento em Direito Administrativo da Procuradoria da Fazenda Nacional na 3ª Região. Membro da Comissão de Estudos em Licitações e Contratos do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA).

Renata Melo Pacheco

Procuradora da Fazenda Nacional atuante na Divisão de Consultoria e Assessoramento em Direito Administrativo da Procuradoria da Fazenda Nacional na 3ª Região. Membro do Conselho de Consultoria Administrativa da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Sumário: 1. Introdução; 2. O processo de desfazimento de bens móveis; 3. Constituição da comissão de desfazimento; 4. Levantamento e identificação dos bens móveis inservíveis; 5. Classificação e avaliação; 6. Desfazimento propriamente dito: instrumentos de movimentação dos bens e baixa patrimonial; 7. Normativos relevantes; 7.1. Instrução Normativa SSC/MGI nº 26, de 18 de agosto de 2023; 7.2. Orientação Normativa n. 10/2021/COORD/E-CJU/RESIDUAL/CGU/AGU; 8. Temas práticos; 8.1. Desfazimento de bens servíveis, que estão sendo utilizados nas unidades, mas que se tornarão excedentes com a redução das estruturas físicas; 8.2. Procedimento para desfazimento de bens “fora de uso”, que estão acondicionados em depósitos administrados pelo poder público; 8.3. Existe procedimento para incorporação de bem não patrimonial ao patrimônio da União (sem qualquer documento acerca de sua origem)? Caso seja necessário o desfazimento de ativo não patrimonial, seja em virtude da redução de estruturas físicas seja em razão do esgotamento da vida útil do bem, qual procedimento melhor resguardaria o interesse público? 9. Conclusões; Referências.

Resumo: O artigo pretende examinar os dispositivos da Lei n. 14.133, em vigor desde 1º de abril 2021 (NLCC), em cotejo com os da legislação pretérita (Lei n. 8.666/1993), relacionados ao procedimento de desfazimento de bens móveis servíveis e inservíveis, abarcando esclarecimentos sobre bens não patrimonializados e responsáveis pela condução do procedimento, no âmbito da administração pública federal. A análise dos normativos aponta que o desfazimento de bens é uma poderosa ferramenta de gestão pública, que, alinhada aos princípios da eficiência e do planejamento, pode proporcionar a otimização de recursos, a redução de custos e a renovação do patrimônio público.

Abstract: The article intends to examine the provisions of Law n. 14.133, in force since April 1, 2021 (NLCC), in comparison with those of the previous legislation (Law n. 8.666/1993), related to the procedure for disposal of serviceable and unserviceable movable assets, including clarifications on non-inventoried assets and those responsible for conducting the procedure, within the scope of the federal public administration. The analysis of the regulations indicates that the disposal of assets is a powerful tool for public management, which, aligned

with the principles of efficiency and planning, can provide resource optimization, cost reduction, and renewal of public assets.

Palavras-chave: Gestão patrimonial. Bens móveis inservíveis. Desfazimento. Instrumentos de movimentação.

Keywords: Public asset management. Disused movable assets. Exclusion from public assets. Tools of movement.

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se examinar os dispositivos da Lei n. 14.133, a nova Lei de Licitação e Contratos Administrativos (NLCC), em vigor desde 1º de abril 2021, em cotejo com os da legislação pretérita (Lei n. 8.666/1993), relacionados ao procedimento de desfazimento de bens móveis servíveis e inservíveis, abarcando esclarecimentos sobre bens não patrimoniados e responsáveis pela condução do procedimento, no âmbito da administração pública federal.

Rememora-se que o legislador prescreveu um período de transição com convivência de ambas as leis, sendo expressamente vedada a combinação de regimes ou alteração posterior da disciplina jurídica anteriormente escolhida (art. 191 da NLCC).

Anota-se que a Secretaria de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos publicou a Portaria Seges/MGI n. 1.769, de 25 de abril de 2023, dispondo sobre o regime de transição de que trata o artigo 191 da NLCC, no âmbito da administração pública federal, direta, autárquica e fundacional.

Tal normativo foi elaborado em decorrência da Medida Provisória n. 1.167, de 31 de março de 2023, que alterou o prazo de transição previsto na NLCC, que se encerraria em 1º de abril daquele ano. Meses depois, a Lei Complementar n. 198/2023 foi sancionada, incluindo um dispositivo que reafirmava o prazo definido pela medida provisória. Essa providência foi considerada necessária diante do risco de a MP n. 1.167/2023 não ser votada dentro do prazo constitucional, o que realmente ocorreu. A partir de então, os órgãos e entidades da administração pública tiveram até o dia 29 de dezembro de 2023, conforme cronograma previsto no anexo da portaria, para publicar o edital ou ato de autorização/ratificação no Diário Oficial, se elaborados com fundamento no antigo regime.

Convém consignar que o Parecer n. 0002/2021/CNMLC/AGU, emitido pela Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos, respondeu ao seguinte questionamento: “os regulamentos editados sob a égide das Leis n. 8.666/93, n. 10.520/02 e n. 12.462/11 podem ser aproveitados como instrumentos regulamentares da Lei n. 14.133/21?”. Segue a conclusão exarada no parecer mencionado sobre o tema:

218. Por tudo o que se expõe, são essas as conclusões que se têm sobre o tema em questão (...)

12. Não é possível a recepção de regulamentos das leis n. 8.666/93, 10.520/02 ou 12.462/11 para a Lei n. 14.133/21, enquanto todas essas leis permanecerem em vigor, independentemente de compatibilidade de mérito, ressalvada a possibilidade de emissão de ato normativo, pela autoridade competente, ratificando o uso de disposições regulamentares para contratações sob a égide da nova legislação.

Registre-se que esteve disponível, para consulta pública, minuta de decreto para regulamentar a movimentação, a alienação, a destinação e a disposição final ambientalmente adequadas de bens móveis, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, com base na NLCC. Contudo, até o presente momento, tal decreto regulamentar não foi editado.

Por outro lado, foi editada a Instrução Normativa SSC/MGI n. 26, de 18 de agosto de 2023, pela Secretaria de Serviços Compartilhados do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos (MGI), dispondo sobre a gestão de bens móveis e de materiais de consumo administrativo no âmbito do MGI. Seu artigo 102 estabelece que os órgãos demandantes, integrantes do arranjo colaborativo provido pelo MGI, poderão aderir a essa instrução normativa, conforme modelo constante do Anexo I.

Portanto, atualmente, a temática em questão ainda se encontra regida pelo Decreto n. 9.373, de 11 de maio de 2018, pela Instrução Normativa Seges n. 11, de 29 de novembro de 2018 (reuse.gov) e pela instrução normativa supramencionada. Pontua-se que os dois primeiros normativos citados foram editados para regulamentar a Lei n. 8.666, de 1993.

O Decreto n. 9.373, de 2018, dispõe sobre a alienação, a cessão, a transferência, a destinação e a disposição final ambientalmente adequadas de bens móveis no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, contemplando todas as etapas do processo de desfazimento, conforme se verá neste artigo.

Ademais, foi editado o Decreto n. 11.461, de 31 de março de 2023, que regulamenta o art. 31 da NLCC, dispondo sobre os procedimentos operacionais da licitação na modalidade leilão, na forma eletrônica, para alienação de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos, e institui o Sistema de Leilão Eletrônico no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Muito embora a revogação definitiva do regime baseado na Lei n. 8.666, de 1993, já tenha se operado, julga-se pertinente trazer seus dispositivos e respectivos regulamentos. Isso porque, conforme explicitado acima, é possível a emissão de ato normativo, pela autoridade competente, para ratificar o uso de disposições regulamentares para contratações sob a égide da nova legislação (*in casu*, o Decreto n. 9.373, de 2018). Recorde-se que, até o momento, não foi editado decreto para regulamentar a movimentação de bens móveis à luz da Lei n. 14.133, de 2021.

Assinale-se que a Instrução Normativa Seges/ME n. 91, de 16 de dezembro de 2022, autorizou a aplicação do Decreto n. 7.983, de 8 de abril de 2013, no que couber, para a definição do valor estimado nos processos de licitação e de contratação direta de obras e serviços de engenharia, de que dispõe o § 2º do art. 23 da NLCC, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Além disso, a Instrução Normativa SSC/MGI n. 26, de 18 de agosto de 2023, dispôs sobre a **gestão** de bens móveis e de materiais de consumo no âmbito do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, não tendo contemplado etapas e conceitos fundamentais do procedimento em questão. Percebe-se também que o aludido normativo se refere, em diversos dispositivos, à “legislação pertinente”, demonstrando que necessita de legislação que o complemente.

2 O PROCESSO DE DESFAZIMENTO DE BENS MÓVEIS

De início, revela-se importante a figura do procedimento administrativo, isto é, a noção de que o processo é composto por diversas etapas encadeadas e conectadas entre si, visando a um ato final. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, procedimento ou processo administrativo “é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo”.¹

Esclarece-se que desfazimento de bens consiste no processo ou procedimento de exclusão de um bem do acervo patrimonial do órgão ou entidade pública, conduzido de acordo com a legislação vigente e expressamente autorizado pelo dirigente da unidade gestora.

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 382.

Ainda, cumpre registrar que bem móvel inservível é aquele que não pode mais ser utilizado para o fim a que se destina ou não serve mais para o órgão ou entidade pública. Como será demonstrado, esses bens não são necessariamente imprestáveis, pois o bem inservível para determinada unidade pode ter utilidade para outra. Ressalta-se, portanto, desde logo, a importância da gestão patrimonial eficiente. Aliás, existem sistemas de tecnologia da informação produzidos para auxiliar os gestores nas tarefas de gerenciamento e controle dos acervos de bens móveis² (cf. se verá mais à frente).

Frisa-se que tanto o Decreto n. 9.373, de 2018, como a Instrução Normativa Seges n. 11, de 29 de novembro de 2018, publicada para disciplinar o funcionamento da ferramenta denominada reuse.gov (substituída pelo sistema doacoes.gov.br), versam, prioritariamente, sobre bens móveis **inservíveis**. O tratamento feito aos bens móveis **não inservíveis** é periférico e excepcional. Tais bens são tratados no art. 4º, parágrafo único, e no art. 5º, parágrafo único, ambos do decreto, e no art. 6º, § 3º, da aludida instrução normativa. Por sua vez, a Instrução Normativa SSC/MGI n. 26, de 2023, nada menciona a respeito desses bens.

Mais à frente, serão trazidas ponderações sobre bens móveis inservíveis e não inservíveis (“servíveis”). Contudo, a título de exemplo, imagine-se a seguinte situação: a cessão de veículo servível (descaracterizado), ou seja, em uso, pela Superintendência da Polícia Rodoviária Federal do Rio de Janeiro ao Município de Niterói/RJ, para atender a necessidades de saúde pública, a saber, atividades de combate à dengue.

No contexto descrito, é inevitável a seguinte pergunta: o que fazer com bens móveis inservíveis? Esses bens tornam-se aptos à movimentação, conforme etapas do processo de desfazimento que serão descritas didaticamente a seguir.

- Constituição da comissão de desfazimento;
- Levantamento e identificação dos bens móveis inservíveis;
- Avaliação e classificação dos bens móveis inservíveis;
- Desfazimento propriamente dito e baixa patrimonial.

3 CONSTITUIÇÃO DA COMISSÃO DE DESFAZIMENTO

De acordo com o art. 10 do Decreto n. 9.373, de 2018, “[A]s classificações e avaliações de bens serão efetuadas por comissão especial, instituída pela autoridade competente e composta por três servidores do órgão ou da entidade, no mínimo”.

Na mesma linha, a Instrução Normativa SSC/MGI n. 26, de 2023, estabelece que “[A] avaliação e a classificação, bem como os demais procedimentos que integram o processo de desfazimento de bens móveis e de materiais de consumo, serão efetuados por comissão especial instituída pela autoridade competente, composta de, no mínimo, três servidores”.

As comissões nada mais são do que a instauração oficial de um grupo de agentes públicos para o exercício de uma atribuição que requer mais de um servidor para desempenhá-la adequadamente.

2 A administração pública deve se valer das novas tecnologias para prestar melhores serviços aos cidadãos e apresentar resultados satisfatórios em termos de planejamento e gestão. Para aprofundamento do tema, ver: SARAI, Leandro; ZOCKUN, Carolina Zancaner; CABRAL, Flávio Garcia. Public Administration and Innovation: E-Government in the International Perspective. *Beijing Law Review* (BLR), v. 14, n. 3, set. 2023. Disponível em: <https://www.scirp.org/journal/paperinformation?paperid=127770>. Acesso em: mar. 2024.

É necessário, então, ser criada comissão, instituída pela autoridade competente, conforme regulamentação interna do órgão, composta por, no mínimo, três servidores do órgão ou da entidade.

Deve-se estabelecer, na portaria de constituição, prazo de investidura dos membros da comissão (presidente e demais nomeados). Não há um prazo legalmente estipulado, mas é recomendável que a comissão atue por períodos previamente determinados. Tal providência é sempre salutar a fim de que haja rotatividade na composição da comissão.

Sugere-se, ademais, que os agentes públicos designados para atuarem na comissão tenham capacidade técnica para a função, ou seja, habilidades, aptidões e conhecimentos mínimos para o bom desempenho de suas atribuições à frente da comissão. *Grosso modo*, devem conhecer o acervo patrimonial de sua unidade e serem capazes de traçar planos para o aproveitamento eficiente dos bens públicos, a partir da análise do estado de conservação e utilidade deles.

Vale registrar que o art. 7º da NLCC menciona que a autoridade deverá promover “gestão por competências”. Segundo Leandro Sarai, “[O] ideal, nesse modo de gestão, é identificar os agentes que possuem maior talento para a função, ou seja, aqueles que podem entregar mais com o mínimo de esforço”.³ A gestão por competências privilegia, então, a adequação entre atribuições e qualificações do sujeito para desempenhar determinada função.

As principais atribuições da comissão de desfazimento são as seguintes: reunir as informações e documentos relacionados aos bens móveis inservíveis da unidade, avaliar e classificar os bens disponíveis para desfazimento, elaborar relatório do procedimento, recomendando a destinação a ser conferida aos mencionados bens e realizar o efetivo desfazimento e baixa patrimonial.

Lembra-se, ainda, que o papel das comissões está jungido sempre ao cumprimento de uma finalidade pública. No caso das comissões de desfazimento, o interesse público encontra-se revestido no melhor aproveitamento dos bens inservíveis.

Ademais, os atos da comissão devem, de toda sorte, ser públicos de modo a permitirem não apenas os controles internos e externos, mas também os controles sociais, salvo se houver incidência de hipótese de sigilo, nos termos da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (LAI).

4 LEVANTAMENTO E IDENTIFICAÇÃO DOS BENS MÓVEIS INSERVÍVEIS

Com o decurso do tempo, bens do acervo patrimonial do órgão podem deixar de lhe ser útil. Neste caso, devem ser identificados como inservíveis e arrolados em documento a ser apresentado à comissão para classificá-los nos termos do Decreto n. 9.373, de 2018.

Idealmente, tal investigação deve ocorrer de forma periódica, a fim de garantir o melhor aproveitamento possível dos bens públicos. Todo servidor público pode identificar a existência de bens inservíveis. O inventário é sempre a primeira etapa do controle e gestão de bens.

Nessa lógica, prescreve o art. 73 da Instrução Normativa SSC/MGI n. 26, de 2023: “O setor de patrimônio deverá avaliar periodicamente a necessidade de desfazimento de bens no âmbito do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, visando mitigar custos com armazenamento e controle”.

Para que a movimentação dos bens possa ser realizada, é necessário que constem do acervo patrimonial do órgão, ou seja, pressupõe-se que sua patrimonialização tenha ocorrido previamente.

3 SARAI, Leandro (Org.). **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 262.

5 CLASSIFICAÇÃO E AVALIAÇÃO

No que diz respeito à classificação dos bens inservíveis, o art. 3º do citado decreto estabelece:

Art. 3º Para que seja considerado inservível, o bem será classificado como:

I - **ocioso** - bem móvel que se encontra em perfeitas condições de uso, mas não é aproveitado;

II - **recuperável** - bem móvel que não se encontra em condições de uso e cujo custo da recuperação seja de até cinquenta por cento do seu valor de mercado ou cuja análise de custo e benefício demonstre ser justificável a sua recuperação;

III - **antieconômico** - bem móvel cuja manutenção seja onerosa ou cujo rendimento seja precário, em virtude de uso prolongado, desgaste prematuro ou obsolescência; ou

IV - **irrecuperável** - bem móvel que não pode ser utilizado para o fim a que se destina devido à perda de suas características ou em razão de ser o seu custo de recuperação mais de cinquenta por cento do seu valor de mercado ou de a análise do seu custo e benefício demonstrar ser injustificável a sua recuperação.

A Instrução Normativa n. 11, de 2018, já mencionada neste artigo (reuse.gov), trata da temática de forma idêntica (art. 5º, §1º).⁴

Veja-se, então, que compete à comissão de desfazimento promover a classificação dos bens nos moldes acima, levando em consideração o estado de conservação, funcionamento/operacionalidade e utilidade deles, bem como a sua posterior avaliação (atribuir valor ao objeto), providências essas consideradas pré-requisitos para a abertura do procedimento de desfazimento.

Como forma de parametrização genérica, é possível apurar o valor de aquisição do bem, o valor de mercado atual e o tempo de sua depreciação, de modo que se obtenha um valor aproximado do bem que se pretende movimentar. Ademais, um orçamento de recuperação do bem pode auxiliar na avaliação do custo/oportunidade de reparo, identificando se é vantajoso ou não o seu conserto.

Quanto aos bens ociosos, ou seja, aqueles que apresentam perfeitas condições de uso, mas não estão sendo aproveitados pela unidade que o detém, lembra-se que podem ter utilidade para outra. A título de exemplo, pode-se imaginar cadeiras e mesas instaladas em postos de trabalhos para servidores que, posteriormente, foram alocados em trabalho remoto.

Bens recuperáveis podem ser compreendidos como aqueles cuja recuperação é possível, sendo orçada em até 50% (cinquenta por cento) do seu valor de mercado. Para classificar um bem como recuperável, conforme descreve o texto acima, é necessário obter orçamento de reparo para o bem avariado ou danificado.

Bens antieconômicos são aqueles cuja manutenção é onerosa (superior a 50% do valor de mercado do bem) ou cujo rendimento seja precário, em razão de uso prolongado, desgaste prematuro ou obsolescência (eventual manutenção de impressoras e máquinas de ar-condicionado, por exemplo).

4 Essa classificação é a mesma do §1º, do artigo 5º, da Instrução Normativa nº 11, de 2018:

§ 1º Para efeito do cumprimento do disposto no caput, os bens móveis inservíveis poderão ser classificados em:

I - ocioso - bem móvel que se encontra em perfeitas condições de uso, mas não é aproveitado;

II - recuperável - bem móvel que não se encontra em condições de uso e cujo custo da recuperação seja de até cinquenta por cento do seu valor de mercado ou cuja análise de custo e benefício demonstre ser justificável a sua recuperação;

III - antieconômico - bem móvel cuja manutenção seja onerosa ou cujo rendimento seja precário, em virtude de uso prolongado, desgaste prematuro ou obsolescência; ou

IV - irrecuperável - bem móvel que não pode ser utilizado para o fim a que se destina devido à perda de suas características ou em razão de ser o seu custo de recuperação mais de cinquenta por cento do seu valor de mercado ou de a análise do seu custo e benefício demonstrar ser injustificável a sua recuperação.

Por último, bens irrecuperáveis são aqueles que necessariamente não estão mais em condições de uso. Tais bens podem apresentar avaria mecânica, mofo, ferrugem ou contaminação por insetos. Exemplificativamente, armários danificados por umidade e cadeiras de plástico secas e quebradiças.

Importante registrar que a Instrução Normativa SSC/MGI n. 26, de 2023, não contempla a classificação dos bens móveis inservíveis para fins de desfazimento. O seu art. 70 prescreve que “O bem inservível será passível de desfazimento quando classificado, conforme legislação pertinente”.

É importante ressaltar que o relatório de avaliação e de classificação de bens é um documento imprescindível para embasar a decisão da autoridade competente quanto à realização ou não do desfazimento dos bens.

6 DESFAZIMENTO PROPRIAMENTE DITO: INSTRUMENTOS DE MOVIMENTAÇÃO DOS BENS E BAIXA PATRIMONIAL

De acordo com a classificação do bem, a comissão indicará, **motivadamente**, uma das seguintes formas de desfazimento, nos termos previstos no Decreto n. 9.373, de 2018, na Lei n. 8.666, de 1993 (arts. 17 e 22, § 5º) e na Lei n. 14.133/2021 (arts. 31 e 76):

- i) cessão;
- ii) transferência;
- iii) alienação (venda, permuta ou doação); e
- iv) destinação ou disposição final ambientalmente adequadas.

A cessão está prevista no art. 4º do Decreto n. 9.373, de 2018, como modalidade de movimentação de bens de caráter precário e por prazo determinado, com transferência de posse, que poderá ser realizada nas seguintes hipóteses: (i) entre órgãos da União; (ii) entre a União e as autarquias e fundações públicas federais; ou (iii) entre a União e as autarquias e fundações públicas federais e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações públicas.

O art. 5º do multicitado decreto, a seu turno, conceitua ‘transferência’ como modalidade de movimentação de bens de caráter permanente. Tal movimentação pode ser interna (quando realizada entre unidades organizacionais, dentro do mesmo órgão ou entidade) ou externa (quando realizada entre órgãos da União).

Os bens móveis inservíveis ociosos e os recuperáveis poderão ser reaproveitados, mediante transferência interna ou externa (cf. art. 6º do Decreto n. 9.373, de 2018).

A transferência sempre ocorrerá dentro de uma mesma entidade ou órgão ou entre estes, o que significa não alteração do proprietário. Cita-se, por exemplo, a transferência de determinado bem classificado como ocioso entre o Ministério da Fazenda e outros ministérios. Nessa perspectiva, a transferência de bens não deve ser considerada doação, por não se tratar de contrato por meio do qual se transfere, por liberalidade, um bem de seu patrimônio para o de outra pessoa.⁵

Ademais, pontua-se que o decreto não prevê a possibilidade de transferência entre a administração direta e a administração indireta. Isto é, não existe a possibilidade de, por meio dessa modalidade,

⁵ De acordo com o art. 538 do Código Civil, “[C]onsidera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”.

por exemplo, o Exército brasileiro (órgão da União) transferir bens de sua propriedade para a Funai (fundação pública federal).

Já 'alienação' é o termo jurídico, de caráter genérico, pelo qual se designa todo e qualquer ato que tem o efeito de transferir o domínio de uma coisa para outra pessoa, seja por venda, seja por troca, seja por doação.⁶ O desfazimento por alienação pode ocorrer, então, mediante venda, troca/permuta ou doação. Acerca da alienação de bem móvel inservível, traz-se, abaixo, a redação do art. 7º do Decreto n. 9.378, de 2018:

Art. 7º Os bens móveis inservíveis cujo **reaproveitamento** seja considerado inconveniente ou inoportuno serão alienados em conformidade com a legislação aplicável às licitações e aos contratos no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, indispensável a avaliação prévia.

Parágrafo único. Verificada a impossibilidade ou a inconveniência da alienação do bem classificado como **irrecuperável**, a autoridade competente determinará sua **destinação ou disposição final ambientalmente adequadas**, nos termos da Lei n. 12.305, de 2010.

(Grifamos)

Pois bem, o art. 17 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e o art. 76⁷ da Lei n. 14.133, de 2021, concentram as normas acerca da alienação de bens e direitos por parte da administração pública. Esses dispositivos disciplinam (i) os requisitos para alienação (existência de interesse público devidamente justificado e avaliação do bem, condições essas cumulativas); (ii) as hipóteses de dispensa de licitação para alienação dos bens e (iii) a definição do instituto da investidura.

Os artigos em comento diferenciam o tratamento jurídico reservado a bens imóveis (inciso I) e a bens móveis (inciso II). As alíneas desses dois incisos disciplinam as hipóteses de licitação dispensada para alienação, entre elas, encontram-se os institutos da doação e permuta.

Quanto à **venda** de bens móveis inservíveis, vale transcrever o teor do § 5º do art. 22 da Lei n. 8.666, de 1993:

Art. 22. São modalidades de licitação:

(...)

V – leilão

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. (Grifamos)

Já o inciso XL do art. 6º da NLCC prevê o leilão como “modalidade de licitação⁸ para alienação de bens imóveis ou bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance”. Tal

6 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rev. e atual. por: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 94.

7 Marçal Justen Filho afirma que “Rigorosamente, o art. 76 reproduz a disciplina que constava do art. 17 da Lei nº 8.666, de 1993”. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 1092.

8 Art. 28. São modalidades de licitação:

I - pregão;

II - concorrência;

III - concurso;

IV - leilão;

V - diálogo competitivo.

§ 1º Além das modalidades referidas no *caput* deste artigo, a Administração pode servir-se dos procedimentos auxiliares previstos no art. 78 desta Lei.

§ 2º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou, ainda, a combinação daquelas referidas no *caput* deste artigo.

abrangência distingue a sua atual formulação da que era trazida pela Lei n. 8.666, de 1993, que previa a utilização de concorrência para a alienação de bens imóveis. Veja-se que o texto legal mantém a referência a bens inservíveis ou legalmente apreendidos.

O Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada por Advogados Públicos explica o alcance da expressão “apreensão legal”:

Apenas para a cultura geral, a apreensão legal referida dá-se por sanções em fiscalizações (tributária ou não), perdimentos de bens (exemplificativamente: arts. 104 e 105 do Decreto-Lei 37/1966) ou pena acessória após a condenação criminal (art. 45, § 3º, e 91, II, a e b do Código Penal combinado com art. 5º XLVI, b, da Constituição Federal).

Ademais, a legislação processual também permite ao Fisco em execução fiscal optar por adjudicar o bem, ou seja, ficar com o bem penhorado, quando o executado não apresente patrimônio capaz de saldar a dívida (art.24 da Lei 6.830/80).⁹

Recentemente, foi editado o Decreto n. 11.461, de 31 de março de 2023, o qual regulamenta o art. 31 da NLCC, dispondo sobre os procedimentos operacionais da licitação na modalidade leilão, na forma eletrônica, para alienação de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos, e institui o Sistema de Leilão Eletrônico no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

O Sistema de Leilão Eletrônico é uma ferramenta informatizada, disponibilizada pelo Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos (MGI), para a realização de licitação, na modalidade leilão, destinada à alienação de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos, não enquadrados no disposto no art. 2º do decreto regulamentar em questão.

O inciso II do mencionado artigo prescreve, textualmente, que o disposto no decreto em comento não se aplica a microcomputadores de mesa, monitores de vídeo, impressoras e demais equipamentos de informática, eletroeletrônicos, peças-partes ou componentes, observado o disposto na Lei n. 14.479, de 21 de dezembro de 2022. Essa lei institui a Política Nacional de Desfazimento e Recondicionamento de Equipamentos Eletroeletrônicos e dispõe sobre o Programa Computadores para Inclusão.

O decreto pormenoriza procedimentos e prazos para realização do leilão, da publicação do edital até a homologação do resultado, feitos exclusivamente por meio do sistema eletrônico. O edital deverá ser publicado no Sistema de Compras do Governo Federal e no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), contendo as informações necessárias sobre o leilão, as quais se encontram previstas no art. 10 do decreto. Além da publicação nas referidas plataformas, o edital deverá ser afixado em local de ampla circulação de pessoas na sede da administração, sem prejuízo de outras formas de divulgação.

O critério de distinção das propostas é o maior lance, a constar obrigatoriamente do edital (art. 9º do decreto). O leilão não exigirá registro cadastral prévio (parágrafo único do art. 8º do decreto), pois, em regra, a alienação é feita à vista, salvo disposição diversa em edital, arrematação a prazo ou outra forma prevista em lei ou em regulamentação específica que impeça a arrematação imediata. O leilão poderá ser cometido a leiloeiro oficial (contratado mediante credenciamento ou licitação, na modalidade pregão) ou a servidor designado pela autoridade competente da administração.

A alienação por permuta ou troca é permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da administração pública direta, autárquica e fundacional conforme alínea ‘b’ do inciso II do *caput* do artigo 17 da Lei n. 8.666, de 1993, e alínea ‘b’ do inciso II do art. 76 da Lei n. 14.133, de 2021.

⁹ SARAI (Org.), **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, *op. cit.*, p. 523.

Por outro lado, a alienação por doação é permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação, nos termos do art. 8º do Decreto n. 9.373, de 2018, c/c alínea 'a' do inciso II do *caput* do art. 17 da Lei n. 8.666, de 1993, e alínea 'a' do inciso II do art. 76 da Lei n. 14.133, de 2021.

O art. 8º do regulamento em questão dispõe o seguinte:

Art. 8º Na hipótese de se tratar de bem móvel inservível, a doação prevista na alínea "a" do inciso II do *caput* do art. 17 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação, poderá ser feita em favor:

I - da União, de suas autarquias e de suas fundações públicas;

II - das empresas públicas federais ou das sociedades de economia mista federais prestadoras de serviço público, desde que a doação se destine à atividade fim por elas prestada;

III - dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de suas autarquias e fundações públicas;

IV - de organizações da sociedade civil, incluídas as organizações sociais a que se refere a Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, e as organizações da sociedade civil de interesse público a que se refere a Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999; ou

V - de associações e de cooperativas que atendam aos requisitos previstos no Decreto n. 5.940, de 25 de outubro de 2006.

No tocante ao conceito de "fins e uso de interesse social", leciona Joel de Menezes Niebuhr:

Interesse social é espécie que se subsume ao espectro mais largo do interesse público. Isso significa que todo interesse social é pertinente ao interesse público, mas que nem todo interesse público pode ser qualificado como interesse social. Destarte, os bens móveis podem ser doados para serem utilizados em projetos sociais, isto é, que visem beneficiar as parcelas menos favorecidas da sociedade, como vem a ocorrer em atos de benemerência. Não é lícito doar bens móveis a serem utilizados em atividades de interesse público que não tenham fundo social. Por exemplo, não é lícito doar bem móvel a entidade como a Ordem dos Advogados do Brasil, que, conquanto realize atividades relacionadas ao interesse público, normalmente não visam a atender interesses sociais.¹⁰

Ainda, importante constar dos autos do procedimento de desfazimento justificativa robusta acerca da oportunidade e da conveniência socioeconômica da doação relativamente à escolha de outra forma de alienação, pois, como sabido, não se admite liberalidade à custa do patrimônio público.

Esse instrumento (doação) é utilizado de forma bastante comum pela administração pública para realizar diversos tipos de política pública, bem como para auxiliar a realização de atividades de outro ente público, entre outras atribuições de interesse público assim reconhecidas pelo poder público.

Atualmente, o Governo Federal disponibiliza o Sistema [doacoes.gov.br](http://www.doacoes.gov.br), lançado em dezembro de 2021, antigo reuse.gov. O sistema pode ser acessado no endereço <http://www.doacoes.gov.br/>.

O sistema viabiliza a oferta de bens móveis pelos órgãos e entidades públicos (Decreto n. 9.373, de 2018), bem como de bens móveis e serviços por particulares de forma onerosa ou não (Decreto n. 9.764, de 2019).

10 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008. p. 71.

Para movimentação e reaproveitamento de bens móveis pelos órgãos e entidades, devem ser seguidos os procedimentos definidos na Instrução Normativa Seges/MP n. 11, de 2018, que dispõe sobre ferramenta informatizada de disponibilização de bens móveis inservíveis para fins de alienação, de cessão e de transferência no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional – reuse.gov. O TCU afirma que é obrigatória a publicação no reuse.gov dos bens móveis inservíveis objetos de movimentação e reaproveitamento (Acórdão n. 8195/2019 – Segunda Câmara).¹¹

Ainda no tocante à ferramenta informatizada, não se pode deixar de mencionar o Siads – Sistema Integrado de Gestão Patrimonial, instituído pela Portaria n. 232, de 2 de junho de 2020.¹² Referido sistema destina-se ao gerenciamento e ao controle dos acervos de bens móveis, permanentes e de consumo, de bens intangíveis e frota de veículos, e permite o reconhecimento periódico da depreciação e da amortização desses bens e a realização de inventário eletrônico (o registro contábil é integrado ao Siafi em tempo real). Seu uso é obrigatório pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, incluindo as empresas públicas dependentes do Poder Executivo federal, nos termos da aludida portaria.

De acordo com o art. 6º do normativo supra, “[A] disponibilização dos bens móveis inservíveis será realizada por meio da ferramenta informatizada ‘Reuse.Gov’ e os procedimentos para alienação, cessão e transferência dos bens móveis serão operacionalizados pelo Siads”.

Importante pontuar que os sistemas Siads e Siafi giram integrados, isto é, os lançamentos patrimoniais no primeiro são registrados simultaneamente no Siafi (lançamento contábil).

Enfim, quanto à última forma de desfazimento, verificada a impossibilidade ou inconveniência da alienação dos bens classificados como irrecuperáveis, a autoridade competente deverá determinar a sua destinação ou disposição final ambientalmente adequadas, nos termos da Lei n. 12.305, de 2 de agosto de 2010, a qual institui o Plano Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS). Referida lei foi regulamentada pelo Decreto n. 10.936, de 12 de janeiro de 2022.

A destinação final ambientalmente adequada diz respeito ao uso de resíduos, que inclui a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento energético ou outras destinações admitidas pelos órgãos competentes. Já a disposição final ambientalmente adequada relaciona-se à

11 “9.4. com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, *recomendar à Secretaria Nacional de Segurança Pública que dê ampla publicidade ao procedimento de desfazimento dos Aeróstatos com Monitoramento Persistente de Grandes Áreas (AMPGA), a fim de identificar interessados no âmbito da Administração em receber os bens por intermédio de doação antes de realizar leilão*, podendo valer-se, por exemplo, ao menos das seguintes alternativas:

9.4.1. tratativas com as secretarias estaduais de segurança pública de todas as unidades da federação;

9.4.2. divulgação por intermédio da ferramenta Reuse, do Ministério da Economia, disponível em www.reuse.gov.br”

12 A Portaria ME nº 4.378, de 11 de maio de 2022, alterou a Portaria nº 232, de 2 de junho de 2020, que institui o Sistema Integrado de Gestão Patrimonial (Siads), no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas dependentes do Poder Executivo federal. Veja-se o seu teor:

(...)

Art. 1º A Portaria nº 232, de 2 de junho de 2020, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 7º-A Fica definido, em caráter excepcional, após avaliação da Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, o prazo máximo de 1º de julho de 2023, para que os órgãos e as entidades que ainda não implementaram o Siads adotem as providências necessárias a sua implantação.” (NR)

“Art. 8º ”

Parágrafo único. A vedação de que trata o caput não se aplica às hipóteses em que for necessária a manutenção do contrato atual do sistema informatizado de gestão patrimonial em uso, quando imprescindível para realizar a migração de dados entre os sistemas, até a completa implantação do Siads.” (NR)

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data da sua publicação.

PAULO GUEDES

Este conteúdo não substitui o publicado no Diário Oficial da União - DOU

distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos.

Nessa linha de ideias, bens móveis classificados como irrecuperáveis podem ser destinados às associações e cooperativas de catadores de materiais recicláveis para fins de reciclagem, por exemplo. A coleta seletiva é fartamente abordada pelo decreto regulamentador citado.

Como visto, o procedimento de desfazimento de um bem deve iniciar-se a partir do momento em que este passa a ser considerado inservível para a entidade ou órgão que o detém, sendo finalizado com a respectiva baixa no sistema de controle patrimonial da unidade, conforme etapas descritas anteriormente.

7 NORMATIVOS RELEVANTES

7.1 Instrução Normativa SSC/MGI n. 26, de 18 de agosto de 2023

No que diz respeito ao desfazimento propriamente dito, o Capítulo XII da Instrução Normativa SSC/MGI n. 26, de 2023, traz alguns dispositivos sobre o procedimento descrito até aqui.

O artigo 68 do normativo prescreve que o desfazimento consiste na transferência do direito de propriedade ao recebedor ou na disposição ambientalmente adequada do bem inservível ou do material de consumo administrativo. Veja-se que a Instrução Normativa SSC/MGI n. 26, de 2023, abarca somente “bem inservível”.

As modalidades de desfazimento previstas são as seguintes (art. 69): doação, transferência externa e destinação final adequada. Os dois primeiros instrumentos devem ser formalizados por meio de termo próprio, assinado pelas partes envolvidas (art. 81), cujos respectivos extratos devem ser publicados no Diário Oficial da União (art. 82).

Além disso, todos os bens passíveis de desfazimento deverão ser incluídos no sistema de doações do governo federal (art. 77).

Conforme já mencionado, o art. 70 da instrução normativa em questão dispõe que “O bem inservível será passível de desfazimento quando classificado, conforme legislação pertinente”. Aqui, impera a necessidade de salientar dois pontos dignos de atenção: i) até o presente momento, não foi publicado decreto para regulamentar a movimentação de bens móveis com base na nova lei de licitação e contratos administrativos e ii) o Decreto n. 9.373, de 2018, atualmente em vigor, foi editado para regulamentar a Lei n. 8.666, de 1993, já revogada.

Lembra-se que, conforme já mencionado neste artigo, os regulamentos editados sob a égide da Lei n. 8.666, de 1993, não podem ser aproveitados como instrumentos regulamentadores da Lei n. 14.133, de 2021, ressalvada a possibilidade de emissão de ato normativo pela autoridade competente ratificando o uso de disposições regulamentares para contratações sob a égide da nova legislação.

7.2 Orientação Normativa n. 10/2021/COORD/E-CJU/RESIDUAL/CGU/AGU

Oportuno abordar também a Orientação Normativa n. 10/2021/COORD/E-CJU/RESIDUAL/CGU/AGU, especialmente em razão de tratar da utilização da plataforma reuse.gov (atualmente doacoes.gov) para a movimentação de bens móveis inservíveis e servíveis.

ORIENTAÇÃO NORMATIVA n. 00010/2021/COORD/E-CJU/RESIDUAL/CGU/AGU

1. Bens móveis inservíveis cujo reaproveitamento (ociosos ou recuperáveis) seja considerado inconveniente ou inoportuno serão alienados na forma do regime jurídico de licitações e contratações públicas, sendo exigível a prévia avaliação (arts. 6º e 7º, Decreto nº 9.373/18).
2. Os bens móveis inservíveis (ociosos, recuperáveis, antieconômicos e irrecuperáveis) podem ser objeto de doação, com dispensa de licitação, exclusivamente para fins e uso de interesse social, e desde que justificada a oportunidade e conveniência socioeconômica concernente à forma de alienação (art. 8º, Decreto nº 9.373/18).
3. O uso da plataforma “Reuse” (doacoes.gov.br) para alienação e cessão de bens móveis da União está previsto na Instrução Normativa SEGES MPDG nº 11, de 29 de novembro de 2018.
4. O art. 5º da aludida IN impõe o dever de utilização do “Reuse” (doacoes.gov.br) para a movimentação e reaproveitamento de bens móveis inservíveis da União.
5. Para a transferência (movimentação entre unidades organizacionais - dentro do mesmo órgão ou entidade; ou entre órgãos da União) de bens móveis servíveis, não é obrigatório o uso da plataforma “Reuse” (doacoes.gov.br), desde que mediante justificativa (motivada) da autoridade competente.
6. É excepcional a cessão de bens não inservíveis, a exigir justificativa da autoridade competente (parágrafo único do art. 4º da IN SEGES/MPDG nº 11/2018), dispensando-se a utilização do Reuse (doacoes.gov.br), tendo em vista a interpretação extensiva do art. 6º, § 3º, da IN-SEGES/MPDG nº 11, de 2018, sendo recomendável, contudo, tanto no caso de transferência de bens não inservíveis, como na cessão destes mesmos bens, a publicação do Diário Oficial, considerando os princípios da publicidade e moralidade administrativas, previstos no art. 37 da Constituição Federal de 1988.
7. São obrigatórias a avaliação e classificação dos bens por comissão especial composta por no mínimo três servidores, a teor do artigo 12 da Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 11/2018.
8. Quando o bem móvel inservível for qualificado de reaproveitamento inoportuno e que também seja demonstrada a inconveniência/inoportunidade do ponto de vista socioeconômico de ser alienado mediante pagamento – o que precisa ser objetiva e motivadamente justificado – então: poderá ser doado, mas EXCLUSIVAMENTE para fins e uso de interesse social.
9. Quando o bem móvel for classificado como antieconômico ou irrecuperável, então, o requisito “finalidade e uso de interesse social” deverá ser muito bem demonstrado, sobretudo em relação às exigências da Política Nacional de Resíduos Sólidos.
10. Sobre o “Reuse” (doacoes.gov.br), há norma jurídica de natureza procedimental que determina a utilização da plataforma digital (art. 5º da aludida IN SEGES MPDG nº 11/2018). Eventuais obstáculos de ordem operacional devem ser comunicados ao órgão responsável pela operação do Reuse (doacoes.gov.br), o Ministério da Economia.
11. Enquanto o “Reuse” (doacoes.gov.br) não estiver adaptado para cadastrar entes estaduais, distritais e municipais, recomenda-se, como boa prática, verificar junto a estes entes e demais poderes da União a existência de interesse nos bens inservíveis após passado o prazo do anúncio no Reuse (doacoes.gov.br).

Portanto, a alienação por venda por meio de leilão não deve ser a última opção, e sim a primeira. Isso significa que, à exceção dos bens ociosos e recuperáveis, a serem preferencialmente reaproveitados e transferidos, **os demais devem ser, salvo demonstração de inconveniência e inoportunidade, alienados mediante pagamento. Parece que** essa foi a tônica, isto é, o aspecto central, da orientação normativa supra.

Apresentadas todas as etapas relacionadas ao processo de desfazimento de bens móveis inservíveis, que, conforme mencionado, constitui-se no foco principal do Decreto n. 9.373, de 2018, e da Instrução

Normativa Seges n. 11, de 2018, bem como normativos específicos relacionados ao aludido procedimento e à gestão do patrimônio público, passa-se a cuidar de temas práticos, referentes a situações reais e ao cotidiano dos gestores.

8 TEMAS PRÁTICOS

8.1 Desfazimento de bens servíveis, que estão sendo utilizados nas unidades, mas que se tornarão excedentes com a redução das estruturas físicas

A preocupação do gestor público com a gestão eficiente de bens é um tema de grande relevância no contexto da administração pública. O acúmulo de bens pode representar ônus significativo aos cofres públicos, comprometendo a eficiência e a adequada alocação de recursos.

A Portaria Conjunta n. 38, de 31 de julho de 2020, alterada pela Portaria n. 28, de 24 de março de 2021, assim como a Instrução Normativa SSC/MGI n. 26, de 18 de agosto de 2023, preconizam a ocupação otimizada e compartilhada dos imóveis de uso especial da União, o que exige gestão eficiente e planejamento, tendo em vista a redução dos espaços físicos disponíveis às unidades.

Essa temática requer ponderações sobre “**bens servíveis**” ou, conforme consta do Decreto n. 9.373, de 2018, e da Instrução Normativa Seges n. 11, de 2018, “**não considerados inservíveis**”.

A Orientação Normativa n. 10/2021/COORD/E-CJU/RESIDUAL/CGU/AGU, já citada neste artigo, passou por revisão recente em razão da redação do seu item 6. Vejamos (redação anterior à revisão):

6. É **excepcional** a cessão de bens **servíveis** (“**não inservíveis**”), a exigir **justificativa da autoridade competente** (parágrafo único do art.4º da IN SERGES MPDG nº 11/2018), e **não dispensa a utilização do Reuse** (doacoes.gov.br) por falta de previsão correlata.

(...)

Na revisão (NUP **00688.000088/2021-11**), entendeu-se que a então redação **do item 6 da orientação normativa em questão estava em desconformidade com a melhor interpretação que se poderia extrair do decreto e instrução normativa citados**. Para alcançar tal conclusão, foram feitas reflexões sobre as terminologias, a saber, **bem não inservível** e **bem servível**, que seguem transcritas abaixo:

18- A rigor, quando estamos diante de termos providos de um único sentido (unívocos), a regra é que duas negativas se neutralizam, propiciando o emprego do termo na forma afirmativa. Assim, para os termos “não inapto”, temos o correlato “apto”; “não inútil”, o correlato “útil”; “não inobservado”, correlato “observado” etc. Contudo, quando o termo é revestido de sentido plurívoco, compreendendo várias espécies, nem o sentido retratado com duas negativas é mantido quando se transmuta o termo para a forma afirmativa.

19- No caso em comento, o conceito de “bem não inservível” é normativamente plurívoco, conforme prescreve o art. 3º do Decreto federal nº 9.373, de 2018, cujo teor é o seguinte:

Art. 3º Para que seja considerado inservível, o bem será classificado como:

I - ocioso - bem móvel que se encontra em perfeitas condições de uso, mas não é aproveitado;

II - recuperável - bem móvel que não se encontra em condições de uso e cujo custo da recuperação seja de até cinquenta por cento do seu valor de mercado ou cuja análise de custo e benefício demonstre ser justificável a sua recuperação;

III - antieconômico - bem móvel cuja manutenção seja onerosa ou cujo rendimento seja precário, em virtude de uso prolongado, desgaste prematuro ou obsolescência; ou

IV - irrecuperável - bem móvel que não pode ser utilizado para o fim a que se destina devido à perda de suas características ou em razão de ser o seu custo de recuperação mais

de cinquenta por cento do seu valor de mercado ou de a análise do seu custo e benefício demonstrar ser injustificável a sua recuperação.

20- Assim, o bem inservível pode ser: bem inservível ocioso, bem inservível recuperável, bem inservível antieconômico e bem inservível irrecuperável. Se partirmos do princípio que o raciocínio aplicável ao gênero repercute sobre as espécies, ter-se-á, então, como correta sua aplicação se a lógica semântica obtida com a expressão genérica for mantida nas aludidas espécies. Logo, o sentido lógico aplicável ao gênero também será válido para a espécie. No caso, contudo, como o conceito das espécies é decorrente de previsão normativa baseada na possibilidade de ter uma eficácia, ou seja, contendo uma previsão abstrata apta a incidir no mundo dos fatos, temos que o teste de validade apto para demonstrar a ocorrência de similitude de situações descritivas entre o gênero e a espécie não se dará apenas no plano da lógica formal, mas também, sob o ponto de vista material, isto é, no plano da consideração de se ter uma experiência possível de ocorrer no mundo dos fatos.

21- Neste contexto, se no plano do gênero, “bem não inservível” equivale a “bem servível”, há de se compreender, pelo aspecto material, tratar-se de um bem provido de alguma utilidade, ou seja, que serve para alguma coisa.

22- Vejamos agora o teste de validade junto às espécies:

- Bem não inservível ocioso equivaleria a bem servível útil.
- Bem não inservível recuperável equivaleria a bem servível irrecuperável.
- Bem não inservível antieconômico equivaleria a bem servível econômico.
- Bem não inservível irrecuperável equivaleria a bem servível recuperável.

23- Note-se que o raciocínio a contrário sensu aplicável às espécies traduz conceitos distorcidos da lógica e da razoabilidade, na medida em que não há sentido se cogitar em “bem servível útil”, pois a utilidade é inerente a algo que é servível, ou melhor, a utilidade está ínsita ao conceito de bem servível. Ou ainda, como sustentar a contradição com a expressão “bem servível irrecuperável”?

24- Diante disso, pelo fato de não haver compatibilidade semântica entre gênero e espécies, quando se emprega o raciocínio a contrário sensu, preferimos utilizar a expressão “bem não inservível”. Talvez tenha sido esta a razão pela qual a IN-SEGES nº 11, de 29/11/2018 tenha adotado a expressão “bem não inservível”, em vez da que lhe é oposta, ou seja, “bem servível”, pois, ao se aplicar o raciocínio a contrário sensu, algumas das resultantes revelar-se-iam incompatíveis com o sentido dos conceitos normativos de cada uma das espécies de bens inservíveis, conforme previsto no art. 3º do Decreto federal nº 9.373, de 2018

Eis abaixo a atual redação do item 6 em comentário:

6. É excepcional a cessão de bens não inservíveis, a exigir justificativa da autoridade competente (parágrafo único do art. 4º da IN SEGES/MPDG nº 11/2018), **dispensando-se a utilização do Reuse** (doacoes.gov.br), tendo em vista a interpretação extensiva do art. 6º, § 3º, da IN-SEGES/ MPDG nº 11, de 2018, sendo **recomendável**, contudo, tanto no caso de transferência de bens não inservíveis, como na cessão destes mesmos bens, a publicação do Diário Oficial, considerando os princípios da publicidade e moralidade administrativas, previstos no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Os bens móveis não inservíveis (“servíveis”) são tratados, então, no art. 4º, parágrafo único, e no art. 5º, parágrafo único, ambos do decreto, e no art. 6º, § 3º, da aludida instrução normativa. Veja-se:

Decreto nº 9.373, de 2018.

Art. 4º A cessão, modalidade de movimentação de bens de caráter precário e por prazo determinado, com transferência de posse, poderá ser realizada nas seguintes hipóteses:

I - entre órgãos da União;

II - entre a União e as autarquias e fundações públicas federais; ou

III - entre a União e as autarquias e fundações públicas federais e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações públicas.

Parágrafo único. A cessão dos bens não considerados inservíveis será admitida, excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente.

Art. 5º A transferência, modalidade de movimentação de caráter permanente, poderá ser:

I - interna - quando realizada entre unidades organizacionais, dentro do mesmo órgão ou entidade; ou

II - externa - quando realizada entre órgãos da União.

Parágrafo único. A transferência externa de bens não considerados inservíveis será admitida, excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente.

Instrução Normativa Seges nº 11, de 2018

Art. 6º O órgão ou entidade ofertante se responsabilizará pela classificação, avaliação, divulgação e aprovação de interesse dos bens móveis de seu acervo patrimonial que estejam anunciados no Reuse.Gov.

(...)

§ 3º No caso de bens móveis considerados não inservíveis, o órgão ou entidade ofertante poderá realizar transferência mediante justificativa da autoridade competente, sendo dispensada sua disponibilização no Reuse.Gov.

(Grifamos)

De certo, o tratamento feito aos bens móveis **não inservíveis** é periférico e excepcional.

Na lógica exposta, pode-se concluir que bens servíveis são aqueles que têm utilidade, ou seja, são úteis e proveitosos para os órgãos ou entidades que os detêm (isto é, servem, estão em uso, sendo aproveitados, não são ociosos). Em outras palavras, não são bens inservíveis ociosos, recuperáveis, antieconômicos ou irrecuperáveis.

Portanto, os bens classificados como servíveis ou não inservíveis poderão ser movimentados mediante cessão ou transferência externa, ambos instrumentos abordados neste artigo. Como tal movimentação é excepcional, requer justificativa robusta emanada da autoridade competente, demonstrando o porquê de se movimentar um bem que “serve” ao órgão ou entidade.¹³ No caso, por exemplo, os bens estão sendo utilizados nas unidades, mas logo se tornarão excedentes (“sobrarão”) por conta da redução das estruturas físicas.

Como é sabido, o acúmulo de bens é custoso aos cofres públicos. Sem dúvida alguma, o princípio da eficiência (art. 37, da CR/88), norma estruturante do modo como a administração pública deve perseguir seus fins, exige *planejamento* e medidas racionais.

Aliás, a tônica da Lei n. 14.133/2021 é justamente a figura do planejamento e, como alertam Mônica Antinarelli e Fabrício Lopes, “a nova lei de licitações apresenta o planejamento como princípio expresso, passando a ocupar posição de protagonismo na gestão pública”.¹⁴

¹³ É oportuno lembrar que, para fins de motivação, é possível a declaração de concordância *com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato* (§1º do art. 50 da Lei nº 9.784, de 1999).

¹⁴ ANTINARELLI, Mônica; OLIVEIRA, Fabrício Lopes. Planejamento das contratações. In: ZOCKUN, Carolina Zancaner; CABRAL, Flávio Garcia; ANTINARELLI, Mônica Ellen Pinto Bezerra (Org.). **Manual prático de contratações públicas**. Londrina: Editora Thoth, 2023. p. 92.

Dessa forma, todo o processo de movimentação dos bens deve ser previamente planejado. Ademais, como visto, a cessão e a transferência de bens servíveis dispensam a utilização do Reuse (atual doacoes.gov.br), sendo recomendável, contudo, a publicação do Diário Oficial, considerando os princípios da publicidade e moralidade administrativas, também previstos no art. 37 da Constituição da República de 1988.

Pareceres analisados apontam a necessidade de observância dos seguintes requisitos:

- a) autorização da autoridade competente;
- b) que o bem seja **considerado servível e em uso** (não ocioso);
- c) existência de interesse público devidamente justificado;
- d) que os bens sejam destinados para fins e uso de interesse público;
- e) realização de prévia avaliação dos bens;
- f) descrição dos bens com indicação patrimonial.¹⁵

Tais pareceres analisaram casos de cessão de bens móveis servíveis. Destaca-se que a transferência dispensa análise jurídica por ser ato de disposição patrimonial interna meramente administrativa (não há alteração do proprietário, somente troca de responsabilidade). Contudo, tais requisitos aplicam-se também às transferências de bens móveis servíveis, lembrando que as formalidades processuais constituem garantia da própria administração, assegurando a transparência do procedimento¹⁶ (veja-se que as alíneas 'c' e 'd' dizem respeito às justificativas a serem apresentadas nos autos).

8.2 Procedimento para desfazimento de bens “fora de uso”, que estão acondicionados em depósitos administrados pelo poder público

O procedimento para movimentação de bens “fora de uso”, ou seja, bens inservíveis, está descrito neste artigo de forma detalhada.

De acordo com a classificação do bem nas categorias descritas no art. 3º do Decreto n. 9.373, de 2018, e no art. 5º da Instrução Normativa n. 11, de 2018, a comissão indicará, motivadamente, uma das formas de desfazimento previstas no aludido decreto e na Lei n. 8.666, de 1993 (arts. 17 e 22, § 5º), ou na Lei n. 14.133, de 2021 (arts. 31 e 76).

Lembra-se que, nos termos do artigo 6º do Decreto nº 9.373, de 2018, “os bens móveis inservíveis ociosos e os recuperáveis poderão ser reaproveitados, mediante transferência interna ou externa”. Assim, por exemplo, caso os bens sejam classificados como antieconômicos, não será possível a transferência interna (dentro da mesma unidade ou do mesmo órgão) ou externa (entre órgãos da União).

¹⁵ (PARECER nº 00006/2021/CJU-PB/CGU/AGU, PARECER nº 00732/2021/ADVS/E-CJU/RESIDUAL/CGU/AGU, PARECER nº 00744/2021/ADVS/E-CJU/RESIDUAL/CGU/AGU, PARECER nº 00976/2021/ADVS/E-CJU/RESIDUAL/CGU/AGU e PARECER nº 00140/2021/GB/PFUNIFAP/PGF/AGU).

¹⁶ Diário Oficial da União, Seção 3, de 9 de dezembro de 2021.

SECRETARIA EXECUTIVA

CONTROLADORIA REGIONAL DA UNIÃO NO ESTADO DO CEARÁ

EXTRATO DE TRANSFERÊNCIA DE BENS

ESPÉCIE: Transferência de bens patrimoniais.

PARTES: Controladoria-Geral da União - CGU, com sede no Setor de Autarquias Sul, Quadra 01, Bloco 'A', Edifício Darcy Ribeiro, em Brasília-DF, inscrita no CNPJ sob o nº 26.664.015/0001-48, e o MINISTÉRIO DA SAÚDE -MS, com sede na Esplanada dos Ministérios, Bloco G, em Brasília/DF, inscrito no CNPJ sob o nº 00.394.544/0180-41.

OBJETO: Transferência de bens móveis no valor de R\$ 175.085,00 (cento e setenta e cinco mil e oitenta e cinco reais).

DATA DE ASSINATURA: 30 de novembro de 2021

De toda sorte, faz-se necessário formalizar processo administrativo, o qual deverá ser instruído com os seguintes documentos, entre outros que se façam necessários no caso concreto: relatório/inventário dos bens a serem movimentados, registros fotográficos dos bens, autorizações pertinentes, avaliação e classificação dos bens inseríveis, laudos técnicos (se o caso) e documento em que conste a destinação a ser conferida aos bens após sua classificação. Todas as etapas deverão ser devidamente motivadas nos autos.

Além disso, importante consignar que a divulgação/publicação no reuse.gov (atual doacoes.gov.br) dos bens móveis inservíveis objetos de movimentação e reaproveitamento é obrigatória (cf. orientação TCU, art. 5º da Instrução Normativa Seges n. 11, de 2018 e Orientação Normativa n. 00010/2021/COORD/E-CJU/RESIDUAL/CGU/AGU). Em igual sentido, a redação do art. 77 da Instrução Normativa SSC/MGI n. 26, de 2023, segundo a qual todos os bens passíveis de desfazimento deverão ser incluídos no sistema de doações do Governo Federal.

8.3 Existe procedimento para incorporação de bem não patrimonial ao patrimônio da União (sem qualquer documento acerca de sua origem)? Caso seja necessário o desfazimento de ativo não patrimonial, seja em virtude da redução de estruturas físicas seja em razão do esgotamento da vida útil do bem, qual procedimento melhor resguardaria o interesse público?

Bem patrimonial é aquele que consta do acervo patrimonial do órgão ou entidade. O Capítulo I da Instrução Normativa SSC/MGI n. 26, de 2023, traz diversas definições relacionadas à gestão patrimonial. Acerca de bem patrimonial, confira-se:

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

(...)

Definições

Art. 2º Para os efeitos do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:

(...)

VI - bem patrimonial: bem móvel permanente que possui numeração patrimonial única, e, em função de sua utilização corrente, deve manter sua identidade física, requerendo tombamento, controle de uso e responsabilidade pela guarda e zelo;

Por outro lado, bem não patrimonial é aquele que não foi submetido a procedimento de incorporação ao patrimônio público.

Assim, incorporação, nesse contexto, consiste no conjunto de atos realizados com a finalidade de registrar bens como integrantes do patrimônio do órgão ou entidade. Em tal processo, equipe/ agente de patrimônio deverá, então, atribuir número patrimonial, tomba os bens cadastrados (emplacamento) e separá-los para distribuição conforme Termos de Responsabilidade e plaquetas de identificação impressas (sempre que possível). Aqui, vale mencionar os artigos 11 ao 17 da Instrução Normativa SSC/MGI n. 26, de 2023, que cuidam do tombamento dos bens móveis, número patrimonial e registro patrimonial.

Dito isso, como registrar bens móveis sem qualquer documento acerca de sua origem? Rememora-se que esses bens podem ser adquiridos por diversas formas. As mais recorrentes são: aquisição, doação, permuta e transferência. A seu turno, são considerados documentos hábeis a comprovar tais operações jurídicas: nota fiscal/fatura do fornecedor e respectivos termos de doação, permuta ou transferência. Veja-se que o art. 13 da instrução normativa em questão prescreve textualmente que “Qualquer bem

móvel só será registrado no sistema de patrimônio após o recebimento definitivo e o ateste da nota fiscal pela área demandante”.

Para fins de reflexão, imagine-se a seguinte situação: por ocasião da realização de inventário, foram encontrados bens (antigos) que não foram registrados no patrimônio do órgão ou da entidade no momento de sua aquisição, isto é, bens não patrimoniados. As causas podem ser inúmeras, por exemplo, esquecimento, desconhecimento acerca do registro, espera da implementação de novo sistema de gestão patrimonial, entre outras. Duas situações ainda são possíveis: i) bens que não foram patrimoniados, embora existam documentos fiscais deles, e ii) bens sem qualquer documento relacionado à sua origem.

Na primeira situação, seria possível o cadastro retroativo dos bens a partir de sua nota fiscal, idealmente com a data correta de aquisição (não se tem informação se o sistema aceita a inserção de dados retroativos com data atual). Isso é fundamental para o devido cálculo da vida útil e taxa de depreciação dos bens, a partir do seu valor de aquisição. Por outro lado, na segunda situação apresentada, não parece possível a promoção de eventual “regularização” dos bens (qual seria o valor de aquisição a ser lançado no sistema, considerando, por exemplo, bens adquiridos em 2010?).

Como visto, em regra, para que a movimentação dos bens possa ser realizada, é necessário que constem do acervo patrimonial do órgão ou entidade, ou seja, pressupõe-se que sua patrimonialização tenha ocorrido previamente. Contudo, tais bens existem, geram despesas e estão sob a responsabilidade de determinada unidade.

Bens, patrimoniados ou não, tornam-se obsoletos e acumulam-se em estoques, impedindo sua renovação, bem como o investimento em novas tecnologias e equipamentos mais modernos e eficientes. Ocupando espaço, portanto, representam custos com a guarda e eventual manutenção e segurança destes.

Com efeito, a gestão patrimonial eficiente impõe ao gestor público planejamento,¹⁷ partindo da situação atual, e contínuo aprimoramento dos processos disponíveis. Uma ferramenta poderosa de gestão de bens públicos é o desfazimento, que, realizado nos termos legais, proporciona a otimização de recursos, a redução de custos e a renovação do patrimônio.

No âmbito do tema apresentado, não há dúvidas de que o interesse público se materializa no melhor aproveitamento possível dos bens inservíveis, cabendo ao gestor envidar esforços e adotar providências adequadas e satisfatórias para resguardar tal interesse público.

Nessa linha de ideias, considerando que a administração deve resguardar o interesse público de forma eficiente, por motivos óbvios, não pode se valer de bens inservíveis (obsoletos, desgastados, com desempenho aquém do esperado, etc.), de qualquer espécie.

Assim, caso seja necessário o desfazimento de ativo não patrimoniado, em virtude seja da redução de estruturas físicas (evento futuro) seja do esgotamento da vida útil do bem, deverá a administração observar todas as etapas descritas neste artigo. O inventário, repete-se, é sempre a primeira etapa do controle e gestão de bens.

Desta forma, antes de realizar qualquer procedimento de desfazimento de bens, a administração pública deve elaborar inventário patrimonial atualizado. Nesse documento, deverão restar identificados os bens patrimoniados e os não patrimoniados. Além disso, em relação a esses últimos bens, é de suma

¹⁷ A NLCC fez questão de incluir o planejamento como um princípio da licitação (art. 5º).

importância confirmar a efetiva responsabilidade da unidade pela sua guarda, especificando os custos advindos de tal situação (despesas com locação de imóvel, manutenção, conservação, entre outras possíveis no caso concreto).

Lembra-se, ademais, conforme já mencionado, que, à exceção dos bens ociosos e recuperáveis, a serem preferencialmente reaproveitados e transferidos, **os demais devem ser, salvo demonstração de inconveniência e inoportunidade, alienados mediante pagamento.**

9 CONCLUSÕES

À luz dos normativos vigentes, o presente artigo procurou analisar o procedimento de desfazimento de bens e suas respectivas etapas de forma detalhada, abordando também temas relacionados ao dia a dia dos gestores públicos.

A análise dos normativos aponta que o desfazimento de bens é uma poderosa ferramenta de gestão pública, que, alinhada aos princípios da eficiência e do planejamento, pode proporcionar a otimização de recursos, a redução de custos e a renovação do patrimônio público.

Conclui-se, então, que, atualmente, a temática abordada ainda se encontra regida pelo Decreto n. 9.373, de 2018, pela Instrução Normativa Seges n. 11, de 2018 (antigo reuse.gov), e pela Instrução Normativa SSC/MGI n. 26, de 2023. Cumpre pontuar que os dois primeiros normativos citados foram editados para regulamentar a Lei n. 8.666, de 1993.

Assim, muito embora a revogação definitiva do regime baseado na Lei n. 8.666, de 1993, já tenha se operado, julgou-se pertinente trazer seus dispositivos e respectivos regulamentos. Isso porque, conforme explicitado, é possível a emissão de ato normativo, pela autoridade competente, para ratificar o uso de disposições regulamentares para contratações sob a égide da nova legislação (*in casu*, o Decreto n. 9.373, de 2018). Recorde-se que, até o momento, não foi editado decreto para regulamentar a movimentação de bens móveis à luz da Lei n. 14.133, de 2021.

Além disso, a Instrução Normativa SSC/MGI n. 26, de 2023, dispôs sobre a **gestão** de bens móveis e de materiais de consumo no âmbito do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, não tendo contemplado etapas e conceitos fundamentais do procedimento em questão. Percebe-se também que o aludido normativo se refere, em diversos dispositivos, à “legislação pertinente”, demonstrando que necessita de legislação que o complemente.

REFERÊNCIAS

ANTINARELLI, Mônica Éllen Pinto Bezerra; OLIVEIRA, Fabrício Lopes. Planejamento das contratações. In: ZOCKUN, Carolina Zancaner; CABRAL, Flávio Garcia; ANTINARELLI, Mônica Éllen Pinto Bezerra (Org.). **Manual prático de contratações públicas**. Londrina: Editora Thoth, 2023.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1092.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008.

SARAI, Leandro (Org.). **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos comentada por advogados públicos**. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

SARAI, Leandro; ZOCKUN, Carolina Zancaner; CABRAL, Flávio Garcia. Public Administration and Innovation: E-Government in the International Perspective. **Beijing Law Review** (BLR), v. 14, n. 3, set. 2023. Disponível em: <https://www.scirp.org/journal/paperinformation?paperid=127770>. Acesso em: mar. 2024.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rev. e atual. por: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ASPECTOS RELEVANTES DA DISPENSA DE PEQUENO VALOR NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

RELEVANTS ASPECTS ON WAIVER OF SMALL VALUE ON THE BIDDING LAW



Cristina Andrade Melo

Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais (MPC-MG). Graduada em Direito e Mestre em Direito Administrativo, ambos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Editora-chefe da Revista *Controle em Foco*, do MPC-MG. Diretora-tesoureira da Associação Nacional do Ministério Público de Contas (Ampcon). Membro da Comissão de Estudos em Licitações e Contratos do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA).

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos relevantes da dispensa de pequeno valor; 2.1. Processo de contratação direta; 2.2. Valores de referência; 2.3. Somatório dos valores; 2.4. Dispensa eletrônica; 2.5. Uso de cartão de pagamento e compras pela internet; 3. Conclusão; Referências.

Resumo: A Lei n. 14.133/2021, Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, trouxe algumas novidades comparada à legislação anterior com relação à dispensa de licitação envolvendo aquisições de pequeno valor, algumas delas inspiradas no entendimento consolidado da doutrina e jurisprudência, sobretudo do Tribunal de Contas da União (TCU), ou mesmo na prática administrativa. Neste artigo, serão analisadas a ampliação dos elementos imprescindíveis do processo de contratação direta, bem como dos valores de referências; as regras sobre o somatório das dispensas para evitar o fracionamento indevido; o procedimento eletrônico, que tem sido denominado de “dispensa eletrônica”, e a utilização de cartão de pagamento para fazer face às despesas de pequeno valor, com intuito de perquirir se as alterações e introduções levadas a efeito pela nova lei de licitações têm o condão de aprimorar o processo de contratação direta de pequeno valor e melhorá-lo em termos de segurança jurídica, eficiência, competitividade e transparência. A relevância da pergunta reside no fato da expressividade numérica das contratações diretas de pequeno valor, responsável, no âmbito federal, por 61% do quantitativo total das compras públicas, segundo relatório de avaliação da Controladoria-Geral da União (CGU) referente ao exercício de 2019 sobre a gestão das contratações públicas. O presente trabalho foi desenvolvido sob a vertente jurídico-dogmática, com análise teórica do instituto da dispensa de licitação de pequeno valor previsto no art. 75 da Lei n. 14.133/2021. Procedeu-se ao levantamento de dados primários (leis e atos normativos envolvendo contratações públicas e decisões das Cortes de Contas), bem como de dados secundários (estudos e bibliografia sobre o assunto). Como conclusão, apurou-se que as alterações promovidas pela nova lei de licitações possuem potencial para aprimorar o processo, embora algumas novidades dependam de implementação de sistemas eletrônicos e regulamentações internas.

Abstract: The Law n. 14.133/2021, the New Law on Bids and Administrative Contracts, brings some novelties in relation to the previous legislation regarding the waiver of bidding involving acquisitions of small value, some of them inspired by the consolidated understanding of doctrine and jurisprudence, especially of the Federal Court of Accounts (TCU), or even in administrative practice. In this article, will be analyzed the enlargement of the essential elements of the direct contracting process as well as the reference values; the rules on the sum of waivers to avoid unjustified fractioning; the electronic procedure, which has been called “electronic waiver”, and the use of payment cards to cover small-value expenses, in order to find out whether the changes and introductions made by the new bidding law have the power to enhance the small-value direct contracting process and improve in terms of legal certainty, efficiency, competitiveness and transparency. The relevance of the question lies in the fact

that the number of small-value direct contracts is significant, accounting for 61% of the total amount of public purchases at the federal level, according to an evaluation report by the Controller General of the Union (CGU) for 2019 on the management of public contracts. This work was developed from a legal-dogmatic perspective, with a theoretical analysis of the small-value bidding waiver institute established in art. 75 of Law 14.133/2021. Primary data was collected (laws and normative acts involving public contracts and decisions by the Courts of Auditors), as well as secondary data (studies and bibliography on the subject). In conclusion, it was noted that the changes brought in under the new bidding law have the power to improve the process, although some although some new features depend on the implementation of electronic systems and internal regulations.

Palavras-chave: Nova lei de licitações. Contratação direta. Dispensa de licitação. Pequeno valor.

Keywords: New bidding law. Direct contracting. Waiver of bidding. Small value.

1 INTRODUÇÃO

Por comando constitucional, toda aquisição de bens ou contratação de serviços pela administração pública deve ser realizada mediante processo de licitação que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, salvo nos casos especificados na legislação (art. 37, inciso XXI, CR/88).

Por sua vez, a Lei n. 14.133/2021, assim como a sua precedente, Lei n. 8.666/1993, prevê hipóteses em que a necessidade de realização de licitação é afastada por motivos diversos, sob o entendimento de que o procedimento licitatório burocrático e formal não é o caminho mais adequado para o atendimento do interesse público nas situações especificadas na lei. São os casos de inexigibilidade de licitação, nos quais, na verdade, a competição é impossível ou inviável, e de dispensa de licitação, em que, embora seja viável, a licitação é afastada por questões político-jurídicas em rol exaustivo.

Como a contratação direta deve seguir o regime jurídico administrativo e obedecer aos princípios do Direito Administrativo, tais como a necessidade de realização de um procedimento prévio formal, entre outros requisitos, a doutrina aponta que se trata, na verdade, de “modalidade anômala de licitação”, nos dizeres de Marçal Justen Filho,¹ ou “procedimento otimizado de licitação”, para Ronny Charles, já que as hipóteses de contratação direta representam formas otimizadas para percorrer o trajeto entre a pretensão contratual e o fornecedor escolhido.²

De uma maneira geral, a contratação direta pela administração pública não sofreu reviravoltas na Lei n. 14.133/2021 no comparativo com a Lei n. 8.666/1993. Ambos os textos normativos apresentam comandos sobre as hipóteses de inexigibilidade (rol exemplificativo) e de dispensa (rol taxativo) e sobre o procedimento para formalização da contratação direta. A nova lei, contudo, apresenta uma estruturação normativa mais adequada, ao dispor sobre a contratação direta em capítulo próprio (Capítulo VIII), logo após o capítulo do encerramento do processo licitatório propriamente dito (Capítulo VII). Na lei anterior, o assunto ficava impropriamente no capítulo de licitações (Capítulo II), misturado na seção dedicada às modalidades, limites e dispensa (Seção I).

Com relação à dispensa de licitação envolvendo aquisições de pequeno valor, a nova lei de licitações trouxe algumas novidades em relação à legislação anterior, algumas delas inspiradas em entendimentos consolidados da doutrina e jurisprudência, sobretudo do Tribunal de Contas da União (TCU), ou mesmo na prática administrativa. Neste artigo, serão analisadas a ampliação dos elementos imprescindíveis do processo de contratação direta bem como dos valores de referências; as regras sobre o somatório das dispensas para evitar o fracionamento indevido; o procedimento eletrônico, que tem sido denominado

1 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 984.

2 *Ibidem*, p. 422.

“dispensa eletrônica”, e a utilização de cartão de pagamento para fazer face às despesas de pequeno valor, com intuito de perquirir se as alterações e introduções levadas a efeito pela nova lei de licitações têm o condão de aprimorar o processo de contratação direta de pequeno valor e melhorá-lo em termos de segurança jurídica, eficiência, competitividade e transparência.

A relevância da pergunta reside no fato da expressividade numérica das contratações diretas. No âmbito federal, um relatório de avaliação da Controladoria-Geral da União (CGU) referente ao exercício de 2019 sobre a gestão das contratações públicas de pequeno valor identificou que, embora apresente baixa representatividade financeira, alcançando apenas 0,54% do valor total homologado no âmbito federal, dos 145.564 processos de compras, 89.413 se referiam a contratações de pequeno valor fundamentadas nos incisos I e II do art. 24 da Lei n. 8.666/1993 (vigente à época da fiscalização), o que representa 61% do quantitativo total das compras públicas.³

Além de ser a hipótese mais comum das contratações diretas, a dispensa de licitação de pequeno valor é a mais antiga, “estando presente nas normas licitatórias desde as Ordenações Filipinas, em 1592”, como lembrado por Felipe Boselli.⁴

O presente trabalho foi desenvolvido sob a vertente jurídico-dogmática, com análise teórica do instituto da dispensa de licitação de pequeno valor previsto no art. 75 da Lei n. 14.133/2021. Procedeu-se ao levantamento de dados primários (leis e atos normativos envolvendo contratações públicas e decisões das Cortes de Contas), bem como de dados secundários (estudos e bibliografia sobre o assunto).

2 ASPECTOS RELEVANTES DA DISPENSA DE PEQUENO VALOR

2.1 Processo de contratação direta

Ao contrário do que leigamente se possa imaginar, no sentido de que a contratação direta realizada pelo poder público é procedimento simplório, sem nenhum tipo de controle, publicidade ou formalização, Felipe Boselli adverte que não há embasamento técnico, legal ou jurisprudencial para se acreditar nessa premissa, pois a estrutura de uma contratação direta é apresentada “por elementos essenciais e um sistema de controle que teria, ao menos em tese, o condão de garantir a lisura desses procedimentos”.⁵

A lei precedente previa a instauração de procedimento prévio à contratação direta, tanto por dispensa como por inexigibilidade, com elementos instrutórios mínimos, quais sejam: a) caracterização da situação que justifique a dispensa; b) razão da escolha do contratado; c) justificativa do preço; e d) documento de aprovação dos projetos de pesquisa, quando aplicável.⁶

3 BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). **Relatório de Avaliação**. Órgão: Ministério da Economia. Unidade examinada: Secretaria de Gestão. Brasília/DF. 8 jun. 2020. Ordem de Serviço: 201902510. Disponível em: <https://www.gov.br/gestao/pt-br/aceso-a-informacao/auditorias/relatorios-da-cgu> Acesso em: 15 mar. 2024.

4 BOSELLI, Felipe. Artigo 72; Artigo 73; Art. 74; Art. 75. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima; CAMARÃO, Tatiana (Coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** – Volume 2: Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021 – Artigos de 71 a 194º. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 106.

5 *Ibidem*, p. 38.

6 Art. 26 da Lei n. 8.666/1993: “As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicadas, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.” (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Em consonância com a Lei n. 8.666/1993, a nova lei de licitações não exonera a administração pública da necessidade de instauração prévia de processo de contratação direta de pequeno valor, como se observa da leitura do *caput* do art. 72: “O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos”. O processo prévio é exigido para todos os casos em que a administração pública pretende contratar diretamente bens ou serviços, independentemente da hipótese de incidência, observando-se um aumento expressivo no rol dos documentos necessários para composição do processo de contratação direta (art. 72, incisos I a V⁷), que passa a contar, além da razão da escolha do contratado e da justificativa do preço, com muitos elementos próprios do procedimento licitatório, por exemplo, instrumentos de planejamento da fase preparatória, estimativa de despesa, parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, e comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária.

Até mesmo o estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo não foram dispensados *a priori*, devendo instruir o processo de contratação “se for o caso”, na dicção legal (art. 72, inciso I), o que ressalta a importância e demonstra a preocupação do legislador com o planejamento das contratações públicas.

Obviamente, compete ao administrador decidir, diante do caso concreto, a viabilidade e necessidade de elaboração de detalhados instrumentos de planejamento em se tratando de contratações diretas, notadamente aquelas de pequeno valor. Felipe Boselli defende que, ainda que seja possível que a decisão se dê em cada caso concreto, seria uma prática interessante a formalização em regulamento interno com parâmetros para exigir os documentos preparatórios ou não. Segundo o autor, neste primeiro momento de aplicação da Lei n. 14.133/2021, “no qual haverá uma curva de aprendizado para sua melhor interpretação, é compreensível que se criem expectativas distintas quanto à necessidade, ou não, de se adotar estudos técnicos preliminares para cada espécie de contratação direta”.⁸ Adotando essa perspectiva, a administração pública federal emitiu ato normativo para dispor que, nas contratações diretas de pequeno valor, o estudo técnico preliminar é facultado, de acordo com o art. 14, inciso II, da Instrução Normativa Seges n. 58/2022. Observa-se que a normatização federal não avançou muito em relação à lei, que já conferia ao administrador a competência para avaliar a necessidade e viabilidade do documento diante do caso concreto.

Igualmente, o baixo valor e a baixa complexidade acabam por dispensar a presença de outros elementos do processo de contratação direta, como o parecer jurídico, desde que previsto em ato da autoridade jurídica máxima competente, conforme previsão expressa do art. 53, §5º da lei em comento. Essa já era a orientação da Advocacia-Geral da União (AGU) na Orientação Normativa n. 46/2014, que obrigava a manifestação jurídica em processos de dispensa de pequeno valor somente na hipótese de utilização

7 Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no [art. 23 desta Lei](#);

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

8 BOSELLI. Artigo 72; Artigo 73; Art. 74; Art. 75, op. cit., p. 39.

de minuta de contrato não padronizada ou quando o administrador haja suscitado dúvida jurídica sobre a contratação.

Essa é uma importante medida de eficiência e racionalização do serviço público, já que a hipótese de incidência (pequeno valor, nos limites dos incisos I e II do art. 75 da Lei n. 14.133/2021) é de fácil percepção para o administrador público, muito embora este deva ficar atento para não incorrer em alguns vícios que possam levar ao fracionamento das aquisições ao longo dos meses durante o exercício financeiro e caracterizar fuga ao dever de licitar.

A estimativa de despesa deverá ser calculada nos termos do art. 23 da Lei n. 14.133/2021, que estabelece de forma detalhada as fontes de obtenção de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral no §1º e para contratação de obras e serviços de engenharia no §2º. Nesse ponto, a nova lei de licitações visou superar o dogma que se firmou na prática administrativa de que bastava a pesquisa direta com três fornecedores para se calcular a média do preço estimado. Muito embora essa fonte continue a existir, podendo ser combinada com outros parâmetros, agora possui algumas balizas, quais sejam, deve ser apresentada justificativa da escolha dos fornecedores e os orçamentos devem ter sido obtidos com menos de seis meses de antecedência.

Com relação ao requisito de comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária (inciso V do art. 72), além de o legislador ter restringido ao mínimo necessário, também dispensou a habilitação jurídica, técnica, fiscal, social e trabalhista e econômico-financeira, total ou parcialmente, nas contratações para entrega imediata e naquelas com valores inferiores a um quarto do limite para dispensa de licitação para compras em geral (inciso III do art. 70), o que se revela uma importante medida para evitar sobrecarregar o processo de contratação direta com elementos que não se revelam imprescindíveis ao objeto contratado.

2.2 Valores de referência

O legislador da nova lei de licitações considerou dispensável a licitação para contratação de obras e serviços de engenharia ou serviços de veículos automotores que envolva valores *inferiores* a R\$100.000,00, bem como para aquisição de bens ou prestação de outros serviços que não ultrapasse R\$50.000,00 (art. 75, incisos I e II), em valores históricos.⁹ Ainda, significa dizer que, para contratação que não supere os valores mencionados (assim como para todas as outras hipóteses do art. 75), abre-se a faculdade para o administrador contratar diretamente o fornecedor ou realizar o procedimento licitatório cabível. Felipe Boselli chama a atenção para o fato de o dispositivo ter sido inserido em uma das diversas revisões do Projeto de Lei n. 1.295/1995, não havendo no processo legislativo nenhuma justificativa específica para o aumento dos valores.¹⁰ Dessa forma, os novos valores seguiram os limites de dispensa do estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, cujos valores são idênticos (art. 29, incisos I e II, Lei n. 13.303/2016), “sem que na Lei das Estatais exista a previsão de serviço de manutenção de automotores enquadrada como dispensa junto com as obras”, como lembra o citado autor.¹¹

A bem da verdade, os valores mencionados já vigoravam no ordenamento jurídico desde 30 de setembro de 2020, quando foi publicada a Lei federal n. 14.065, que elevou os valores para dispensa de licitação por pequeno valor para os contratos firmados durante o estado de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19. Com o fim da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional

9 O Decreto n. 11.871, de 29 de dezembro de 2023, atualizou os valores para R\$ 119.812,02, para obras e serviços de engenharia ou serviços de veículos automotores, e R\$ 59.906,02 para aquisição de bens ou prestação de outros serviços.

10 BOSELLI. Artigo 72; Artigo 73; Art. 74; Art. 75, *op. cit.*, p. 209.

11 *Ibidem*, p. 209.

(ESPIN) oficialmente em 22 de maio de 2022 (Portaria GM/MS n. 913/2022), muitos entes federativos continuaram dispensando a licitação com base nos valores mencionados, agora com fundamento na Lei n. 14.133/2021,¹² que conferiu discricionariedade para a administração optar por contratar com base nessa lei ou na Lei n. 8.666/1993, que foi revogada apenas em 30 de dezembro de 2023, pela Lei Complementar n. 198/2023.

As razões que levaram o legislador a dispensar a licitação em aquisições de pequeno valor são evidentes: a vantagem econômica que poderia ser gerada pela disputa licitatória não superaria os custos diretos e indiretos do processo. Nesse mesmo sentido, Ronny Charles destaca:

Mesmo levando-se em conta que um certame exitoso gere uma economia de 30% em relação ao preço estimado, a possível e incerta economia ainda estaria muito distante do custo do processo. Nessa feita, justifica-se a não realização da licitação, pela hipótese de dispensa prevista pelo legislador, nos incisos I e II do artigo 75.¹³

Em análise comparativa com a lei antecedente, observa-se que houve considerável aumento dos valores que se classificam de baixo valor, na ordem de quase três vezes, se forem considerados os valores originais da nova lei, sem atualização. Lembrando, a Lei n. 8.666/1993 atrelava o valor do teto da dispensa a 10% do valor da modalidade convite, de modo que a licitação era dispensável para os valores de até R\$ 33.000,00 para obras e serviços de engenharia e R\$ 17.600,00 para outros serviços e bens (art. 24, incisos I e II).

Ao contrário da lei anterior, a nova lei, no art. 182, traz a obrigatoriedade de atualização anual dos valores pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA-E) ou por outro que venha a substituí-lo. Como não havia, sob a égide da Lei n. 8.666/1993, obrigatoriedade de atualização anual dos valores de contratação de pequeno valor, durante muitos anos, entre 1998¹⁴ e 2018, os valores que vigoravam eram R\$ 15.000,00 para obras e serviços de engenharia e R\$ 8.000,00 para outros serviços e bens. Com a edição do Decreto n. 9.412/2018, os valores sofreram a única atualização sob a égide da Lei n. 8.666/1993 e passaram para R\$ 33.000,00 e 17.600,00, respectivamente.

Se se pensar na realidade da União, o aumento se justifica devido à magnitude dos valores envolvidos nos processos de compras dos órgãos e entidades federais, sendo razoável que desembolsos de aproximadamente R\$ 120.000,00 e R\$ 60.000,00 (atualizado) sejam liberados do procedimento licitatório. Mas para municípios de pequeno porte, de até 20 mil habitantes – que representam 70,6% dos municípios brasileiros¹⁵ –, os valores atuais de dispensa podem abarcar uma gama bem extensa das aquisições que, agora, passarão ao largo do processo licitatório.

Além disso, parece incoerente que grandes empresas estatais, como Petrobras e Correios, estejam sujeitas ao mesmo limite de valor para contratar diretamente bens e serviços dos municípios de pequeno porte.

12 Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

13 TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Comentadas**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 459.

14 A Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998, atualizou os valores de Cruzeiro Real para Real.

15 PERES, Sarah. 70,6% das cidades do Brasil têm até 20.000 habitantes. **Portal PODER360**. Disponível em <https://www.poder360.com.br/brasil/706-das-cidades-do-brasil-tem-ate-20-000-habitantes/>. Acesso em: 14 mar. 2024.

2.3 Somatório dos valores

A Lei n. 14.133/2021 inovou ao incorporar algumas situações problemáticas identificadas pelo controle externo, sobretudo do TCU, com o fracionamento das aquisições ao longo dos meses com o objetivo de subsumir aos valores da dispensa, o que vinha sendo entendido como fuga ao dever de licitar. Para tentar evitar a prática, dispôs o legislador que, para aferição dos limites para dispensa de pequeno valor, deverão ser observados “o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora” (inciso I, §1º do art. 75), bem como “o somatório da despesa realizada com objetos da mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade”, critérios que devem ser lidos de forma combinada (inciso II, §1º do art. 75).

O primeiro ponto que merece ser ressaltado é a necessidade imperiosa de a administração pública elaborar minucioso planejamento acerca das compras públicas que contemple a expectativa de compra anual (art. 40, *caput*). Nas licitações e contratos, a ausência de planejamento ou o planejamento deficitário são responsáveis por inúmeros problemas, pois geram aquisições por “emergência fabricada”, fracionamento indevido de despesa, deficiências na especificação de objetos e estimulam aditivos contratuais e pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro fora das hipóteses em que realmente se fazem necessários.

Por essa razão, o planejamento foi alçado a princípio pela nova lei de licitações. Segundo o art. 5º, na aplicação da lei, serão observados o princípio do planejamento, junto com tantos outros que aparecem pela primeira vez em âmbito legal, tais como os princípios da segregação de funções e da segurança jurídica. Dessa forma, o planejamento passa a ser um vetor axiológico orientativo de toda a cadeia que envolve as contratações públicas, devendo ser observado pelos gestores e pelos órgãos de controle.

Alguns instrumentos de planejamento foram criados para auxiliar o gestor, podendo ser citado o plano de contratações anual, que é o primeiro instrumento de planejamento administrativo de compras públicas, pois sua elaboração antecede a formalização do processo de contratação ao antever as necessidades de cada órgão ou entidade pública. É nesse plano que a administração deve prever a quantidade, observando, no que diz respeito às aquisições de baixo valor, os critérios da anualidade e identidade da natureza, segundo a jurisprudência do TCU,¹⁶ agora positivados nos incisos I e II do §1º do art. 75.

Dessa forma, a administração está dispensada de realizar procedimento licitatório se a soma do consumo anual no exercício financeiro estiver dentro dos limites dos valores previstos em lei nos incisos I e II do art. 75, considerando a respectiva unidade gestora, isto é, a unidade orçamentária ou administrativa investida do poder de gerir recursos orçamentários e financeiros para consecução das atividades estatais.

Combinada com o mencionado critério, a licitação é dispensada quando o somatório da despesa realizada com objetos da mesma natureza estiver dentro do valor limite para contratações diretas de pequeno valor. Observe-se que a Lei n. 14.133/2021 se limitou a considerar objetos da mesma natureza aqueles que pertencem ao “mesmo ramo de atividade”.

Administrativistas têm sido acordes em entender que, se na teoria a questão parece ser de fácil resolução, na prática o tema encerra maiores dificuldades, especialmente nas situações limítrofes em que é preciso classificar a natureza do objeto da contratação.¹⁷ Ante a ausência de maiores parâmetros

16 BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão n. 8.509/2013**, 1ª Câmara, Relatora: Ministra Ana Arraes, Data da sessão: 26 nov. 2013.

17 Por todos, ver: AVELAR, Daniel Martins e. Contratação direta (art. 72 a 75). In: DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021)**: principais inovações e desafios para sua implantação. São Paulo: Dialética, 2023, p. 213-214. Ver também: BOSELLI. Artigo 72; Artigo 73; Art. 74; Art. 75, *op. cit.*, p. 107.

fornecidos pelo legislador, a definição da locução “ramo de atividade” carece de regulamentação, tanto para cumprir a finalidade da norma, que é evitar o fracionamento indevido das compras públicas, como para trazer segurança jurídica ao administrador.

Inicialmente, a Instrução Normativa Seges/ME n. 67, de 8 de julho de 2021, havia definido “ramo de atividade” como “a partição econômica do mercado, identificada pelo nível de subclasse da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE” (art. 4º, §2º). Menos de dois anos depois, contudo, o ato normativo foi alterado pela IN Seges/MGI n. 8/2023 para passar a considerar “ramo de atividade” a linha de fornecimento registrada pelo fornecedor quando do seu cadastramento no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf), vinculada: “I - à classe de materiais, utilizando o Padrão Descritivo de Materiais (PDM) do Sistema de Catalogação de Material do Governo federal; ou II - à descrição dos serviços ou das obras, constante do Sistema de Catalogação de Serviços ou de Obras do Governo federal”.

A classificação dos objetos utilizando a metodologia estabelecida em âmbito federal tem o condão de aumentar as situações em que será possível a dispensa de licitação. Flávio Garcia Cabral e Carolina Zancaner Zockun, vislumbrando as vantagens da dispensa de pequeno valor em função da abertura concorrencial proporcionada pela “dispensa eletrônica” – que será analisada no tópico seguinte –, dissertam:

Desta feita, não há porque se restringir o uso da dispensa na Lei 14.133/21 ao mínimo possível, agrupando toda a sorte de produtos e serviços sob a mesma rubrica.

Para fins de exemplificação, consideremos a hipótese de aquisição de canetas esferográficas e lápis preto, que pertencem a uma mesma CLASSE 7510 - Artigos para escritório, mas possuem códigos de Padrão Descritivo de Material diferentes (PDM 99 - caneta esferográfica/ PDM 12 - lápis preto). Nesta hipótese, para fins de cálculo do limite de despesa, os valores de dispêndio devem ser computados separadamente, já que possuem PDMs diferentes.

Neste mesmo sentido, considerado para o limite de despesa no caso de contratação de serviços, cite-se o exemplo hipotético de contratação de transporte de mudança local e transporte de mudança intermunicipal, que pertencem ao mesmo grupo 643 - serviço de transporte rodoviário, mas possuem códigos e descrição diferentes (código 3212 - mudança local e 22772 - mudança intermunicipal). Igualmente, consoante buscamos demonstrar, tais serviços são computados, para fins de dispêndio, isoladamente, cabendo, pois, duas dispensas no valor de R\$ 57.208,33 para cada um dos serviços descritos.¹⁸

A definição da locução “ramo de atividade” da IN Seges/ME n. 67/2021 pode sofrer outras modificações decorrentes da prática administrativa e até ser reproduzida por entes estaduais e municipais como parâmetro, como já sinalizou o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCMG).¹⁹ Eventuais ajustes, sobretudo para aquelas situações limítrofes, em que a caracterização como objeto da mesma natureza não é tão evidente e que possa gerar repercussão no somatório, ou não, para fins de dispensa de licitação, poderão ser equacionados pelos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários vindouros, tendo em vista que a norma é recente e ainda não foi utilizada em larga escala pelas administrações públicas.

Os somatórios tratados neste tópico não se aplicam às contratações de até R\$ 8.000,00 de serviços de manutenção de veículos automotores de propriedade do órgão ou entidade contratante, incluído

18 CABRAL, Flávio Garcia; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Como calcular os limites de dispensa de licitação em razão do valor? **Consultor Jurídico**, 14 nov. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-14/zockun-cabral-calcular-limites-de-dispensa-licitacao-valor/>. Acesso em: 15 mar. 2024.

19 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. **Consulta n. 1104883**. Relator: Hamilton Coelho. Sessão do dia 19 de out. 2002. Disponibilizado no DOC do dia 7 nov. 2022.

o fornecimento de peças, conforme §7º do art. 75. Essa ressalva foi uma novidade trazida pela nova lei de licitações, pois, pela lei antecedente, os serviços de manutenção de veículos eram enquadrados na hipótese de compras e serviços em geral, no limite de R\$17.600,00. Agora, além de os serviços de manutenção de veículos automotores passarem a ter como valor limite o mesmo utilizado para a hipótese de dispensa de obras e serviços de engenharia (inciso II, art. 75), cujo limite é R\$100.000,00, não se considerará fracionamento indevido a contratação de até R\$8.000,00. Concorde-se com Felipe Boselli no sentido de que houve um alargamento exacerbado das contratações diretas para esse tipo de serviço, o que requer redobrada atenção dos órgãos de controle para coibir eventuais abusos.²⁰

2.4 Dispensa eletrônica

Como já dissertado, a definição no âmbito do planejamento de que determinada aquisição se insere na dispensa de pequeno valor não a exime de iniciar um procedimento formal de “contratação direta” e instruí-lo com os documentos arrolados no art. 72 da Lei n. 14.133/2021. A novidade trazida pela nova lei de licitações e contratações públicas é que tal procedimento será preferencialmente realizado de forma eletrônica, o que tem sido denominado de “Dispensa Eletrônica”, já regulamentado pela Instrução Normativa Seges/ME n. 67/2021²¹ no âmbito federal.

Segundo o §3º do art. 75 da nova lei de licitações, as contratações que envolvem baixo valor serão, preferencialmente, precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, no prazo mínimo de 3 (três) dias úteis antes, 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.

De acordo com a regulamentação citada, trata-se de procedimento eletrônico de contratação direta por dispensa de licitação, na linha da tônica da nova lei: processos eletrônicos e atos praticados de forma digital.²² A previsão é salutar porque joga luzes em um procedimento que, sob a ótica da Lei n. 8.666/1993, era realizado nas repartições com cotação direta junto a fornecedores escolhidos pelo órgão ou entidade e sem muita transparência, o que, não raras vezes, direcionava a contratação para determinado fornecedor. De fato, a lei anterior previa em seu art. 26, parágrafo único, um procedimento interno com elementos mínimos para os casos de dispensa e inexigibilidade, sem, contudo, previsão de publicidade e abertura para os interessados apresentarem propostas.

O objetivo da nova norma, portanto, é bastante claro e consiste em conferir transparência a um processo outrora opaco; mitigar os riscos de corrupção e favorecimentos por escolha do contratante; buscar as melhores propostas ao abrir para disputa concorrencial e reduzir os custos operacionais nas contratações diretas de baixo valor. É alvissareira a previsão da “dispensa eletrônica”, mormente ante a previsão na nova lei de aumento significativo dos valores que facultam ao administrador o afastamento da licitação e possibilitam a contratação direta.

De acordo com a IN Seges/ME n. 67/2021, a fase externa do procedimento se inicia com a divulgação do aviso de contratação direta no portal Comprasnet 4.0 e no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e encaminhado automaticamente aos fornecedores registrados no Sistema de Cadastro de Fornecedores (Sicaf), que deve conter, no mínimo, a descrição detalhada do bem ou serviço pretendido pela administração e os requisitos de habilitação. Chama a atenção a magnitude da divulgação do aviso de contratação, lembrando que existe previsão no art. 87 da Lei n. 14.133/2021 do sistema de registro

20 BOSELLI. Artigo 72; Artigo 73; Art. 74; Art. 75, *op. cit.*, p. 107.

21 No âmbito do Estado de Minas Gerais, a “Cotação Eletrônica de Preços – COTEP” foi regulamentada pela Resolução Seplag n. 34/2023.

22 STROPPIA, Christianne; PÉRCIO, Gabriela. O processo de contratação direta na Lei n. 14.133/21. **Observatório da Nova Lei de Licitações**, 19 ago. 2022.

cadastral unificado para toda a administração pública que ficará disponível no PNCP, o que certamente favorecerá a obtenção da oferta mais vantajosa para o órgão ou entidade contratante. Nesse sentido, Flávio Garcia Cabral e Carolina Zancaner Zockun escreveram: “Não há, desse modo, qualquer forma de direcionamento, como ocorria na dispensa prevista na Lei nº 8.666/93, que indicava o fornecedor sem que houvesse possibilidade de competição”.²³

Em prazo não inferior a três dias úteis contados da divulgação do aviso de contratação direta, o fornecedor deve cadastrar no sistema sua proposta, podendo se valer da parametrização do valor final mínimo disponível no sistema, de acordo com o art. 9º. Interessante registrar que o próprio sistema oferece um “robô” para oferta de lances, o que pode auxiliar a administração na busca pelo melhor preço.

Rony Charles alerta para a necessidade de se resguardar o sigilo das propostas apresentadas pelas empresas interessadas, a fim de garantir o princípio da isonomia.²⁴ O que o autor sugere, portanto, é que o modo de disputa deveria ser fechado, hipótese em que as propostas permaneceriam em sigilo até a data e hora designados para sua divulgação (art. 56, inciso II). Contudo, não foi esse o caminho seguido pela regulamentação federal na IN n. 67/2021, que optou pelo modo aberto de disputa ao prever, em seu art. 11, que o procedimento será automaticamente aberto pelo sistema para o envio de lances públicos e sucessivos, exclusivamente por meio do sistema eletrônico.

Definida a proposta vencedora, segue-se à fase de habilitação do fornecedor mais bem classificado, no prazo estabelecido no aviso de contratação, havendo previsão, que privilegia a desburocratização do procedimento, de exigência de comprovação mínima em casos de contratações para entrega imediata (prazo de entrega de até 30 dias da ordem de fornecimento), naquelas com valores inferiores a um quarto do limite para dispensa de licitação para compras em geral e de produtos para pesquisa e desenvolvimento. Nesses casos, somente será exigida das pessoas jurídicas a comprovação da regularidade fiscal federal, social e trabalhista e, das pessoas físicas, a quitação com a Fazenda Federal (art. 20). Habilitado o fornecedor, o objeto será adjudicado e o procedimento homologado (art. 23), ficando o fornecedor sujeito às sanções administrativas previstas na Lei n. 14.133/2021, sem prejuízo da eventual anulação da nota de empenho ou da rescisão do instrumento contratual.

O que se observa, portanto, é que a regulamentação da norma do art. 75, §3º, instituiu uma espécie de pregão mais simplificado para contratações de baixo valor, que tem sido denominado na prática de “preguinho”.²⁵ Não se trata de nova modalidade de licitação, mas sim de procedimento eletrônico de contratação direta aplicável à hipótese de dispensa de pequeno valor, devendo ser utilizado pelos órgãos e entidades de todos os entes sempre que houver condições técnicas, materiais ou de recursos humanos.

Interessante notar que o legislador utilizou a expressão “preferencialmente”²⁶ para dizer que as contratações de pequeno valor serão precedidas do procedimento eletrônico instituído pela nova

23 CABRAL, Flávio Garcia; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Como calcular os limites de dispensa de licitação em razão do valor? **Consultor Jurídico**, 14 nov. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-14/zockun-cabral-calcular-limites-de-dispensa-licitacao-valor/>. Acesso em: 15 mar. 2024.

24 TORRES, **Leis de Licitações Comentadas**, *op. cit.*, p. 463.

25 Flávio Garcia Cabral e Carolina Zancaner Zockun noticiam que, “De fato, a nova Lei de Licitações e Contratos criou uma nova metodologia para a contratação direta em razão do valor, por meio da realização de uma mini-competição no próprio processo de dispensa, sendo apelada, por diversos órgãos, como “preguinho”, em referência à ampla disputa ocorrida no pregão”. (*in*: Como calcular os limites de dispensa de licitação em razão do valor? **Consultor Jurídico**, 14 nov. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-14/zockun-cabral-calcular-limites-de-dispensa-licitacao-valor/>. Acesso em: 15 mar. 2024.

26 § 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.

legislação. Em inúmeras situações, mais especificamente 16 vezes, a Lei n. 14.133/2021 se vale da expressão “preferencialmente”. Preferir, segundo o Dicionário Aurélio, significa “dar primazia a, escolher; ter predileção por; achar melhor”. Portanto, não se trata de uma competência discricionária que se abre ao administrador, no sentido de escolha livre sobre a forma do procedimento de contratação direta entre físico ou eletrônico. Havendo condições técnicas, materiais ou de recursos humanos, a administração pública está obrigada a realizar o procedimento eletrônico nas contratações diretas, que oferece inúmeras vantagens em relação ao procedimento físico. Somente em caso de impossibilidade, o administrador pode contratar diretamente por meio de procedimento físico, devendo apresentar as razões em ato motivado na abertura do processo.

A criação da “dispensa eletrônica”, com abertura de um ambiente concorrencial, revela-se uma mudança bastante positiva para a gestão pública, que passará a atuar com mais transparência e com possibilidade de contratações mais vantajosas ante a expectativa de aumento considerável da competitividade, devendo ser efetivamente utilizada por todos os órgãos e entidades de todos os entes federativos.

2.5 Uso de cartão de pagamento e compras pela internet

A nova lei de licitações, incorporando uma prática que já existia no âmbito federal, dispôs expressamente que as contratações diretas de pequeno valor serão preferencialmente pagas por meio de cartão de pagamento, cujo extrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público no Portal Nacional de Contratações Públicas (art. 75, §4º).

Esse artigo deve ser lido em conjunto com o artigo 40, inciso I, segundo o qual o planejamento das compras públicas deverá considerar “as condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado” (comando no mesmo sentido constava no art. 15, inciso III da lei de licitações precedente).

A bem da verdade, há tempos a administração federal utiliza como forma de pagamento o “cartão de crédito corporativo”, com base em decretos que regulamentavam o art. 15, III, da Lei n. 8.666/1993, que preconizava similaridade de condições de aquisição e pagamento com o mercado privado. Entendia-se que, se o mercado utiliza o cartão de crédito para compras corporativas pela praticidade e confiabilidade, a administração também deveria fazê-lo, com objetivo de atrair o interesse das empresas e aumentar a competitividade.

Inicialmente permitido para compras de passagens aéreas (Decreto n. 2.809/1998), foi posteriormente ampliado para abarcar também a aquisição de materiais ou serviços de pronto pagamento e de entrega imediata, enquadrados como suprimento de fundos (Decreto n. 3.892/2001). Atualmente, a questão é regulamentada pelo Decreto federal n. 5.355/2005, que alterou a nomenclatura para “Cartão de Pagamento do Governo Federal (CPGF)” e continuou permitindo o uso do cartão para pagamento de despesas com materiais e contratação de serviços enquadrados como suprimento de fundos (arts. 45, 46 e 47 do Decreto n. 93.872/1986), entendido para as seguintes finalidades: (i) despesas eventuais, inclusive em viagens e com serviços especiais, que exijam pronto pagamento²⁷; (ii) despesas feitas em caráter sigiloso, conforme regulamento; e (iii) despesas de pequeno vulto, cujo valor não ultrapasse limite estabelecido em portaria do ministro da Fazenda.

Uma alteração realizada em 2008 pelo Decreto n. 6.370 permitiu a utilização do cartão como forma de pagamento de outras despesas se autorizado por ato conjunto dos ministros de Estado de Planejamento,

²⁷ Lembre-se que a própria Lei n. 14.133/2021, assim como a sua antecedente, determina o valor que se considera de “pronto atendimento”: R\$ 10.000,00, atualizado pelo Decreto n. 11.871/2023 para R\$ 11.981,20 (art. 95, §2º).

Orçamento e Gestão e da Fazenda. Em boa hora, esse decreto também veio instituir alguns mecanismos de controle, como escreveu Flávio Amaral Garcia:

Em decorrência das recentes notícias dando conta do mau uso do cartão de crédito corporativo na esfera federal, foi editado o *Decreto n. 6.370, de 01 de fevereiro de 2008*, que buscou instituir mecanismos de controle na sua utilização.

A principal delas refere-se à instituição de *limites* para os saques em espécie, que não poderá exceder a 30% (trinta por cento) do total da despesa anual do órgão ou entendida efetuado com suprimento de fundos. Esse gasto, entretanto, dependerá de autorização expressa em portaria, pelo Ministro de Estado competente.²⁸

Portanto, a nova lei de licitações, muito embora despesas de pequeno valor, enquadradas na lei como hipótese de dispensa de licitação, já pudessem ser enquadradas como suprimento de fundos, apresenta um avanço ao positivar expressamente a utilização do cartão no âmbito da administração pública, que, se bem utilizado, dentro dos limites normativos, confere agilidade e eficiência à gestão. Além disso, ao exigir que seu extrato seja publicado no PNCP e que permaneça à disposição do público, a Lei n. 14.133/2021 confere transparência e favorece o controle sobre as despesas públicas.²⁹

O cartão de pagamento será utilizado para aquisições de baixo valor de forma *preferencial*. As mesmas ponderações acerca do uso da dispensa eletrônica acima mencionado se aplicam aqui, vale dizer, não se trata de uma competência discricionária que se abre ao administrador, no sentido de escolha livre sobre a forma de pagamento entre o cartão de pagamento e os meios tradicionais (cheque ou transferência bancária). Havendo condições técnicas, materiais ou de recursos humanos, a administração pública está obrigada a realizar o pagamento por meio do cartão de pagamento, que oferece maior transparência e facilita o controle externo e social, já que o extrato deverá ser publicado no PNCP. Em caso de impossibilidade por motivos justificados, o administrador pode, em ato motivado, remunerar seus fornecedores de pequeno valor por outra forma que não o cartão de pagamento.

A utilização de cartão de pagamento para compras de pequeno valor, agora positivada pela nova lei de licitações, tem suscitado debates em torno da possibilidade de compras pela internet pela administração pública, principalmente a respeito da antecipação do pagamento. Isso porque as compras realizadas em *sites* exigem do consumidor o pagamento antecipado, antes que a mercadoria chegue ao seu domicílio ou que ele seja retirado diretamente na loja. Esse fluxo é dissociado das clássicas etapas das despesas públicas enumeradas na Lei n. 4.320/1964, quais sejam, empenho, liquidação e pagamento.

Essa preocupação, que outrora se revelava um dogma das finanças públicas, vem sendo mitigada por eventos de calamidade pública ou mesmo em deferência ao dinamismo das relações comerciais dos tempos atuais. Por exemplo, cite-se a Lei federal n. 14.065, de 30 de setembro de 2020, que, no primeiro ano da pandemia da Covid-19, autorizou os entes federativos a promover o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos, desde que: a) representasse condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou b) propiciasse significativa economia de recursos (art. 1º, inciso II).

A Lei n. 14.133/2021 incorporou a possibilidade excepcional do pagamento antecipado em seu art. 145, §1º, deixando expresso que, nessa hipótese, é obrigatório que haja justificativa prévia no processo licitatório, bem como que seja expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento

28 GARCIA, Flávio Amaral. Aspectos jurídicos do cartão de crédito corporativo. *Revista Dir. Procuradoria-Geral*, Rio de Janeiro, n. 64, 2009, p. 110.

29 A Instrução Normativa Seges/MGI n. 11 atualizou para a nova lei e autorizou a aplicação do Decreto n. 5.355/2005 para o pagamento das despesas com compra de bens e prestação de serviços (art. 40, inciso I, Lei n. 14/133/2021, de redação idêntica ao art. 15, inciso III, Lei n. 8.666/1993) e para o regime de adiantamento, por suprimento de fundos.

formal de contratação direta. Ainda, os parágrafos seguintes estabeleceram que a administração poderá exigir a prestação de garantia adicional como condição para o pagamento antecipado (§2º) e que, caso o objeto não seja executado no prazo contratual, o valor antecipado deverá ser devolvido (§3º).

Com base nessa previsão legal, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCMG), respondendo a uma consulta que lhe fora formulada, entendeu que a administração pública, nas hipóteses de contratação direta em razão do valor, pode efetuar a compra diretamente pela internet, inclusive de lojas exclusivamente virtuais. Além da necessidade de atendimento dos requisitos legais aplicáveis à contratação direta, a Corte mineira entendeu que devem ser “adotadas boas práticas que mitiguem os riscos de inadimplência, como o uso de *sites* reconhecidos e manifestamente confiáveis, além da consulta a todos os documentos imprescindíveis à aceitação da proposta”³⁰.

São muitas as vantagens que a realização de compras pela internet, logicamente em *sites* confiáveis, pode trazer para a satisfação eficiente das necessidades públicas, como a possibilidade concreta de obter ofertas mais vantajosas, não havendo motivo razoável para alijar a administração dos benefícios do fenômeno mundial do *e-commerce*. Considera-se, portanto, que a decisão do TCEMG, além de garantir segurança jurídica aos jurisdicionados, vai ao encontro da celeridade que se espera das contratações públicas, notadamente das contratações diretas por pequeno valor, privilegiando os princípios da economicidade e eficiência.

3 CONCLUSÃO

As alterações promovidas pela Lei n. 14.133/2021 são decorrentes de consolidação de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, sobretudo do TCU, bem como de práticas administrativas já presentes na administração pública federal, o que é salutar e aumenta a segurança jurídica dos administradores públicos, mormente porque a hipótese de dispensa por pequeno valor é, de longe, a mais utilizada pelos órgãos e entidades públicos, como retratou uma avaliação realizada pela CGU, mencionada na introdução deste artigo.

Contudo, a elevação significativa dos limites de valor que autorizam a dispensa de licitação sem o estabelecimento de faixas de acordo com o número populacional é passível de críticas por ter, na prática, dispensado a licitação de ampla gama de contratações públicas dos entes municipais considerados de pequeno porte, que são a maioria brasileira. É certo que a instituição da “dispensa eletrônica”, que garante a disputa concorrencial outrora praticamente inexistente no regime da Lei n. 8.666/1993, pode mitigar os efeitos deletérios, mas ainda devem ser levados em consideração os desafios da implantação do sistema eletrônico requerido pela norma nesses entes federativos.

A “dispensa eletrônica”, procedimento eletrônico de contratação direta aplicável à hipótese de dispensa de pequeno valor, uma espécie de pregão mais simplificado, deve ser utilizada pelos órgãos e entidades de todos os entes sempre que houver condições técnicas, materiais ou de recursos humanos, o que certamente aumentará a competitividade e favorecerá a busca pela oferta mais vantajosa para atender ao interesse público. Igualmente, o “preguinho”, como tem sido denominado, incrementa a transparência, pois lança luzes em um procedimento de escolha que antes era feito de forma opaca.

A positivação do uso de cartão de crédito corporativo e as possibilidades de utilização do *e-commerce* que se abrem à administração pública, com todas as cautelas que vêm sendo apontadas pelos órgãos de

30 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. **Consulta n. 1.127.049**. Relator: Conselheiro Wanderley Ávila. Julgamento em 18 out. 2023.

controle, igualmente são novidades positivas, pois, além da segurança jurídica, prestigiam o princípio constitucional da eficiência, tornando o agir administrativo mais célere quando se trata de contratações diretas de pequeno valor.

Portanto, da análise desenvolvida neste breve artigo, conclui-se que a nova lei de licitações tem potencial para aprimorar o processo de contratação direta de pequeno valor e melhorá-lo em termos de segurança jurídica, eficiência, competitividade e transparência, embora algumas novidades dependam de implementação de sistemas eletrônicos e regulamentações internas de cada ente federativo.

REFERÊNCIAS

AVELAR, Daniel Martins e. Contratação direta (art. 72 a 75). In: DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021)**: principais inovações e desafios para sua implantação. São Paulo: Dialética, 2023.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria de Gestão. Instrução Normativa Seges/ME n. 67, de 8 de julho de 2021. Dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, de que trata a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**, edição 128, seção 1, p. 79, 9 jul. 2021. Disponível em <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-seges-me-no-67-de-8-de-julho-de-2021>. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria de Gestão. Instrução Normativa Seges/ME n. 58, de 8 de agosto de 2022. Dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares - ETP, para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema ETP digital. **Diário Oficial da União**, edição 150, seção 1, p. 76, 9 ago. 2022. Disponível em <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-seges-no-58-de-8-de-agosto-de-2022>. Acesso em: 5 abr. 2024.

BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. Secretaria de Gestão e Inovação. Instrução Normativa Seges/MGI n. 8, de 23 de março de 2023. Altera a Instrução Normativa Seges/ME nº 67, de 8 de julho de 2021, que dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, de que trata a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**, edição 1, seção 1, p. 49, 29 mar. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-seges-mgi-no-8-de-23-de-marco-de-2023>. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS n. 913, de 22 de abril de 2022. Declara o encerramento da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (2019-nCoV) e revoga a Portaria GM/MS nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial da União**, edição 75-e, seção 1, p. 1. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gm/ms-n-913-de-22-de-abril-de-2022-394545491>. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (Revogada pela Lei n. 14.133/2021). Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, seção 1 p. 8269, 22 jun. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. Lei n. 14.065, de 30 de setembro de 2020. Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos realizados no âmbito da administração pública; adequa os limites de dispensa de licitação; amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020; e altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 2, 1 out. 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14065.htm. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, edição 61-F, seção 1 - Extra F, p. 2, 1 abr. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. Lei Complementar n. 198, de 28 de junho de 2023. Altera a Lei Complementar nº 91, de 22 de dezembro de 1997, para manter os coeficientes do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) de Municípios com redução populacional aferida em censo demográfico, aplicando redutor financeiro sobre eventuais ganhos, na forma e no prazo que especifica; e altera a Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos). **Diário Oficial da União**, n. 121C, edição extra, p. 1, col. 1, 28 jun. 2023. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp198.htm#art2. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão n. 8.509/2013**, 1ª Câmara, Relatora: Ministra Ana Arraes, Data da sessão: 26 nov. 2013.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Orientação Normativa n. 46/2014**.

BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). **Relatório de Avaliação**. Órgão: Ministério da Economia. Unidade examinada: Secretaria de Gestão. Brasília/DF. 8 jun. 2020. Ordem de Serviço: 201902510. Disponível em: <https://www.gov.br/gestao/pt-br/aceso-a-informacao/auditorias/relatorios-da-cgu>. Acesso em: 15 mar. 2024.

BOSELLI, Felipe. Artigo 72; Artigo 73; Art. 74; Art. 75. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima; CAMARÃO, Tatiana (Coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** – Volume 2: Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021 – Artigos de 71 a 194º. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

CABRAL, Flávio Garcia; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Como calcular os limites de dispensa de licitação em razão do valor? **Consultor Jurídico**, 14 nov. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-14/zockun-cabral-calcular-limites-de-dispensa-licitacao-valor/>. Acesso em: 15 mar. 2024.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI**: O minidicionário da língua portuguesa. Coordenação de edição: Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira; lexicografia, Margarida dos Anjos [et al.]. 4. ed. rev. ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** – Volume 2: Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

GARCIA, Flávio Amaral. Aspectos jurídicos do cartão de crédito corporativo. **Revista Dir. Procuradoria-Geral**, Rio de Janeiro, n. 64, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

MINAS GERAIS. Resolução Seplag/MG n. 34, de 24 de março de 2023. **Minas Gerais – Diário do Executivo**, p. 24, 25 mar. 2023. Disponível em <https://www.pesquisalegislativa.mg.gov.br/LegislacaoCompleta.aspx?cod=204366&marc=%29>. Acesso 15 mar. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. **Consulta n. 1.104.883**. Relator: Conselheiro-substituto Hamilton Coelho. Sessão do dia 19 de out. 2002. Disponibilizado no DOC do dia 07 nov. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. **Consulta n. 1.127.049**. Relator: Conselheiro Wanderley Ávila. Sessão do dia 18 de out. 2023. Disponibilizado no DOC do dia 25 out. 2023.

STROPPIA, Christianne; PÉRCIO, Gabriela. O processo de contratação direta na Lei n. 14.133/2021. **Observatório da Nova Lei de Licitações**, 19 ago. 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/08/19/o-processo-de-contratacao-direta-na-lei-no-14-133-21/>. Acesso em: 13 dez. 2023.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Comentadas**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2023.

GOVERNANÇA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO GOVERNO DIGITAL

GOVERNANCE OF PUBLIC PROCUREMENTS IN DIGITAL GOVERNMENT



Fábio de Sousa Santos

Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).
Professor. Procurador do Estado de Rondônia. Membro da Comissão de Estudos em Licitações e Contratos do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA).

Fernando Nunes Madeira

Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali).
Procurador de Autarquia. Porto Velho/RO, Brasil.

Maxwel Mota de Andrade

Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Procurador do Estado de Rondônia e
Professor da Faculdade Católica de Rondônia. Porto Velho/RO, Brasil.

Sumário: 1. Introdução; 2. Governança pública e governo digital; 3. A governança na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos; 4. O princípio da interoperabilidade de sistemas e os diálogos entre o governo digital e a governança das contratações; 5. Considerações finais; Referências.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo a análise do emprego de ferramentas tecnológicas para a governança pública sob o enfoque das contratações públicas da Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Tem como pressuposto que a referida legislação inovou no ordenamento jurídico trazendo consideráveis alterações no regime jurídico das licitações e contratações públicas, buscando conferir maior eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações e que essa inovação legislativa, entretanto, tem de conviver com os ditames da Lei n. 14.129/2021, Lei do Governo Digital. A abordagem deste artigo baseia-se em pesquisa bibliográfica exploratória com a finalidade de que conceitos apresentados resultem em uma fundamentação teórica relevante. A hipótese investigada é a de que a nova lei de licitações, em conjunto com as ferramentas da Lei do Governo Digital, representa, com especial relevância para diretriz de interoperabilidade, relevante progresso ao funcionamento da governança pública, notadamente quanto à implementação de estruturas e processos voltados à identificação de vulnerabilidades, por intermédio de mecanismos de controle interno, a fim de combater desvios, fraudes e corrupções durante as execuções das contratações públicas. Conclui-se que a complementaridade dos veículos normativos destacados é capaz de maximizar os resultados para a administração nacional, contribuindo, substancialmente, para a fiscalização e a melhoria da gestão e da satisfação dos interesses públicos.

Abstract: This article aims to analyze the use of technological tools for public governance from the perspective of public procurement under the new Bidding Law n. 14.133, of April 1, 2021. It's based on premise that new Law brought considerable changes to the legal regime of public bidding and contracting, seeking to provide greater efficiency, effectiveness and efficacy in its contracts. However, this legislative innovation must to coexist with the dictates of Law n. 14.129/2021, the Digital Government Law. The approach of this article is based on exploratory bibliographical research with the aim that the concepts presented result in a relevant theoretical foundation. The hypothesis investigated is that the new Public Procurement Law, together with the tools of the Digital Government Law, together a set but with special relevance to the interoperability guideline, represent relevant progress in the functioning of public governance, notably regarding the implementation of structures and processes aimed at identifying vulnerabilities, through internal control mechanisms, in order

to combat embezzlement, fraud and corruption during the execution of public contracts. It is concluded that the complementarity of the highlighted normative vehicles is capable of maximizing results for the national Administration, contributing substantially to the supervision and improvement of management and the satisfaction of public interests.

Palavras-chave: Contratações públicas. Governança pública. Nova lei de licitações. Governo digital.

Keywords: Public Procurement. Public Governance. Public Procurement Law. E-Government.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe analisar o papel da tecnologia na política de governança das contratações públicas no âmbito da Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, tendo como principal objetivo compreender as alterações e inovações introduzidas por essa legislação ao controle das contratações públicas, analisando os mecanismos de governança inseridos pela nova lei e as ferramentas do governo digital presentes na Lei n. 14.129/2021, Lei do Governo Digital.

A nova lei de licitações, entretanto, traz dispositivos que consolidam práticas ou posições significativas para mudança no regime jurídico de contratações públicas no Brasil e substituiu a Lei n. 8.666/1993 (antiga Lei de Licitações e Contratos), a Lei n. 10.520/2002 (Lei do Pregão) e a Lei n. 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratação). Entre as inovações, a lei atribuiu à alta administração do órgão ou entidade a responsabilidade pela governança das contratações e o dever de implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, promovendo ambiente íntegro e confiável, a fim de obter resultados mais vantajosos nas licitações e contratações públicas por meio de diretrizes alinhadas ao interesse público e do controle dos procedimentos e dos riscos.

Justifica-se o presente trabalho em face da relevância do tema na atualidade, haja vista a sua importância para o Direito Público e Administrativo nacional, tendo em vista a sua essencialidade para o funcionamento da administração pública, uma vez que a nova legislação adota controle dos procedimentos de licitação e das contratações as quais objetivam que a administração pública realize contratações com maior eficiência e transparência, a fim de que atinjam resultados mais vantajosos.

O texto é dividido em três partes. Na primeira, são trazidos os conceitos fundamentais relacionados à governança pública e ao governo digital, elencando os elementos conceituais e normativos que se entrelaçam no contexto da pesquisa. Na segunda parte, discute-se o aspecto da governança na nova lei de licitações, com ênfase no planejamento como ferramenta de melhoria dos processos de contratação formatados pela nova lei. Na terceira parte, propõe-se o diálogo entre as duas fontes normativas objeto de maior destaque (Lei de Licitações e Lei do Governo Digital), com ênfase no papel da interoperabilidade e do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) como ferramentas mais destacadas do objeto de pesquisa proposto.

Quanto à metodologia de pesquisa adotada, busca o presente artigo, com base em pesquisa bibliográfica, contextualizar o tema, utilizando da legislação brasileira, de artigos de recursos informativos, dissertações, revistas, a fim de que os conteúdos coletados e descritos resultem em uma fundamentação teórica relevante sobre o assunto.

2 GOVERNANÇA PÚBLICA E GOVERNO DIGITAL

A governança é um conceito bastante abrangente que possui várias acepções, sendo relacionado ao longo do tempo à noção de “bom governo”, e vem sendo cada vez mais utilizado com o objetivo de disseminar uma cultura de planejamento e probidade, visando corrigir as mazelas administrativas.

O termo governança tem suas raízes no setor privado, onde a necessidade de gerenciar à distância propriedades, bens e investimentos levou à delegação de autoridade e poder a terceiros para administrar o capital em questão,¹ estimulando a necessidade de criação de ferramentas que possibilitasse aos proprietários fazer o acompanhamento da gestão de suas propriedades. Essa prática surgiu como resposta à demanda de proprietários que buscavam acompanhar a gestão de seus bens, prevenindo conflitos entre eles e os administradores.

Na esfera pública, a governança é compreendida como um sistema que equilibra o poder entre diversos atores, como cidadãos, governantes, alta administração, gestores e colaboradores, com o objetivo de promover o bem comum, superando interesses individuais ou de grupos. As práticas de governança foram introduzidas à gestão pública, especialmente após a Constituição da República de 1988, sendo influenciada pela administração pública gerencial e incorporando os conceitos de *compliance* (controle e exigência de ética), *disclosure* (transparência) e *accountability* (prestação de contas), com a finalidade de aperfeiçoar a relação da sociedade e do Estado.

Constata-se, portanto, que as práticas de governança pública foram introduzidas na administração pública com o intuito de tornar o Estado mais eficiente, voltada à capacidade que os governos têm de planejar, formular, implementar políticas públicas e cumprir suas funções. Kissler e Hidemann destacam a diversidade de perspectivas sobre o conceito de governança pública,² sugerindo que não existe uma definição única, mas sim vários pontos de partida para reestruturar as relações entre o Estado e suas instituições.

Por sua vez, o termo governo digital, também reconhecido como governo eletrônico ou *e-government*, diz respeito a “uma forma de organização do conhecimento que permitirá que muitos atos e estruturas meramente burocráticas simplesmente desapareçam e a execução de tarefas que exijam uma atividade humana mais complexa seja facilitada”.³ A Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021, define governo digital como “prestação digital dos serviços públicos”, estabelecendo um conjunto de princípios de diretrizes, conceitos e instrumentos voltados à realização dessa visão.

São reconhecidos como facetas do *e-government* o governo eletrônico ou *Government to Citizens* - G2C (ex.: serviços ao público ofertados em ambiente eletrônico); administração eletrônica ou *Government to Government* - G2G (Ex: relacionamentos intraorganizacionais, como a gestão de conhecimento); e governança eletrônica ou *Government to Business* - G2B (interação cidadão e burocracia para a melhoria do processo de governar).⁴ Desses conceitos já se vê a existência de profundas interações entre os conceitos de governança pública e de governo digital, na medida em que os princípios e manifestações deste último se apresentam como formas próprias de manifestação da primeira.

No Brasil, os mecanismos de governanças públicas foram introduzidos expressamente mais recentemente, sobretudo com a evolução do arcabouço normativo. Nesse contexto, em um dos trabalhos mais relevantes sobre governança pública no Brasil, o Tribunal de Contas da União indica uma série de instrumentos que foram instituídos na busca de fortalecer a governança pública:

1 TEIXEIRA, Alex Fabiane; GOMES, Ricardo Corrêa. Governança pública: uma revisão conceitual. *Revista do Serviço Público*, v. 70, n. 4, p. 519-550, out./dez. 2019. p. 521.

2 KISSLER, L.; HEIDEMANN, F. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? *RAP*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, maio/jun. 2006. p. 479.

3 ROVER, Aires José; GALINDO, Fernando. *O governo eletrônico e suas múltiplas facetas*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010.

4 BRAGA, Lamartine Vieira; GOMES, Ricardo Corrêa Gomes. Governo Eletrônico e seu relacionamento com o desenvolvimento econômico e humano: um estudo comparativo internacional. *Revista do Serviço Público*, v. 66, n. 4, p. 523-556, 24 dez. 2015. p. 527; e UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT; SECRETARIAT, *E-commerce and development report. 2004 2004*. New York; Geneva: UN, 2004. p. 133.

Além do que foi definido na Constituição de 1988, outros instrumentos surgiram para fortalecer a governança pública, entre eles: (a) o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto 1.171, de 22 de Junho de 1994) e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000), que têm por objeto aspectos éticos e morais e o comportamento da liderança; (b) o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (GesPública), instituído em 2005 e revisado em 2009 e em 2013, cujos treze fundamentos⁶ norteiam-se pelos princípios constitucionais da administração pública e pelos fundamentos da excelência gerencial contemporânea; (c) a Lei 12.813, de 16 de maio de 2013, que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal; e (d) os instrumentos de transparência, como a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011), que asseguram o direito fundamental de acesso à informação e facilitam o monitoramento e o controle de atos administrativos e da conduta de agentes públicos.⁵

Para além dessas normas, a Lei do Governo Digital dedica o Capítulo VII ao tema “da Governança, da gestão de riscos, do controle e da auditoria”, tendo apontado um elenco mínimo de práticas específicas para a manifestação da governança pública, quais sejam: “I - formas de acompanhamento de resultados; II - soluções para a melhoria do desempenho das organizações; III - instrumentos de promoção do processo decisório fundamentado em evidências”⁶.

Já no tema de boas práticas, o *Referencial básico de governança*, elaborado pelo Tribunal de Contas da União, ressalta que a boa governança pública tem como propósito conquistar e preservar a confiança da sociedade. Esse processo ocorre por meio de mecanismos eficientes que asseguram a conformidade das ações executadas com o interesse público, destacando a importância da transparência e responsabilidade na gestão pública.⁷

É possível reconhecer no conceito de governança uma conexão direta com o ambiente democrático, especialmente diante da visão de que aquela representa a importância de uma distribuição equitativa de poder para garantir o atendimento dos interesses coletivos.⁸ Nessa linha, as diretrizes do que uma boa governança no setor público deve permitir se exemplificam por “garantir que a organização seja, e pareça, responsável para com os cidadãos”, bem como por “ser transparente, mantendo a sociedade informada acerca das decisões tomadas e dos riscos envolvidos” e “possuir e utilizar informações de qualidade e mecanismos robustos de apoio às tomadas de decisão”.⁹

No plano normativo nacional, o Decreto n. 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, define no inciso I do artigo 2º como governança pública o “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”. Ainda, estabelece no artigo 3º como princípios da governança pública: I - capacidade de resposta; II - integridade; III - confiabilidade; IV - melhoria regulatória; V - prestação de contas e responsabilidade; e VI - transparência.¹⁰

5 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Governança pública**: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/FA/B6/EA/85/1CD4671023455957E18818A8/Referencial_basico_governanca_2_edicao.PDF. Acesso em: 12 de dezembro de 2023.

6 BRASIL. Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública. Lei do Governo Digital. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, seção 1, p. 3, 30 mar. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14129.htm. Acesso em: 10 jul. 2022. Art. 47.

7 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Governança pública**, *op. cit.*

8 MATIAS-PEREIRA, José. A governança corporativa aplicada no setor público brasileiro. **APGS**, Viçosa, v. 2, n. 1, 2010, p.117. Disponível em: <https://doi.org/10.21118/apgs.v2i1.21>. Acesso em: 12 de dezembro de 2023.

9 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Governança pública**, *op. cit.*

10 BRASIL. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 3, 23 nov. 2017.

Na persecução dos objetivos e interesses em prol da sociedade, é notória a necessidade de desenvolver a prática de governança nas organizações públicas na busca por eficiência, eficácia e efetividade. E nesse ponto, como se verá de maneira mais detida adiante, as ferramentas de governo digital parecem se interconectar de maneira mais densa com o tema da governança, uma vez que podem se apresentar como instrumentos ambivalentes para a realização das diretrizes de governo digital, bem como da governança pública.

Nesse sentido, destaca-se que a “ênfase em governança reflete, de muitas formas, as preocupações públicas com relação à capacidade de seus sistemas políticos de agirem de forma efetiva e decisiva no sentido de resolver problemas públicos”,¹¹ dentro de um mesmo *framework* conceitual, independentemente da amplitude geográfica.¹²

A governança responsável também diz respeito à essência do Estado, pois o desenvolvimento de uma sociedade sustentável requer “uma estratégia que permita articular estruturas organizativas, acordos institucionais e consensos sociais que ofereçam quadros apropriados para o desenvolvimento de processos criativos”,¹³ envolvendo elementos essenciais incluindo o respeito aos direitos humanos, podendo ser encarada como uma nova forma global de conduzir o Estado.

O processo de governança se conecta a outras áreas das ciências sociais, sobretudo com a ciência econômica, permitindo a participação dos demais compartimentos do conhecimento humano. O processo de governança pública possibilita ainda o desenvolvimento de relações com a adequada fricção entre o Estado, sociedade e mercado, como elemento de garantia da presença de agentes que se portam a partir de uma “atitude social”, ou seja, em resguardo da coletividade.¹⁴

Nesse último cenário, em se tratando do ambiente de contratação pública, em que a natural interação do Estado com os circuitos de comercialização sofre significativa influência do Direito, as manifestações das estruturas de governança parecem ser ainda mais fundamentais para o resguardo do interesse público de um lado e dos elementos de uma saudável economia de mercado do outro.

A governança na administração pública é pautada pela busca incessante por resultados organizacionais que promovam o bem-estar da sociedade, diga-se: o bem-estar de uma sociedade é maior quando a capacidade de governança é maior.¹⁵ A governança é estratégica¹⁶ e, portanto, acertada e saudável a previsão da nova lei de licitações de que a implementação desse processo deve se iniciar na alta administração. Esse acerto deve ser reconhecido na medida em que é crucial para o aprimoramento da capacidade contributiva da administração pública para o cumprimento das funções do Estado Social.

11 PETERS, Brainard Guy. O que é governança? **Revista do Tribunal de Contas da União**, n. 127, p. 28-33, maio/ago. 2013. p. 63.

12 Ressalta Alcindo Gonçalves que “A governança pode, portanto, ser empregada em níveis locais, como na administração municipal ou regional. Tem importância no contexto nacional, onde o estabelecimento de mecanismos de governança é considerado fundamental para a solução de grandes problemas de um país. E, assim sem grandes mudanças conceituais, chega-se ao nível da governança global. Nela, apenas a abrangência geográfica é maior: trata-se de envolver o conjunto das nações do mundo e ainda organizações não governamentais internacionais, empresas transnacionais, atores, enfim, cuja esfera de atuação transcende os limites fronteiriços nacionais”. GONÇALVES, Alcindo. “Governança global”. In: GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança global e regimes internacionais**. São Paulo: Almedina, 2011. p. 52.

13 LEFF, Enrique. **Discursos sustentáveis**. Trad. Silvana Cobbuci. São Paulo: Cortez, 2010. p. 117.

14 Driatiane Derani ressalta que “Não se pode exigir que o mercado tenha uma visão social, pois a sua visão é preponderantemente de vantagem individual própria (lucro). Sem esta anima não há mercado. Porém, não é a soma das vontades individuais que forma a vontade coletiva. São necessários instrumentos que resguardecam e promovam uma atitude social. E o direito econômico deve, como uma norma social, que é a norma jurídica, garantir tais interesses.” DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 44-45.

15 ANGELINI, F.; CANDELA, G.; CASTELLANI, M. **Governance efficiency with and without government**. Springer-Verlag GmbH Germany, part of Springer Nature. Social Choice and Welfare. 2019.

16 PALUDO, A.; OLIVEIRA, A. **Governança organizacional pública e planejamento estratégico**: para órgãos e entidades públicas. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 63.

Nesse sentido, a governança pública – especialmente no contexto de governo digital – serve como um eficaz instrumento para conter a atuação de maus gestores.¹⁷ Mesmo admitindo a possibilidade de boa gestão em um contexto de má governança, é ressaltado que é altamente improvável encontrar má gestão em um ambiente de boa governança. O desenvolvimento da governança deve ser amparado por regramentos morais, já que estes “regulam e coordenam o comportamento, recompensando sistematicamente alguns e sancionando informalmente outros, eles podem complementar (ou servir como alternativas) ao controle social”.¹⁸

A abrangência da governança pública deve ser relacionada à estruturação dos órgãos estatais e à organização de seu funcionamento.¹⁹ Essa organização visa assegurar níveis elevados de objetividade, eficiência e legitimidade, evidenciando a importância de estruturas bem delineadas para o alcance dos objetivos públicos. A governança estabelece, no âmbito da administração pública, conceitos que devem ser utilizados pelos gestores e servidores públicos objetivando a melhoria da relação de confiança com a sociedade, quais sejam, transparência, ética, prestação de contas e cumprimento das leis.

Assim, observa-se o liame existente entre as licitações e a governança pública e o governo digital, sendo necessário caminhar em paralelo em direção ao cumprimento das finalidades constitucionais que visam ao bem comum da coletividade, a fim de assegurar que as ações executadas estejam sempre alinhadas ao interesse público. Nesse sentido, o tópico seguinte aponta um dos principais mecanismos de governança trazidos pela legislação de contratação pública brasileira.

3 A GOVERNANÇA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos inovou ao atribuir o desenvolvimento da governança nas contratações (art. 11, parágrafo único), sob a responsabilidade da alta administração, por intermédio da implementação de processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, a fim de alcançar os objetivos de 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.²⁰

O novo diploma legal trouxe a governança como temática central, instigando a todos os entes da federação a iniciativa de modificar a cultura do processo de compras e enaltecer o processo de contratações públicas, vislumbrando-se uma gestão estratégica com a adoção de meios eficientes de governança.

Além do parágrafo único do artigo 11 da Lei n. 14.133/2021, a governança possui previsão no art. 169, o qual estabelece:

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:

17 NARDES, J.; ALTOUNIAN, C.; VIEIRA, L. **Governança pública**: o desafio do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 162.

18 JAMIESON, Dale. **Ética e meio ambiente**: uma introdução. Trad. André Luiz de Alvarenga. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2010. p. 55.

19 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

20 BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, seção 1 – extra F, p. 2, 1º abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 28 de novembro de 2023.

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.²¹

Ao realizar uma interpretação conjunta dos dispositivos, constata-se, portanto, que compete aos agentes da alta administração estabelecer mecanismos de liderança, estratégia e controle, de modo a direcionar e monitorar a atuação da gestão. O Tribunal de Contas da União já apresentava conceito de governança similar ao da nova legislação, reconhecendo-a como “o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das aquisições, com objetivo de que as aquisições agreguem valor ao negócio da organização, com riscos aceitáveis”.²² Essa similitude não é casual, já que a nova lei também é palco da cristalização de posicionamentos jurisprudenciais ou de boas práticas, e de consolidação de entendimentos jurisprudenciais sobre a temática da contratação pública.

Infere-se do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 14.133/2021 a impossibilidade de a alta administração delegar a responsabilidade das contratações públicas, pois na qualidade de responsável pela governança deverá:

(a) “avaliar, com fundamento em evidências, o ambiente, os cenários, as alternativas, o desempenho e os resultados atuais e os almejados”; (b) “direcionar, priorizar e orientar a preparação, a articulação e a coordenação de políticas e de planos, alinhando as funções organizacionais às necessidades das partes interessadas”; e, principalmente, (c) “monitorar os resultados, o desempenho e o cumprimento de políticas e planos, confrontando-os com as metas estabelecidas e as expectativas das partes interessadas”.²³

Nota-se, portanto, que o parágrafo único do art. 11 da nova lei de licitações incumbe a responsabilidade pela governança à alta administração, garantindo inclusive o alinhamento das contratações com o planejamento estratégico do órgão. Note-se aqui um evidente diálogo das fontes normativas, tendo em vista que as responsabilidades da alta administração elencadas na Lei n. 14.133/2021 devem ser executadas a partir do elenco mínimo de práticas apontadas pelo art. 47 da Lei n. 14.129/2021.

Decorre de tais dispositivos legais o reconhecimento de responsabilidades macroscópicas e de obrigações específicas destinadas a aprimorar a performance dos órgãos e entidades públicas estimulando a integridade no ambiente de contratação, de modo a “descobrir oportunidades de remover controles desnecessários, que se tornam empecilhos à entrega de resultados”.²⁴

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos estabelece uma profusão de princípios que devem ser observados na aplicação da lei, entre os quais se destaca a previsão expressa do princípio do planejamento.²⁵

²¹ *Ibidem*.

²² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão: 2622/2015**, Processo: 025.068/2013-0. Órgão/Entendida: Ministério da Fazenda. Interessado: Tribunal de Contas da União. Relator: Augusto Nardes, 21 outubro 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/%2FNUMACORDAO%253A2622%2520ANOACORDAO%253A2015%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522%2FDTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc%2F0. Acesso em: 28 de novembro de 2023.

²³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU**. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado (Secex) Administração, 2020. p. 17-19.

²⁴ *Ibidem*, p. 15-16.

²⁵ Diz o dispositivo: “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

O planejamento é um dos pontos de partida da contratação, sendo de suma importância, uma vez que é visto como mecanismo de intensificação da eficiência, introduzindo-se no ambiente da governança (art. 18). José dos Santos Carvalho Filho bem assinala acerca do princípio:

Sem dúvida, um dos mais importantes princípios da Administração Pública, e dos quais esta é mais carente, é o princípio do planejamento. O planejamento comporta a necessidade de definir projetos a serem executados, incluindo etapas, cronogramas, modos de fazer etc. Em verdade, planejar é o oposto de improvisar, porque o improviso quase sempre redundará em fracasso quanto à conquista de metas, ao passo que o planejamento atua de forma prospectiva, com visão sobre o futuro e dentro da maior exatidão possível.²⁶

De acordo com a Lei n. 14.133/2021, é exigido da administração pública o dever de realizar um planejamento adequado em todas as licitações e contratações. Resumidamente, pode-se dizer que o planejamento é um conjunto de atos e procedimentos prévios ao momento em que se efetiva o contrato administrativo. Nessa linha, a governança nas aquisições exige a elaboração de um plano de contratações anual (art. 12, VII), gerado com o propósito de racionalização, de maneira a auxiliar o monitoramento e controle dos riscos permitindo antecipar ações preventivas e até corretivas do planejamento anual das contratações.²⁷ O § 1º do art. 12 dispõe que o plano “deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e na execução dos contratos”, norma que explicita mais uma intersecção com as ferramentas do governo digital, neste caso, a transparência por meio do uso dos sítios eletrônicos oficiais.

É importante salientar que o plano das contratações anual previsto na nova lei de licitações é um instrumento de gestão que ajuda na otimização dos recursos disponíveis e no aprimoramento dos processos de trabalho, bem como possibilita que a execução do orçamento seja a mais completa possível, tendo função tático-operacional na execução das atividades da administração. Esse plano, embora não deva ter, a princípio, um caráter eminentemente estratégico, precisa manter claro diálogo com os instrumentos de planejamento estratégico, uma vez que é deste que “procura responder a questões básicas, como: por que a organização existe, o que ela faz e como faz”, sendo comumente encartado em “um plano que serve para guiar a ação organizacional por um prazo de três a cinco anos”.²⁸

A Lei n. 14.133/2021 contemplou no art. 18 mais detalhes do planejamento da licitação, indispensável à fase preparatória dos certames, sendo, nos termos da lei, o elemento caracterizador da fase preparatória do processo licitatório, determinando a inserção da contratação no contexto organizacional do plano anual de contratações e das “leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação”.

É exigida da administração pública a elaboração de estudo técnico preliminar (ETP), por intermédio do qual se identifica o problema e idealiza a solução, “de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação” (art. 18, § 1º). O § 1º do art. 18 divide-se em treze incisos, que apontam o que deve estar contido no ETP:

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

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)”. BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, *op. cit.*

26 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Barueri: Atlas, 2022. p. 249.

27 BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, *op. cit.*

28 CHIAVENATO, Idalberto. **Administração geral e pública**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 348.

- II - demonstrac o da previsão da contratac o no plano de contratac es anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administra o;
- III - requisitos da contratac o;
- IV - estimativas das quantidades para a contratac o, acompanhadas das memórias de cáculo e dos documentos que lhes d o suporte, que considerem interdependências com outras contratac es, de modo a possibilitar economia de escala;
- V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de soluço a contratar;
- VI - estimativa do valor da contratac o, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cáculo e dos documentos que lhe d o suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administra o optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licita o;
- VII - descri o da soluço como um todo, inclusive das exigências relacionadas   manuten o e   assistência técnica, quando for o caso;
- VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratac o;
- 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 Administra o previamente   celebra o do contrato, inclusive quanto   capacita o de servidores ou de empregados para fiscaliza o e gestão contratual;
- XI - contratac es correlatas e/ou interdependentes;
- XII - descri o 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;
- XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequa o da contratac o para o atendimento da necessidade a que se destina.²⁹

  imperioso destacar que o estudo técnico preliminar   considerado um documento crucial que consolidar  as informa es da etapa inicial da contratac o pública, sendo essencial ao planejamento das compras públicas, com a finalidade de reduzir o desperdício de recursos com aquisi es desnecessárias. Em outras palavras, "o ETP visa evidenciar os esforços realizados frente ao problema a ser resolvido, com o levantamento das informa es necessárias e avalia o das solu es disponíveis no mercado".³⁰ Assim, verifica-se que o estudo técnico preliminar   uma ferramenta de gestão que possibilita demonstrar a real necessidade da contratac o, analisar a viabilidade técnica de implementá-la e instrui-la, realizar levantamento de riscos ambientais, estabelecer o valor estimado da contratac o e, posteriormente, subsidiar a elabora o do termo de referência.

Entre as inova es da nova lei de licita es, destaca-se também a figura da gestão de riscos, instrumentalizada por cláusula de "matriz de aloca o de riscos", que se traduz em previsão contratual que descreva, com elenco mínimo apontado pelos incisos, os "riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes   contratac o".³¹ Desse modo, o contrato disporá os riscos a

29 BRASIL. Lei n  14.133, de 1  de abril de 2021, *op. cit.*

30 SANTANA, Jair; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. **Termo de referência:** o impacto da especifica o do objeto e do termo de referência na eficácia das licita es e contratos. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 293.

31 O artigo consigna que: "Art. 6  Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] 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   contratac o, contendo, no mínimo, as seguintes informa es: a) listagem de possíveis eventos supervenientes   assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prola o de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência; b) no caso de obriga es de resultado, estabelecimento das

serem assumidos “alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados”.³²

De fato, a gestão de riscos desempenha um papel crucial na governança pública e envolve atividades coordenadas para direcionar e controlar a organização no que se refere a riscos e oportunidades.³³ Nesse contexto, o risco é entendido como a possibilidade de um evento afetar negativamente o alcance dos objetivos, reforçando a importância da identificação e controle proativo de ameaças e oportunidades no âmbito da administração pública. Institui-se um “elemento chave da governança”, no que tange às “estruturas, processos, valores corporativos, cultura e comportamento”,³⁴ a definição prévia dos riscos, contribui para a diminuição de incertezas no âmbito da contratação.

É nessa parte que o emprego de ferramentas do governo digital, em especial a interoperabilidade, oferece auxílio de maior relevância, conforme se discute no item a seguir.

4 O PRINCÍPIO DA INTEROPERABILIDADE DE SISTEMAS E OS DIÁLOGOS ENTRE O GOVERNO DIGITAL E A GOVERNANÇA DAS CONTRATAÇÕES

A aplicação do sistema de governança no ciclo das contratações públicas é, nos termos das escolhas normativas expostas, imprescindível para ampliação da eficiência e obtenção de resultados que atendam efetivamente às necessidades da administração pública, sobretudo porque garante que as decisões e ações relativas à gestão de compras e contratações estejam alinhadas às necessidades da organização, contribuindo para o alcance das suas metas.

É possível apontar, nesse contexto, ao menos uma manifestação do governo digital que apresenta impacto mais relevante no ambiente das contratações públicas na forma de ferramentas tecnológicas específicas: o Portal Nacional de Compras Públicas, especialmente quando vista a partir do prisma da interoperabilidade.

O PNCP é inovação trazida pelo art. 174 da Lei n. 14.133/2021. Essa ferramenta consiste em um sítio eletrônico oficial destinado à divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A lei determina o conteúdo mínimo do referido portal, qual seja: (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.

Ainda que a Lei Complementar n. 101/2000 tenha veiculado a obrigação de a administração pública promover a “liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público”,³⁵ há nos “Portais da Transparência” uma miríade de informações que pode gerar

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; [...]”. BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, *op. cit.*

32 BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, *op. cit.*

33 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de gestão de riscos do TCU: um passo para a eficiência**. 2. ed. Brasília: TCU/Seplan, 2020. p. 49.

34 MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de Araújo. **Implementando a gestão de riscos no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 149.

35 BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, *op. cit.*

sobrecarga na capacidade de compreensão,³⁶ o que acaba por prejudicar a acessibilidade de informações focalizadas em determinado tema.

Nesse ponto, o PNCP tem o potencial de se tornar um poderoso instrumento de governança, especialmente por meio da redução da assimetria informacional no âmbito das contratações públicas: isto é, reduzindo as incertezas nesse campo específico da atuação do Estado. A referida ferramenta tem potencial para oferecer vantagens não só aos agentes de mercado, mas também aos diversos entes públicos participantes, que podem capturar e se aproveitar dos dados e experiências de contratações de outras entidades, observadas as metodologias comparadas cabíveis e a necessidade de pensar a transparência como regra no âmbito da administração pública.³⁷

Essa realidade e a evidente discrepância entre as capacidades administrativas das entidades integrantes da federação brasileira tornam ainda mais relevante o fato de o Decreto n. 10.764, de 9 de agosto de 2021, responsável por instituir o Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, ter previsto o formato de dados abertos, observado o disposto na Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011;³⁸ e o uso de linguagem simples e de tecnologia, para otimização de processos, e os demais princípios e diretrizes da Lei do Governo Digital. A medida, tendente a promover maior acessibilidade às ferramentas, tem potencial para transformar o uso do PCNP em prática virtuosa difundida pela administração nacional.

Nessa situação, é fundamental apontar que o princípio da interoperabilidade de sistemas, expressamente reconhecido no art. 3º, inciso XIV, da Lei n. 14.129/2021, é elemento central para o sucesso do PNCP. A interoperabilidade deve ser vista, nesse contexto, como ferramenta estratégica de governança, pois permite que “sistemas e organizações [trabalhem] em conjunto (interoperar) de modo a garantir que pessoas, organizações e sistemas computacionais interajam para trocar informações de maneira eficaz e eficiente”.³⁹ Na interoperabilidade reside, portanto, um passo significativo para os ganhos de eficiência pretendidos pela estrutura de governança previstas em ambas as leis, sendo este, na prática do desenvolvimento de *softwares*, um gargalo importante para o sucesso de diversos projetos relacionados ao exercício das funções públicas.

Mais ainda, garantindo a interoperabilidade maior higidez e velocidade na troca de informações, a aplicação desse princípio materializa a diretriz de “estabelecer, manter, monitorar e aprimorar sistema de gestão de riscos e de controle interno com vistas à identificação, à avaliação, ao tratamento, ao monitoramento e à análise crítica de riscos”.⁴⁰ Essa materialização decorre do fato de que a interoperabilidade, a um só tempo, posta-se como ferramenta para viabilização de dois mecanismos de governança: é solução para a melhoria do desempenho organizacional e claro “instrumento de promoção do processo decisório fundamentado em evidências”.⁴¹

Se, de um lado, a escolha de um conjunto de práticas de gestão orientadas pela governança fomenta padrões de comportamento mais elevados para a conduta dos agentes públicos, com o objetivo de aprimorar os níveis de controle interno e gestão de risco;⁴² de outro, a interoperabilidade possibilita maior higidez e velocidade na troca de informações, reduzindo a intervenção humana onde esta é

36 FORTE, Tiago. **Criando um segundo cérebro**. Trad. Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Sextante, 2023. p. 23.

37 Sobre o tema da proteção de dados e transparência no âmbito do PCPC: ZILLIOTTO, Mirela Miró; SANTOS, Fábio de Sousa. O dever de transparência e a proteção de dados pessoais pela Administração pública brasileira. **International Journal of Digital Law**, Belo Horizonte, ano 4, n. 2, p. 75-95, maio/ago. 2023. DOI 10.47975/digital.law.vol.4.n.2.zilliotto.

38 Tal exigência reproduz o texto normativo do artigo 174, § 4º, da Lei nº 14.133/2021.

39 BRASIL. Governo Federal. **Padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico**: ePING. 2017. Disponível em: <<http://eping.governoeletronico.gov.br/>>. Acesso em 10 nov. 2022.

40 BRASIL. Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021, *op. cit.*

41 BRASIL. Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021, *op. cit.*, art. 47, parágrafo único, incisos II e III.

42 BRASIL. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, *op. cit.*

indutora de falhas, gargalos e riscos, o que evidencia a atualidade da Lei do Governo Digital brasileiro em apontar, de maneira integrada, tais práticas com a da governança pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A governança nas contratações públicas, no ambiente contemporâneo, deve abarcar uma visão baseada na gestão de riscos em contratações. É preciso, nos termos da legislação nacional brasileira, gerenciar riscos que possam afetar o alcance dos desígnios definidos pela organização para cada contratação, devendo prever a identificação, análise, avaliação e tratamento dos riscos identificados.

Embora a ideia valha tanto para as contratações quanto para os processos de trabalhos desenvolvidos em todas as fases do macroprocesso,⁴³ deve-se ter especial atenção ao emprego de ferramentas digitais e às obrigações específicas decorrentes das interações com a faceta digital do governo.

Constatou-se ao longo deste artigo que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos deu maior destaque à governança nas contratações, tendo em vista a sua natureza essencial no alcance dos melhores resultados organizacionais, permitindo à sociedade conhecer, fiscalizar e reivindicar, de modo que o agente público se obrigue a realizar as práticas de governança de acordo com as necessidades e os interesses públicos.

A governança nas contratações públicas compreende o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle, colocados em prática pela administração, por intermédio do envolvimento da alta administração nas decisões (art. 11, parágrafo único), do planejamento anual de contratações (art. 174, §2º, I), da realização de estudos técnicos preliminares para definição da melhor solução a ser contratada (art. 18, §1º), da gestão de riscos por meio de matrizes específicas (arts. 22 e 103), com o objetivo de identificar vulnerabilidades e induzir melhorias na gestão das contratações públicas.

Na ambiência do governo digital, as questões relacionadas à contratação ganham dimensões próprias, intimamente ligadas às características atreladas a essa realidade. A alta disponibilidade de informações e a celeridade com que se vê a transformação do mundo digital aparecem para a administração pública como possíveis manifestações ligadas à eficiência e à redução de custos da operação da máquina pública.

A interação das diretrizes de governança das contratações públicas trazidas pela nova lei de licitações, com os instrumentos, princípios e diretrizes elencados na Lei do Governo Digital, com suas diversas consequências e conceitos correlacionados, produz um ambiente fértil para o incremento da eficiência e transparência das contratações públicas, com potenciais efeitos benéficos para a redução dos custos de transação pela redução da assimetria informacional entre o mercado e a administração pública.

Nesse cenário, a interoperabilidade aponta como princípio que tem potencial para induzir grandes mudanças na dinâmica das relações econômicas trabalhadas nesse ambiente, por meio do aumento da disponibilidade.

Assim, é evidente a importância da governança no ciclo das contratações públicas, sendo essencial para obtenção de resultados que atendam efetivamente às necessidades da administração pública. Logo, a governança deve ser um cenário a ser almejado pelo gestor público, especialmente na área de contratações no âmbito de um governo que optou – como não poderia ser diferente – em se tornar digital.

43 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU**, *op. cit.*, p. 242.

REFERÊNCIAS

ANGELINI, F.; CANDELA, G.; CASTELLANI, M. **Governance efficiency with and without government.** Springer-Verlag GmbH Germany, part of Springer Nature. Social Choice and Welfare. 2019.

BRAGA, Lamartine Vieira; GOMES, Ricardo Corrêa Gomes. Governo Eletrônico e seu relacionamento com o desenvolvimento econômico e humano: um estudo comparativo internacional. **Revista do Serviço Público**, v. 66, n. 4, p. 523-556, 24 dez. 2015.

BRASIL. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 3. 23 nov. 2017.

BRASIL. Governo Federal. **Padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico**: ePING. 2017. Disponível em: <http://eping.governoeletronico.gov.br/>. Acesso em 10 nov. 2022

BRASIL. Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública. Lei do Governo Digital. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, seção 1, p. 3, 30 mar. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14129.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, seção 1 – extra F, p. 2, 1º abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 28 de novembro de 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão: 2622/2015**, Processo: 025.068/2013-0. Órgão/Entendida: Ministério da Fazenda. Interessado: Tribunal de Contas da União. Relator: Augusto Nardes, 21 outubro 2015. Disponível em: [NOACORDAO%253A2015%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0](#). Acesso em: 28 de novembro de 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Governança pública**: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. Disponível em: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão: 2622/2015, Processo: 025.068/2013-0. Órgão/Entendida: Ministério da Fazenda. Interessado: Tribunal de Contas da União. Relator: Augusto Nardes, 21 outubro 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/%2520ACORDAO%2520ANOACORDAO%25202015%2520COLEGIADO%2520%2522Plen%2520%2520C3%2520A1rio%2520%2520DTRELEVANCIA%2520desc%2520C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 12 de dezembro de 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de gestão de riscos do TCU**: um passo para a eficiência. 2. ed. Brasília: TCU/Seplan, 2020, p. 49.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU**. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado (Secex) Administração, 2020.

CARDOSO, Lindineide Oliveira; ALVES, Paulo Ribeiro. **A nova Lei de Licitações e a inexorável chegada da governança das contratações**. Salvador, BA: Editora Mente Aberta; Brasília, DF: Rede Governança Brasil. 17 de setembro de 2021.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Barueri: Atlas, 2022.
- CHIAVENATO, Idalberto. **Administração geral e pública**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FORTE, Tiago. **Criando um segundo cérebro**. Trad. Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Sextante, 2023.
- GONÇALVES, Alcindo. "Governança global". In: GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança global e regimes internacionais**. São Paulo: Almedina, 2011.
- JAMIESON, Dale. **Ética e meio ambiente**: uma introdução. Trad. André Luiz de Alvarenga. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- KISSLER, L.; HEIDEMANN, F. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? **RAP**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, maio/jun. 2006.
- LEFF, Enrique. **Discursos sustentáveis**. Trad. Silvana Cobbuci. São Paulo: Cortez, 2010.
- MATIAS-PEREIRA, José. A governança corporativa aplicada no setor público brasileiro. **APGS**, Viçosa, v. 2, n. 1, 2010, p.117. Disponível em: <https://doi.org/10.21118/apgs.v2i1.21>. Acesso em: 12 de dezembro de 2023.
- MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de Araújo. **Implementando a gestão de riscos no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- NARDES, J.; ALTOUNIAN, C.; VIEIRA, L. **Governança pública**: o desafio do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- PALUDO, A.; OLIVEIRA, A. **Governança organizacional pública e planejamento estratégico**: para órgãos e entidades públicas. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.
- PETERS, Brainard Guy. O que é governança? **Revista do Tribunal de Contas da União**, n. 127, p. 28-33, maio/ago. 2013.
- ROVER, Aires José; GALINDO, Fernando. **O governo eletrônico e suas múltiplas facetas**. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010.
- SANTANA, Jair; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. **Termo de referência**: o impacto da especificação do objeto e do termo de referência na eficácia das licitações e contratos. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- TEIXEIRA, Alex Fabiane; GOMES, Ricardo Corrêa. Governança pública: uma revisão conceitual. **Revista do Serviço Público**, v. 70, n. 4, p. 519-550, out./dez. 2019.
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT; SECRETARIAT. **E-commerce and development report**. New York; Geneva: UN, 2004.

A NECESSÁRIA FASE PREPARATÓRIA DA CONTRATAÇÃO DIRETA NA LEI N. 14.133/2021

THE NECESSARY PREPARATORY PHASE OF DIRECT BIDDING IN LAW N. 14.133/2021



Flávio Garcia Cabral

Pós-doutorado pela PUCPR; Especialista e Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor do Mestrado em Direito e Políticas Públicas da UNIRIO. Coordenador-Geral de Contratação Pública da PGFN. Procurador da Fazenda Nacional. Membro da Comissão de Estudos em Licitações e Contratos do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA).

Sumário: 1. Introdução; 2. A contratação direta e o mito da exceção absoluta; 3. A contratação direta e o mito da informalidade; 4. A fase preparatória da contratação direta na Lei n. 14.133/2021; 5. Conclusões; Referências.

Resumo: O presente artigo visa investigar os procedimentos preparatórios para a contratação direta constantes na Lei n. 14.133/2021, conhecida como nova lei de licitações. As contratações sem licitação (dispensa e inexigibilidade) são mecanismos de uso frequente pela administração pública, sendo necessário conhecer quais os requisitos formais prévios para a sua realização. Assim, pretende-se examinar as exigências trazidas pela Lei n. 14.133/2021, notadamente em seu artigo 72. Para a realização do artigo, utiliza-se o método de abordagem indutivo, possuindo natureza descritiva e exploratória quanto aos fins e bibliográfica em relação aos meios. Ao final, apura-se que a nova lei trouxe de maneira didática e mais completa uma série de requisitos mínimos imprescindíveis para o planejamento e preparação para que haja a contratação direta, cabendo ao gestor iniciar uma cultura do planejamento para toda contratação pública, em especial naquelas hipóteses em que não há licitação.

Abstract: This article aims to investigate the preparatory procedures for direct bidding contained in Law n. 14.133, of 2021, known as the new Bidding Law. Contracts without bidding (exemption and unenforceability of bidding) are mechanisms frequently used by the Public Administration, and it is necessary to know the formal requirements prior to carrying them out. Thus, it is intended to examine the requirements brought by Law n. 14.133, of 2021, notably in its article 72. To carry out the article, the inductive approach method is used, having a descriptive and exploratory nature regarding the purposes and bibliographical in relation to the media. In the end, it appears that the new Law brought in a didactic and more complete way a series of essential minimum requirements for planning and preparation for direct bidding, with the manager being responsible for initiating a culture of planning for all public contracting, especially in those cases where there is no bidding.

Palavras-chave: Licitações. Contratação direta. Planejamento. Lei n. 14.133/2021.

Keywords: Bidding. Direct bidding. Planning. Law n. 14.133/2021.

1 INTRODUÇÃO

O agir da administração pública na concretização de seus deveres e cumprimento das políticas públicas demanda invariavelmente a realização de uma série de contratações públicas. Aquisição de produtos, contratação de serviços, realização de obras ou mesmo alienação de bens são atividades cotidianas do poder público e são fundamentais para que o interesse público seja alcançado, mas exigem a formalização de contratos administrativos para a sua materialização.

Sabe-se que, como regra, para que sejam firmados os referidos contratos administrativos, faz-se mister a realização de um procedimento licitatório prévio. Sem embargo, há casos em que a legislação autoriza o afastamento da licitação, permitindo a contratação direta.

O ponto-chave é que, nas hipóteses de contratação direta, apesar de haver um abreviamento na forma de contratação, que de fato não possui, na maior parte dos casos, a fase competitiva, não se dispensa por completo aspectos preparatórios fundamentais para a garantia da vantajosidade e da lisura do ajuste.

Tendo isso em vista, este artigo busca investigar como está delineada a fase preparatória da contratação direta à luz da Lei n. 14.133, de 2021.

A análise se justifica quando se nota que as contratações diretas fazem parte do exercício rotineiro da função administrativa, sendo fundamental compreender qual o regramento pertinente a essas formas de contratar. A questão ganha ainda mais relevo ao se apurar que a parte procedimental das contratações sem licitação não recebe a devida atenção pelos gestores públicos.

Para a realização do artigo, utiliza-se o método de abordagem indutivo, possuindo natureza descritiva e exploratória quanto aos fins e bibliográfica em relação aos meios.

O artigo será estruturado da seguinte maneira: primeiramente, será abordada a contratação direta como exceção no ordenamento, buscando-se indicar qual o alcance desse caráter dito excepcional; ato contínuo, será apresentada a exigência de uma formalização preparatória para as contratações diretas; por derradeiro, desenvolver-se-á o dever de planejamento para as contratações sem licitação diante da nova lei de licitações, analisando-se o artigo 72 e demais dispositivos correlatos.

2 A CONTRATAÇÃO DIRETA E O MITO DA EXCEÇÃO ABSOLUTA

Repete-se, com frequência, a afirmação de que a regra é a exigência de procedimento licitatório prévio para as contratações públicas. Isso decorre da previsão do artigo 37, inciso XXI, da Constituição, sendo que a contratação sem licitação seria a exceção, somente autorizada em situações específicas trazidas pelo legislador.

De fato, o procedimento licitatório representa instrumento que concretiza o princípio da impessoalidade administrativa, bem como fomenta a eficiência¹ ao se instaurar um certame pautado na competição, no qual há a possibilidade de se conseguir contratações mais vantajosas para o poder público.

Não obstante, o texto constitucional permitiu que o legislador previsse hipóteses em que não seria preciso a licitação para que houvesse a contratação pública. Assim, já na Lei n. 8.666, de 1993, previu-se a figura da licitação dispensável (artigo 24), licitação inexigível (artigo 25) e licitação dispensada (artigo 17).

Em apertada síntese, a licitação inexigível² se refere às hipóteses em que há inviabilidade de competição, impossibilitando, por consequência, a realização do certame licitatório. Isso decorre seja da existência

-
- 1 De qualquer modo, a eficiência se mostra, em alguma medida, mais evidente quando não se tem a figura da licitação. Nesse sentido: “Quando comparados dois processos administrativos em um mesmo cenário, sendo o primeiro composto de três fases (planejamento, licitação e contratação) e o segundo de apenas duas (planejamento e contratação), este segundo rito processual tenderá a ser mais célere e ter um ganho em eficiência. Logo, é possível concluir que, ao criar o dever constitucional de licitar, a Constituição Brasileira de 1988 fez uma opção pelo princípio da isonomia (igualdade de condições a todos os concorrentes) na contratação pública, mesmo que em detrimento da eficiência” (BOSELLI, Felipe. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, v. 2, p. 33).
- 2 Segundo o Tribunal de Contas da União, “a inexigibilidade ocorre quando a competição entre fornecedores é inviaável, impossibilitando a licitação, seja em razão da singularidade do objeto contratado ou da existência de um único agente apto a fornecê-lo ou da contratação de todos os interessados que atendam aos requisitos definidos na contratação (credenciamento). Já nas hipóteses de dispensa, a competição

de um fornecedor exclusivo seja da impossibilidade de se avaliar com critérios minimamente objetivos qual seria a melhor proposta quando há uma variedade de fornecedores ou ainda quando o poder público pretende contratar todos os que cumpram os requisitos mínimos exigidos, como ocorre no credenciamento.

Já a licitação dispensável se caracteriza pela realização de uma filtragem fático-jurídica feita pelo legislador, de maneira que, diante de determinadas situações, nas quais haveria a viabilidade jurídica de competição, a realização de um procedimento licitatório pode não atingir o interesse público da maneira devida, cabendo ao agente público avaliar se a contratação direta figura ou não como a melhor solução. Veja-se, portanto, que a licitação dispensável não vincula obrigatoriamente o agente público, o qual pode decidir por licitar, diante das circunstâncias do caso concreto, de forma devidamente motivada, demonstrando que ela pode melhor atender ao interesse público primário e secundário. Não há, pois, uma vedação ao trâmite licitatório, o qual se mostra fática e juridicamente possível (existe, em tese, a possibilidade de competição), mas somente uma permissão legal para que seja dispensado.³

Por fim, na licitação dispensada, relacionada a situações de alienação de bens, concerne a casos em que o legislador não permite que haja a licitação,⁴ como na doação de um bem para outra entidade da administração pública ou ainda na investidura.

Na nova Lei n. 14.133/2021, o legislador manteve a mesma categorização de hipóteses de contratação direta, prevendo a inexigibilidade no artigo 74, a licitação dispensável no artigo 75 e a dispensada no artigo 76.

Retomando a premissa inicial, apesar de tida como exceção, a contratação direta assume um papel de destaque no âmbito da administração pública, notadamente a federal. Em termos de volume de recursos, por exemplo, em anos anteriores, nota-se uma preponderância nas contratações diretas. No ano de 2021, *e.g.*, as contratações por dispensa e inexigibilidade feitas pela administração pública federal corresponderam a 56% de todas as contratações, no tocante ao valor dos contratos.⁵ Na mesma toada, no ano de 2023, apurou-se que as contratações diretas feitas pela União totalizaram o significativo montante de mais de 28 bilhões de reais.⁶

Assim, tem-se que a exceção da contratação direta deve ser interpretada em termos. Mostra-se uma exceção porque somente pode ocorrer nas hipóteses expressamente previstas pelo legislador, ainda que decorrentes de cláusulas abertas como ocorre com a inexigibilidade, não cabendo ao gestor criar administrativamente novos casos de afastamento da licitação.

Além disso, para que haja a contratação direta, é necessária a adequada subsunção dos aspectos fáticos à hipótese normativa que autoriza a “não licitação”, não sendo possível uma interpretação ampliativa para que haja o encaixe, mesmo que forçado, em alguma das causas de dispensa ou de inexigibilidade.

No entanto, não se mostra necessariamente excepcional a sua ocorrência prática ou mesmo a quantidade de contratos ou volume de valores contratados sem licitação.

é viável, mas licitar não é obrigatório, pois, nesses casos previstos pela Lei, realizar o procedimento pode não ser a opção mais adequada para atender ao interesse público” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 5. ed. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência, 2023, p. 649-650).

3 CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Leme: Mizuno, 2024, p. 484.

4 “Nos casos de licitação dispensável, mesmo sendo possível a competição licitatória, a lei autoriza a sua não realização, segundo critério de oportunidade e conveniência. Já nas hipóteses de licitação dispensada, a lei rejeita a realização do certame, não havendo margem para a discricionariedade da Administração” (BITTENCOURT, Sidney. **Nova Lei de Licitações**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 522).

5 Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/licitacoes?ano=2023>

6 Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/licitacoes?ano=2023>

Ademais, estando diante das hipóteses em que o legislador fixou como sendo de contratação direta, não se faz necessário que o gestor justifique que essa forma de contratação é mais ou menos vantajosa que a realização de licitação. Veja que na inexigibilidade a própria licitação se mostra incabível. Na dispensa, o legislador ordinário, com autorização constitucional, já realizou uma avaliação prévia de que seria juridicamente possível não realizar o certame licitatório diante de um rol taxativo de situações, levando-se em consideração o interesse público e os bens jurídicos tutelados.

Dessas constatações, verifica-se que não se deve, de per si, avaliar com desconfiança o uso de contratações sem licitação. Porém, para que essa premissa se mostre válida, é imperioso que a contratação direta se atenha rigorosamente a sua hipótese de incidência, bem como atenda de maneira completa os seus requisitos preparatórios, conforme se verá adiante.

3 A CONTRATAÇÃO DIRETA E O MITO DA INFORMALIDADE

A prática em licitações evidencia ao longo dos anos, ainda no bojo da Lei n. 8.666/1993, uma prática perniciosa, mas que, em alguma medida, foi tida como normal⁷ entre os mais variados gestores.

Criou-se uma indevida imagem de que o procedimento licitatório seria extremamente rigoroso e burocrático, ao passo que a contratação direta seria mais célere, uma vez que demandaria um rigor menos excessivo.

Essa compreensão levava a diversos processos de contratação direta sendo encaminhados às assessorias jurídicas com uma instrução bastante deficiente, faltando documentos, sem a apresentação das devidas justificativas, tendo sido elaborados às pressas e sem uma cautela ou planejamento mínimos.

A esse respeito, Ana Cristina Moraes Warpechowski e Sabrina Nunes Iocken trazem similar apontamento:

Acontece que, na prática, muitos órgãos e muitas entidades públicas deixavam – como ainda deixam – de criar os processos físicos ou eletrônicos ou de instruí-los com os requisitos legais mínimos, atraindo nulidades absolutas (art. 59), crimes (art. 89) e responsabilidades civis e administrativas (art. 82), gerando insegurança jurídica e prejuízos para o contratado, a Administração Pública e a coletividade. Em última instância, acabam lesando o contribuinte, que é onerado com o mau uso dos recursos públicos arrecadados com os tributos, principal fonte da receita estatal.⁸

Sem embargo, a referida ideia de que nas contratações diretas haveria uma informalidade ou, ainda, um rigor mitigado quando cotejado com a licitação é totalmente enganosa.

A contratação direta se mostra mais célere quando comparada com o regular procedimento licitatório em razão da eliminação da chamada fase externa. Não há fase autônoma de propostas,⁹ julgamento e

7 Agustín Gordillo explica que haveria um parassistema da administração pública. Exemplifica essa administração pública Paralela justamente indicando que, embora nos ordenamentos jurídicos se consagre expressamente o princípio da publicidade, assegurando-se o pleno acesso a documentos e informações, a prática demonstra que na administração pública na América Latina vigora a tradição do silêncio, do segredo, da reserva, da não publicidade. Os agentes públicos que assim o fazem não agem pensando estar fazendo algo ilícito; ao contrário, entendem estar protegendo informações administrativas e que isso é o correto a ser feito. Ainda que se mostre a legislação exigindo o contrário, muito provavelmente o agente reagirá com espanto e incredulidade genuína (GORDILLO, Agustín. **La administración paralela**. Madrid: Civitas, 1982). Essa mesma administração pública paralela parece querer germinar no tocante à devida formalização das contratações diretas, construindo-se paulatinamente um equivocado entendimento, com ares de naturalidade, de que a informalidade seria cabível nesses casos.

8 WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes; IOCKEN, Sabrina Nunes. O processo de contratação direta e a inexigibilidade de licitação: como fazer a coisa certa com os atalhos legais? In: HARGER, Marcelo (Coord.). **Aspectos polêmicos sobre a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133/2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 215.

9 Válido lembrar somente a figura da dispensa eletrônica, prevista no artigo 75, §3º, da Lei n. 14.133, de 2021, e disciplinada no âmbito da administração pública federal pela Instrução Normativa Seges/ME n. 67, de 8 de julho de 2021, que traz uma forma de competição para

habilitação. No entanto, no tocante à fase interna, isto é, os procedimentos preparatórios necessários à contratação, o rigor exigido para a contratação direta e para as hipóteses em que há licitação são essencialmente os mesmos. O distintivo, repita-se, é que, após a finalização da fase interna da contratação direta, como regra, já ocorre a celebração do contrato,¹⁰ e não a publicação de um edital que inaugura a fase externa.

Impende sublinhar ainda que, tendo em vista que a contratação direta somente pode ocorrer diante das situações trazidas pelo legislador (constituindo-se uma exceção, nesse sentido), é fundamental que haja uma fase instrutória bem construída, capaz de indicar, sem margem de dúvida, que de fato se mostrava cabível a não realização da licitação.

Eventuais associações de fraudes, improbidade ou desvio a contratações diretas, que de fato permitiriam, em tese, um maior direcionamento da contratação, ocorrem muitas das vezes justamente pela cultura de ausência de zelo na construção dessa forma de contratar, que acaba sendo erroneamente vinculada a uma ausência de controle.

4 A FASE PREPARATÓRIA DA CONTRATAÇÃO DIRETA NA LEI N. 14.133/2021

A nova lei de licitações possui uma grande preocupação com o planejamento. Deveras, embora o dever de planejamento para a administração pública não tenha sido criado com a Lei n. 14.133/2021, foi por ela bastante reforçado. Por exemplo, podem ser indicados como etapas de um microplanejamento trazidos na lei: a) a exigência de o processo se iniciar com o documento de formalização da demanda (artigo 12, inciso VII; artigo 72, inciso I); b) a elaboração dos estudos técnicos preliminares (ETP) (artigo 6º, inciso XX; artigo 18, inciso I e §§1º a 3º); c) dentro do ETP, a realização da pesquisa de preços (artigo 23; artigo 72, inciso II); d) a formalização do termo de referência (TR), projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto (artigo 6º, incisos XXIII, XXIV, XXV e XXVI; artigo 18, inciso II; artigo 40, §1º; artigo 72, inciso I); e) a gestão de riscos durante todo o procedimento de contratação pública (artigo 11, parágrafo único; artigo 72, inciso I; artigo 117, §3º; artigo 169); f) a criação de eventual matriz de riscos, a depender do objeto contratual (artigo 6º, inciso XXVII; artigo 22, §2º; artigo 103); g) a utilização de minutas padronizadas para a criação dos editais e demais documentos (artigo 19, inciso IV; artigo 25, §1º); e h) o envio do processo à assessoria jurídica para que seja feito o necessário parecer prévio (artigo 53; artigo 72, inciso III)¹¹.

Esse planejamento disposto na novel legislação se refere à contratação pública como um todo, e não só ao certame licitatório. Destarte, a contratação direta também demanda a exigência de uma fase interna. Os aspectos preparatórios da contratação direta constam essencialmente do artigo 72 da Lei n. 14.133/2021, que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

a dispensa em razão do valor. É o procedimento denominado jocosamente de “preguinho”. A esse respeito, confira-se: ZOCKUN, Carolina Zancaner; CABRAL, Flávio Garcia. As diferenças entre o pregão e o “preguinho”. **Sollicita**, 27 nov. 2023. Disponível em: <https://portal.sollicita.com.br/Noticia/20891/as-diferencas-entre-o-pregao-e-o-preguinho>. Acesso em: 2 mar. 2024.

10 Cabe recordar que a nova Lei de Licitações permitiu que o sistema de registro de preços poderá, na forma de regulamento, ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade (artigo 82, §6º). Assim, é possível que o produto da contratação direta seja uma ata de registro de preços e não necessariamente um contrato.

11 CABRAL, Flávio Garcia. Planejar, planejar e planejar: o futuro da nova Lei de Licitações. **JOTA**, 15 fev. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/planejar-planejar-e-planejar-o-futuro-da-nova-lei-de-licitacoes-15022024>. Acesso em: 2 mar. 2024.

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

Na legislação pretérita, havia a previsão da etapa de planejamento para as contratações diretas, mas que se mostrava menos aprofundada. O artigo 26 da Lei n. 8.666/1993 previa do seguinte modo, *in verbis*:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Dois pontos podem ser observados de imediato: a) a exigência de uma preparação mínima para as contratações diretas já existia na Lei n. 8.666/1993, não sendo propriamente novidade da Lei n. 14.133/2021; b) apesar dessa exigência constante da legislação pretérita, a nova lei de licitações trouxe essa exigência de maneira mais completa¹² e didática, reforçando esse dever de planejamento e preparação.

Retomando a análise do artigo 72 da nova lei, um primeiro ponto, pressuposto às exigências ali contidas, diz respeito à necessidade de que a contratação direta venha materializada por intermédio de um processo administrativo,¹³ que deve ser, em regra, digital (artigo 12, inciso VI, da nova lei). Toda a documentação e justificativas exigidas no artigo 72 deverão estar colacionadas no referido processo.

12 Com a mesma percepção, manifesta-se Francisco Sérgio Maia Alves: “A norma atual é mais detalhada que a anterior quanto ao conteúdo do processo de contratação direta. Enquanto a Lei n. 8.666/1993 somente previa a inclusão da razão da escolha do fornecedor ou executante e da justificativa do preço – além da caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, na hipótese do inc. IV do art. 24, e do documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados, somente aplicável ao caso do inc. XXI do art. 24 – a Lei n. 14.133/2021 trouxe seis novas exigências” (ALVES, Francisco Sérgio Maia. **Lei de Licitações e Contratos comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 334).

13 BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Orientação Normativa n. 2**, de 1º de abril de 2009: “Os instrumentos dos contratos, convênios e demais ajustes, bem como os respectivos aditivos, devem integrar um único processo administrativo, devidamente autuado em sequência cronológica, numerado, rubricado, contendo cada volume os respectivos termos de abertura e encerramento”.

No inciso I do referido artigo 72, o primeiro elemento a ser constituído para a contratação direta é o documento de formalização da demanda (DFD), que se trata de peça hábil a identificar a necessidade do órgão público e apresentar descrições mínimas sobre o que se pretende contratar, a exemplo da indicação do objeto e da justificativa da contratação.

No âmbito da administração pública federal, o DFD possui regramento conferido pela Instrução Normativa n. 5, de 26 de maio de 2017, aplicável ao contexto da Lei n. 14.133/2021, por força do disposto no artigo 1º da Instrução Normativa Seges/ME n. 98, de 26 de dezembro de 2022.

Assim, do DFD deverão constar (art. 21, inciso I, da IN n. 5/2017): a) a justificativa da necessidade da contratação explicitando a opção pela terceirização dos serviços e considerando o planejamento estratégico, se for o caso; b) a quantidade de serviço a ser contratada; c) a previsão de data em que deve ser iniciada a prestação dos serviços; e d) a indicação do servidor ou servidores para compor a equipe que elaborará os estudos preliminares e o gerenciamento de risco e, se necessário, daquele a quem será confiada a fiscalização dos serviços, o qual poderá participar de todas as etapas do planejamento da contratação.

Em relação aos demais elementos citados no inciso (estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo), veja que o legislador se valeu da expressão “se for o caso”, a qual deve ser lida não como um “cheque em branco”¹⁴ para se dispensar, de maneira discricionária, qualquer um dos documentos ali listados. A dispensa de algum dos documentos constantes do inciso I somente deverá ocorrer diante da incongruência fático-jurídica do objeto a ser contratado (ex.: não é exigido projeto básico ou executivo em contratações que não se refiram a obras ou serviços de engenharia) ou em razão de autorização específica prevista em lei¹⁵ ou regulamento próprio.

À luz da legislação antiga, no que concerne à instrução processual, recorda-se que a Instrução Normativa Seges/MP n. 5, de 25 de maio de 2017, disciplinou, no âmbito da administração pública federal, o procedimento para contratação de serviços em regime de execução indireta. Em seu artigo 20, §1º, há previsão de cumprimento das etapas de planejamento nas situações de dispensa e inexigibilidade da licitação, *no que couber*. A mencionada instrução normativa determina a instrução dos autos com a seguinte documentação: a) documento para formalização da demanda (artigo 21, inciso I – Anexo II); b) estudos preliminares (artigo 24 – Anexo III); c) mapa de riscos (artigo 26 – Anexo IV); e d) projeto básico ou termo de referência (artigo 28 – Anexo V).

Diante da nova lei de licitações, os estudos técnicos preliminares, por exemplo, devem seguir as diretrizes constantes da Instrução Normativa Seges n. 58, de 8 de agosto de 2022. Na referida IN, nota-se que não se faz necessária a realização do ETP (por vezes sendo facultativo, por vezes sendo dispensado), por expressa previsão normativa contida no artigo 14, para algumas hipóteses de contratação direta: é facultado o ETP nas hipóteses dos incisos I, II, VII e VIII do art. 75 e do § 7º do art. 90 da Lei n. 14.133/2021; e é dispensado na hipótese do inciso III do art. 75 da Lei n. 14.133/2021, e nos casos de prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos.

Já no termo de referência (TR), cuja regulamentação federal consta da Instrução Normativa Seges/ME n. 81, de 25 de novembro de 2022, afasta-se a exigência de realização do TR na hipótese do inciso III

14 Assim, discorda-se frontalmente do entendimento de Ivan Barbosa Rigolin, que, ao analisar o inciso I do artigo 72, pontua: “Todo o mais é ‘conforme o caso’, o que pode ser nunca. A autoridade decidirá a cada caso se precisa dos outros documentos e, então, os providenciará” (RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Lei nº 14.133/2021 comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 245).

15 O artigo 8º, inciso I, da Lei n. 14.217, de 2021, que versa sobre contratações públicas relacionadas à Covid-19, por exemplo, dispensa o Estudo Técnico Preliminar nas aludidas contratações.

do art. 75 da Lei n. 14.133/2021, nas adesões a atas de registro de preços e nos casos de prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos (artigo 11 da referida IN).

Prosseguindo, a previsão do inciso II do artigo 72 em comento se refere à realização da pesquisa de preços, de modo a se obter o orçamento estimado. Veja que o inciso remete justamente ao artigo 23, que indica meios de se realizar a pesquisa de preços. De fato, embora o legislador permita a realização de contratações sem licitação, isso não implica o pagamento de qualquer valor pela administração pública (a vantajosidade continua a ser um pressuposto das contratações públicas).¹⁶ Uma pesquisa realizada de maneira completa é pressuposto inafastável para essas contratações.

Sem embargo, é possível que, em razão da natureza do objeto a ser contratado ou do próprio contratante, em especial nas hipóteses de inexigibilidade, a pesquisa de preços seja mais restrita.

Nessa toada, ainda sob a vigência da legislação anterior, mas cujos aportes se mostram cabíveis para a nova lei, importante ressaltar que a Orientação Normativa da Advocacia-Geral da União n. 17, de 1º de abril de 2009, admite que a pesquisa de preços ocorra por meio de comparativo dos preços¹⁷ dos produtos contratados: “A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos”.

Foi justamente nessa linha que o artigo 7º, §1º e 2º, da Instrução Normativa Seges/ME n. 65, de 7 de julho de 2021,¹⁸ que versa sobre a pesquisa de preços sob a égide da Lei n. 14.133/2021,¹⁹ previu como se deve realizar a pesquisa de preços nas hipóteses em que não se consegue realizar a estimativa de preços pelos métodos “tradicionais”.

O inciso III do artigo 72 exige que a instrução processual seja acompanhada do parecer jurídico e dos pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos. No que tange a esse inciso, o artigo 53 da lei torna, como regra, obrigatória a realização de parecer jurídico para as contratações públicas. Em relação às contratações diretas, há a previsão expressa no artigo 53, §4º.

16 Já tivemos a oportunidade de escrever em relação à dispensa, mas cujos aportes também se estendem para a inexigibilidade, que a contratação direta não pode ser efetuada por qualquer valor ou montante acima do preço de mercado, pois o aspecto da vantajosidade e o princípio da eficiência e economicidade continuam a permear as contratações públicas. Deve-se ter cautela, contudo, para não confundir vantajosidade simplesmente com menor preço. De fato, conforme jurisprudência do TCU, a proposta mais vantajosa abarca preços economicamente satisfatórios e exequíveis; a aquisição de bens e execução de serviços em tempo hábil a atender o interesse público; e o cumprimento das obrigações contratuais pactuadas (Acórdão n. 2172/2008 – Plenário) (CABRAL, Flávio Garcia. Comentário ao artigo 75. In: SARAI, Leandro (Org.). **Tratado da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133/21 comentada por Advogados Públicos. São Paulo: Jus Podium, 2021, p. 902).

17 Igualmente, o Parecer PGFN/CJU/CLC/N. 2184/2008 averbou que “caso a Administração entenda ser inviável a comparação entre o preço praticado pela contratada e outras instituições semelhantes, dada a natureza singular do curso em questão, a razoabilidade do preço cobrado pela Instituição contratada deve ser comprovada a partir da comparação dos preços praticados pela própria instituição para atividades de mesma natureza, como, por exemplo, comprovar que o preço cobrado pela contratada é similar ao já cobrado anteriormente para o curso a ser contratado”.

18 Instrução Normativa Seges/ME n. 65, de 7 de julho de 2021. Art. 7, §1º Quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida no art. 5º, a justificativa de preços será dada com base em valores de contratações de objetos idênticos, comercializados pela futura contratada, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes, públicos ou privados, no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo. § 2º Excepcionalmente, caso a futura contratada não tenha comercializado o objeto anteriormente, a justificativa de preço de que trata o parágrafo anterior poderá ser realizada com objetos semelhantes de mesma natureza, devendo apresentar especificações técnicas que demonstrem similaridade com o objeto pretendido.

19 O Enunciado n. 52/2023 do 2º Simpósio de Licitações e Contratos do Conselho da Justiça Federal segue o mesmo entendimento “No caso de justificativa de preços para contratação direta, não sendo possível a utilização dos parâmetros previstos nos §§1º, 2º e 3º do art. 23 da Lei n. 14.133/2021, além da comprovação da conformidade dos preços com os praticados em contratações semelhantes, trazida pelo particular (art. 23, § 4º), deve a Administração avaliar a necessidade de realizar sua própria pesquisa de preços praticados pelo proponente, evitando que os documentos juntados ao processo sejam trazidos apenas pelo futuro contratado”.

No entanto, o próprio artigo 53, §5º, prevê a possibilidade de se dispensar a análise jurídica dos órgãos consultivos em 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 ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico. Essa prática já ocorria na vigência da legislação anterior, ao menos no âmbito federal, podendo-se mencionar, *e.g.*, a figura dos pareceres referenciais (nota-se, em realidade, que não há uma dispensa absoluta dos pareceres), previstos na Orientação Normativa n. 55, de 23 de maio de 2014, da Advocacia-Geral da União.

Além disso, já à luz da Lei n. 14.133/2021, foi editada a Orientação Normativa n. 69, de 2021, que justamente dispensa o parecer jurídico para contratações diretas em razão do valor:

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 2021.²⁰

No que concerne aos pareceres técnicos, a previsão da expressão “se for o caso” deve ser lida no sentido de que, diante de determinadas contratações, não será exigida nenhuma espécie de parecer de ordem técnica, seja pela simplicidade da contratação seja pela natureza do objeto a ser contratado (não há, contrariamente ao que possa transparecer da leitura do inciso, uma discricionariedade na exigência do parecer técnico, caso ele realmente se mostre necessário).

O inciso IV diz respeito à necessidade de declaração da existência de recursos orçamentários para fazer frente à contratação pretendida. Assim, cabe ao gestor público atestar tanto que há reserva de recursos para a presente contratação, bem como declarar a adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias da despesa, nos termos do inciso II do artigo 16 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

O inciso V determina que se comprove que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessários. Reitera-se que as contratações diretas precisam continuar sendo vantajosas ao poder público, sendo inviável que se selecione qualquer sujeito para fornecer bens ou prestar serviços, devendo atender a qualificações mínimas (as previstas nos artigos 66 a 70) que sejam capazes de indicar, em tese, que o contrato será executado a contento. Deverá o gestor, contudo, avaliar as circunstâncias da contratação a ser realizada, verificando-se quais dos requisitos de habilitação se mostram necessários para a contratação em questão (ex.: a depender do objeto – uma entrega imediata de uma quantia pequena de bens de consumo, por exemplo –, a exigência de habilitação econômico-financeira pode se mostrar indevida).

Ainda quanto aos requisitos de habilitação e qualificação mínimas, cabe indicar também o §4º do art. 91 da Lei n. 14.133/2021, que estabelece que é necessário que sejam atendidos os seguintes requisitos, *in verbis*:

Art. 91 (...) § 4º Antes de formalizar ou prorrogar o prazo de vigência do contrato, a Administração deverá verificar a regularidade fiscal do contratado, consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e o Cadastro Nacional de Empresas

20 BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Orientação Normativa n. 69**, de 13 de setembro de 2021.

Punidas (Cnep), emitir as certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas e juntá-las ao respectivo processo.

Em relação ao inciso VI, há a necessidade de justificativa da escolha do contratado. Já que nas contratações diretas há uma discricionariedade na escolha do contratado, a sua seleção deve ser motivada. A motivação será variada a depender do fundamento da contratação direta. Se a contratação for por inexigibilidade em razão de fornecedor exclusivo, a justificativa do contratado se refere à própria necessidade da contratação. Por outro lado, diante das hipóteses de dispensa, por exemplo, a justificativa residirá, na maior parte das vezes, no preço ofertado pelo fornecedor, nos casos em que for melhor do que os dos demais possíveis fornecedores.

O inciso VII do artigo 72, por sua vez, demanda a realização da justificativa do preço.²¹ Aqui, embora possa parecer uma mera reiteração da exigência do inciso II, deve-se recordar que, devido às peculiaridades que por vezes acompanham as contratações diretas, é possível que eventualmente tenha de se realizar uma contratação com preços acima do de mercado. A exigência do inciso é justamente o de motivar, diante do contexto fático-jurídico da contratação, o porquê de se realizar a contratação por aquele montante. É claro que, nos casos em que o preço da contratada se mostre abaixo dos valores de referência apurado na pesquisa de preços, a justificativa exigida pelo inciso seria, em regra, a simples indicação dessa circunstância.

Ilustra-se a questão: suponha que determinado município pretenda realizar uma inexigibilidade de licitação para contratação de artistas para um show de fim de ano (artigo 74, inciso II).²² Realizando-se a pesquisa dos valores cobrados por esses mesmos artistas, obtém-se um preço de referência "X". Quando se observa o valor cobrado para a contratação pretendida, o preço está superior a "X". O inciso sob análise (artigo 72, inciso VII) demanda que, para que seja válida essa contratação, haja a devida justificativa para esse preço. Pode-se cogitar, por exemplo, que os preços encontrados eram para shows durante a semana e a festa de encerramento do ano ocorrerá em um fim de semana (cujo preço, normalmente, é mais caro). Ou ainda os preços pesquisados foram do fim do ano anterior, tendo sofrido alguma atualização. E também, sem esgotar o rol de possibilidade, pode-se apurar que a duração do show a ser contratado será superior a dos demais contratos antes firmados e pesquisados.

Por fim, o inciso VIII exige que haja a autorização da autoridade competente para que possa ocorrer a contratação direta. Essa exigência substitui a antiga previsão da prática de dois atos referentes às contratações diretas, que era o reconhecimento e a ratificação. Trata-se de uma mudança positiva, já que ambos os atos acabavam sendo realizados quase que simultaneamente, não havendo verdadeiro aumento no controle da contratação direta a prática de dois atos distintos.²³

A apuração de quem será a autoridade competente dependerá de cada estrutura administrativa, podendo, na ausência de previsão legal e/ou regulamentar, ser a autoridade hierarquicamente

21 "É claro: se a justificativa do preço demonstrar que há viabilidade de competição, está vedada a contratação direta por inexigibilidade. Nessa hipótese, poderá ser averiguada a possibilidade de enquadramento nos casos de dispensa ou, se também não for possível, será obrigatória a realização de licitação para que se alcance o objeto pretendido" (WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes; IOCKEN, Sabrina Nunes. O processo de contratação direta e a inexigibilidade de licitação: como fazer a coisa certa com os atalhos legais? In: HARGER; Marcelo (Coord.). **Aspectos polêmicos sobre a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133/2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 223).

22 Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de: (...) II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

23 Hugo Sales explica que "o reconhecimento e a ratificação ocorriam na mesma seara e não tinham o condão de gerar alguma segurança maior na qualidade da contratação - e mesmo quando em órgãos distintos, a autoridade superior muitas vezes não era acostumada com processos de contratação e, ou simplesmente endossava a posição da autoridade *a quo* ou reanalisava todo o processo, o que gerava retardos em contratações muitas vezes caracterizadas pela sua relativa ou absoluta urgência" (SALES, Hugo. Comentários ao artigo 72. In: SARAI, Leandro (Org.). **Tratado da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133/21 comentada por Advogados Públicos. São Paulo: Jus Podium, 2021, p. 873).

superior à autoridade contratante.²⁴ Afinal, não faria sentido que a própria autoridade que será responsável por firmar o contrato autorize uma contratação que ela mesma assinará.

O parágrafo único do indigitado artigo 72 se propõe a conferir publicidade às contratações diretas. A mudança em relação à Lei n. 8.666/1993 é que antes se exigia que essa publicidade ocorresse por meio do Diário Oficial (o que, em realidade, somente gerava uma publicidade formal, mas não material), tendo sido substituído por divulgação em sítio eletrônico (que, de acordo com o artigo 174, §2º, inciso III, é o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP).

Essa exigência de publicidade é reforçada pelo artigo 94, inciso II, que prescreve que a divulgação no PNCP é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer em 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta, contados da data de sua assinatura.

Ademais, deve haver a publicação do contrato no respectivo sítio oficial do órgão ou entidade na internet, em atenção ao art. 8º, §2º, da Lei n. 12.527/2011, c/c art. 7º, §3º, inciso V, do Decreto n. 7.724/2012.

Calha indicar que além das exigências constantes no artigo 72, direcionadas expressamente para as contratações diretas, há outros requisitos comuns às contratações públicas como um todo, que, por certo, também devem ser obedecidas. Nesse sentido é a necessidade, como regra,²⁵ de que a contratação conste do Plano de Contratações Anual (PCA), conforme determina o artigo 17 do Decreto n. 10.947/2022.²⁶

Além disso, também em âmbito federal, faz-se necessária a autorização da autoridade competente (não para a contratação direta em si, mas sim para a despesa decorrente da contratação), de que trata o Decreto n. 10.193, de 27 de dezembro de 2019.

Deve-se indicar, outrossim, que o descumprimento das referidas regras de planejamento relacionadas às contratações diretas pode ensejar, a depender do caso concreto, e desde que feito com dolo, fraude ou erro grosseiro,²⁷ a responsabilidade solidária, pelo dano causado ao erário, do contratado e do agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (artigo 73 da Lei n. 14.133/2021).

Observa-se que a legislação pretérita (Lei n. 8.666/1993) previa a possibilidade de responsabilização solidária somente nos casos de contratação direta em que houvesse superfaturamento (artigo 25, §2º). Assim, a nova lei amplia essa possibilidade, indicando que a solidariedade ocorrerá nos casos em que a contratação direta for feita “com dolo, fraude ou erro grosseiro”. É dizer, pode haver situações em que não há superfaturamento, mas havendo algum dano decorrente dessa contratação, oriundo de dolo, fraude ou erro grosseiro, haverá a responsabilidade solidária.

24 Em sentido semelhante, Sidney Bittencourt explana: “Autoridade competente, em linhas gerais, é o agente público que, dentro da organização interna da entidade administrativa, possui, regimental ou estatutariamente, competências específicas. Como a matéria tem conexão direta com uma despesa futura, não resta dúvida de que o responsável pelas contratações diretas, assim como pelas licitações, é o ordenador de despesa, uma vez que, sobre ele, como preconiza a Lei n. 4.320/1964, recaem as responsabilidades sobre os gastos do dinheiro público. Dessa forma, apesar da Nova Lei não mencionar, entendemos que essa autorização deva partir da autoridade hierarquicamente acima do ordenador de despesas” (BITTENCOURT, Sidney. **Nova Lei de Licitações**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 517).

25 No tocante à contratação direta, o artigo 7º, inciso III, do Decreto n. 10.947, de 2022, prevê que ficam dispensadas de registro no plano de contratações anual as hipóteses previstas nos incisos VI, VII e VIII do *caput* do art. 75 da Lei n. 14.133, de 2021.

26 Art. 17. O setor de contratações verificará se as demandas encaminhadas constam do plano de contratações anual anteriormente à sua execução. Parágrafo único. As demandas que não constarem do plano de contratações anual ensejarão a sua revisão, caso justificadas, observado o disposto no art. 16.

27 O aspecto volitivo trazido pelo artigo é essencial para se verificar a responsabilização. Assim, somente havendo dolo, fraude ou erro grosseiro (também entendido como sinônimo de culpa grave pela doutrina) é que se pode aplicar o dispositivo legal. Sobre o erro grosseiro, observa-se que o artigo se alinha à previsão do artigo 28 da LINDB (Decreto-Lei n. 4.657, de 1942).

De qualquer modo, importante notar ainda que a responsabilidade somente ocorre na hipótese de verificação de algum dano.²⁸ Ainda que a contratação direta tenha sido realizada de maneira irregular, o que pode ensejar a responsabilização em diferentes esferas, o artigo em questão trata da solidariedade na reparação do dano causado.

Ademais, o artigo é restrito a determinar a solidariedade para a reparação do dano, evidenciando-se aqui sua natureza civil. Assim, embora possa igualmente haver sancionamentos de ordem penal,²⁹ por improbidade administrativa, disciplinar, entre outras, a solidariedade constante do artigo não se estende automaticamente a elas, devendo haver previsões expressas em cada uma das esferas sancionadoras.

Outro ponto a ser destacado é que se faz necessária a devida individualização da conduta dos agentes públicos envolvidos na contratação direta. É imprescindível que se apurem os atos praticados por cada agente, avaliando-se o nexo de causalidade deles com o eventual dano produzido. Somente assim pode-se falar em responsabilização.

De fato, dois parâmetros para que se possa tratar de responsabilização dos agentes públicos em razão de contratações públicas é a i) segregação de funções e a ii) necessidade de individualização das condutas (aspectos destacados, inclusive, no artigo 169, §3º, inciso II, da Lei n. 14.133/2021). Ambos os critérios se complementam e representam a positivação da jurisprudência já consolidada do Tribunal de Contas da União (TCU). Pela segregação de funções, deve-se verificar qual função era atribuída a cada agente durante o trâmite das contratações públicas, sendo que não pode haver a concentração de todas ou várias fases da contratação no mesmo sujeito (Acórdão n. 3.381/2013 – Plenário – TCU). Na mesma toada, a individualização da conduta determina que seja apontada uma conduta, ou omissão, concreta e específica de determinado agente. Não bastam alegações genéricas, que não indiquem a conduta de determinado agente para que lhe impute a responsabilidade.³⁰ A esse respeito, a Corte de Contas da União já decidiu, no Acórdão n. 247/2002 – Plenário, que

A responsabilidade do administrador público é individual. O gestor da coisa pública tem um campo delimitado por lei para agir. Dentro deste limite, sua ação ou omissão deve ser examinada para fins de individualização de sua conduta. (...) A simples existência de um fato apontado como irregular não é suficiente para punir o gestor. Impõe-se examinar os autores do fato, a conduta do agente, o nexo de causalidade entre a conduta e a irregularidade e a culpabilidade. Assim, verificada a existência da prática de um ato ilegal, deve o órgão fiscalizador identificar os autores da conduta, indicando sua responsabilidade individual e a culpa de cada um.

Por derradeiro, embora não conste expressamente do artigo em voga, é certo que essa responsabilização somente pode ocorrer por meio da instauração de um processo administrativo, no qual sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, não sendo possível uma responsabilização automática.

28 Sem embargo, a jurisprudência do STJ (com a qual não se concorda), analisando a questão do dano à luz da Lei de Improbidade (antes de sua alteração pela Lei n. 14.230, de 2021), posicionava-se no sentido de que a contratação direta, quando não caracterizada situação de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, gera lesão ao erário (*dano in re ipsa*), na medida em que o Poder Público perde a oportunidade de contratar melhor proposta (Informativo n. 549). De qualquer modo, insta ressaltar que não se admite mais na Lei n. 8.429, de 1992, com suas alterações posteriores, o dano presumido, sendo que no artigo 10 e 21 exigem o efetivo e comprovado dano para fins de responsabilização.

29 Art. 337-E do Código Penal: “Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: (Incluído pela Lei no 14.133, de 2021) Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei no 14.133, de 2021)”.

30 CABRAL, Flávio Garcia. Comentário ao artigo 169. In: SARAI, Leandro (Org.). **Tratado da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133/21 comentada por Advogados Públicos**. São Paulo: Jus Podium, 2021, p. 1431.

5 CONCLUSÕES

A nova lei de licitações ratificou e reforçou um dever de planejamento das contratações públicas, há muito existente, mas que, ao menos em algumas searas, era deixado de lado ou não feito a contento.

É justamente a hipótese das contratações diretas que acabava sendo tratada, muitas das vezes, de forma açodada e sem cautela devida em termos de realização de uma fase preparatória adequada, muito embora houvesse essa exigência já na Lei n. 8.666/1993.

De qualquer modo, a Lei n. 14.133/2021, em especial em seu artigo 72, trouxe de maneira didática e mais completa uma série de requisitos mínimos imprescindíveis para o planejamento e preparação para que haja a contratação direta (por inexigibilidade ou dispensa).

Desta feita, apesar de o dever de planejamento não ser novidade, tem-se uma nova oportunidade de se recomeçar. Se estava sendo construída uma moral paralela dentro do poder público, de entender que a contratação direta poderia ser feita de qualquer forma, tem-se um novo diploma normativo indicando justamente o contrário, cabendo aos agentes públicos incorporarem essas regras e começarem a criar uma devida cultura do planejamento para toda contratação pública, notadamente naquelas hipóteses em que não há licitação.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Sérgio Maia. **Lei de Licitações e Contratos comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

BITTENCOURT, Sidney. **Nova Lei de Licitações**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

BOSELLI, Felipe. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. v. 2.

CABRAL, Flávio Garcia. Comentários ao artigo 75 e artigo 169. In: SARAI, Leandro (Org.). **Tratado da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133/21 comentada por Advogados Públicos. São Paulo: Jus Podium, 2021.

CABRAL, Flávio Garcia. Planejar, planejar e planejar: o futuro da nova Lei de Licitações. **JOTA**, 15 fev. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/planejar-planejar-e-planejar-o-futuro-da-nova-lei-de-licitacoes-15022024>. Acesso em: 2 mar. 2024.

CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Leme: Mizuno, 2024.

GORDILLO, Agustin. **La administración paralela**. Madri: Civitas, 1982.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Lei nº 14.133/2021 comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SALES, Hugo. Comentários ao artigo 72. In: SARAI, Leandro (Org.). **Tratado da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133/21 comentada por Advogados Públicos. São Paulo: Jus Podium, 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 5. ed. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência, 2023.

WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes; IOCKEN, Sabrina Nunes. O processo de contratação direta e a inexigibilidade de licitação: como fazer a coisa certa com os atalhos legais? In: HARGER, Marcelo (Coord.). **Aspectos polêmicos sobre a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133/2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

ZOCKUN, Carolina Zancaner; CABRAL, Flávio Garcia. As diferenças entre o pregão e o “preguinho”. **Sollicita**, 27 nov. 2023. Disponível em: <https://portal.sollicita.com.br/Noticia/20891/as-diferencas-entre-o-pregao-e-o-preguinho>. Acesso em: 02 mar. 2024.

INDICAÇÃO DE MARCA OU MODELO E VEDAÇÃO DE MARCA OU PRODUTO NA CONTRATAÇÃO DE BENS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

INDICATION OF BRAND OR MODEL AND PROHIBITION OF BRAND OR PRODUCT IN THE CONTRACTING OF GOODS BY THE PUBLIC ADMINISTRATION



Gabriela Verona Pécio

Advogada e consultora em Licitações e Contratos Administrativos. Mestre em Gestão de Políticas Públicas. Atual Vice-presidente do Instituto Nacional da Contratação Pública (INCP). Membro associado do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN). Membro da Comissão de Estudos em Licitações e Contratos do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), Professora convidada das pós-graduações em licitações e contratos do Instituto Goiano de Direito (IGD), da Escola Mineira de Direito (EMD) e da Faculdade Polis Civitas – Curitiba/PR. Autora de livros e artigos. Palestrante na área de contratações públicas.

Christianne de Carvalho Stroppa

Advogada na Jacoby Fernandes & Reolon Adv. Associados. Professora, Doutora e Mestre pela PUC/SP. Ex-Assessora de Gabinete no Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Advogada especialista em Licitações e Contratos Administrativos. Membro associado do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), do Instituto de Direito Administrativo Paulista (IDAP), do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e do Instituto Nacional de Contratação Pública (INCP). Autora de diversos artigos e palestrante na área da contratação pública.

Sumário: 1. Introdução; 2. Âmbito de aplicação objetiva das regras sobre a indicação e vedação de marca ou modelo. 3. Padronização e indicação de marca ou modelo; 4. Vedação de marca ou produto; 4.1 Requisitos à vedação de marca ou produto; 4.2 Aspectos relevantes à compreensão do instituto da vedação de marca ou produto; 5. Conclusão; Referências.

Resumo: A Lei n. 14.133/2021 permite a indicação e a vedação de marca ou modelo em processos de aquisição de bens. Especialmente a vedação, decorrente de constatações negativas relativas a eficiência e eficácia do produto adquirido durante o uso, é uma inovação com amplo potencial para modificar o cenário de tais contratações, melhorando seus resultados. Entretanto, a disciplina legal é insuficiente e carece de adequada regulamentação, especialmente para definir de que forma será a vedação aplicada, o que garantirá segurança jurídica, em especial, para a contratada que tiver um produto com marca ou modelo vedado. O presente artigo explora, essencialmente, os requisitos para a legalidade da vedação de marca ou modelo, assim como outros aspectos necessários à correta compreensão do instituto, que desponta como ferramenta de extrema relevância para a eficiência e eficácia das contratações administrativas.

Abstract: Law 14.133/2021 allows the indication and sealing of brands in goods acquisition processes. Especially brand sealing resulting from negative findings regarding its efficiency and effectiveness during the use of the purchased product, is an innovation with broad potential to change the scenario of such contracts, improving their results. However, legal discipline is insufficient and lacks adequate regulation, especially to define how the prohibition will be applied, which will guarantee legal certainty, especially for the contractor who has a product with a prohibited brand or model. This article essentially explores the requirements for the legality of trademark sealing, as well as other aspects necessary for a correct understanding of the institute, which is emerging as an extremely relevant tool for the efficiency and effectiveness of administrative contracting.

Palavras-chave: Licitação. Contratação direta. Aquisição de bens. Indicação de marca ou modelo. Vedação de marca ou modelo. Requisitos de legalidade.

Keywords: Bidding. Direct hiring. Acquisition of goods. Brand indication. Brand seal. Requirements.

1 INTRODUÇÃO

Publicada em 1º de abril de 2021, a Lei n. 14.133/2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, revogou integralmente a Lei n. 8.666/1993, a Lei n. 10.520/2002 e os arts. 1º a 47 da Lei n. 12.462/2011 – disciplinadora do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (inciso II, art. 193).¹

Com um evidente traço peculiar, sem correspondência na Lei n. 8.666/1993, a referida lei possui uma linha mestra baseada na governança das contratações,² a ser necessariamente implementada pela alta administração do órgão ou entidade (parágrafo único do art. 11 c.c. art. 169).³ Consagrada está, portanto, a governança como pilar de eficiência, eficácia e efetividade das contratações públicas.⁴

O planejamento, inerente à ideia de governança das contratações, foi alçado à condição de princípio para a aplicação da lei e de diretriz para a elaboração da fase preparatória, conforme arts. 5º e 18. Nesse espectro, é visível a preocupação da lei com os objetos a serem contratados e com a qualidade do gasto público, buscando alcançar melhores resultados.⁵

Um dos pontos a serem destacados é a possibilidade de indicar, justificadamente, marca ou modelo nas contratações envolvendo compras de bens e, ainda, vedar a contratação de marca ou produto, conforme previsões contidas no art. 41, incisos I e III, respectivamente. A indicação de marca não é propriamente uma novidade, eis que encontrava disciplina também na lei anterior, n. 8.666/1993; porém, a *vedação de marca* é uma novidade de extrema relevância e, se bem aplicada, de grande utilidade para a administração pública. Contudo, as disposições legais acerca desse assunto não são suficientemente claras para superar meandros práticos de sua utilização, como a natureza jurídica do instituto e o procedimento a ser adotado para sua aplicação, eventuais hipóteses recursais, vigência da vedação e reabilitação da marca ou produto, por exemplo. O presente artigo abordará os aspectos desse novo instituto jurídico, suas possibilidades e limites, à luz do regime jurídico administrativo.

1 As empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias continuam sendo regidas pela Lei n. 13.303/2016, com a ressalva contida expressamente no art. 178 da Lei n. 14.133/2021, disciplinadora dos crimes. É o que se verifica do § 1º, art. 1º c.c. art. 185 da NLLC.

2 Governança das aquisições compreende essencialmente o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das aquisições, com objetivo de que as aquisições agreguem valor ao negócio da organização, com riscos aceitáveis. (TCU. Relatório da TC 025.068/2013-0 que deu origem ao Acórdão n. 2.622/2015 – Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes.)

3 “Trata-se de um conceito em construção, cujo escopo vem sendo delineado pelas boas práticas em planejamento e gestão e disseminado por meio de acórdãos e novos normativos infralegais. Em suma, governança nas aquisições refere-se ao conjunto de diretrizes, estruturas organizacionais, processos e mecanismos de controle que visam assegurar que as decisões e as ações relativas à gestão das compras e contratações estejam alinhadas às necessidades da organização, contribuindo para o alcance das suas metas (art. 2º, II da Resolução TCU n. 247/2011).” (BRITO, Isabella. Governança em Contratações Públicas: a transformação passa pelos meios. **Portal L&C**. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_62.pdf. Acesso em: 10 mar. 2024).

4 No âmbito da administração pública federal, esse alicerce que foi sedimentado com a publicação da Portaria Seges/ME n. 8.678/2021, dispondo sobre a governança das contratações públicas no âmbito da administração pública federal, autárquica e fundacional, dispondo em seu art. 6º expressamente que os instrumentos da governança são, entre outros, o Plano Diretor de Logística Sustentável – PLS, o Plano de Contratações Anual, a Política de gestão de estoques, a Política de compras compartilhadas, a Gestão por competências, a Política de interação com o mercado, a Gestão de riscos e controle preventivo, as Diretrizes para a gestão dos contratos e a Definição de estrutura da área de contratações públicas.

5 Forte aliado ao planejamento de compras é a busca do *Best Value of Money*, no sentido de “fazer uma análise de custo-benefício da compra pública, avaliando o retorno que a referida aquisição trará para a Administração” (NÓBREGA, Marcos. Do planejamento das compras. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 449-450).

2 ÂMBITO DE APLICAÇÃO OBJETIVA DAS REGRAS SOBRE A INDICAÇÃO E A VEDAÇÃO DE MARCA OU MODELO

O art. 41 da Lei n. 14.133/2021, em seu *caput*, estabelece que a indicação e a vedação de marca ou modelo poderão ocorrer em “licitação que envolva o fornecimento de bens”. Duas considerações se fazem necessárias: (i) “fornecimento”, no dispositivo, deve ser entendido como sinônimo de “compra”; (ii) a referência a licitação não impede a extensão da regra às contratações diretas.

A lei não define o “fornecimento”, preferindo trazer, em seu art. 6º, inciso X, o conceito de compra: “*toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente, considerada imediata aquela com prazo de entrega de até 30 (trinta) dias da ordem de fornecimento*”. Assim, não há dúvida de que qualquer contratação envolvendo aquisição de bens, seja para compra com entrega imediata ou integral, seja para compra parcelada ou fornecimento continuado, comporta indicação ou vedação de marca ou modelo (i). A *contrario sensu*, as disposições concernentes à vedação à marca ou modelo não podem ser ampliadas para serviços ou para os contratantes, devendo a administração pública valer-se de outras regras caso queira validar, pontuar ou, enfim, considerar em uma licitação a atuação pretérita de uma empresa ou de um serviço.⁶

A expressa referência à licitação não tem o efeito de obstar a indicação ou vedação de marca ou modelo em casos de contratação direta (ii). Sempre que houver justificativa nos mesmos termos das alíneas “a” a “d” do inciso I do art. 41, a indicação de marca ou modelo poderá ocorrer. Da mesma forma, a vedação, uma vez decidida pela administração, obstará sua contratação por qualquer dos caminhos legais, ou seja, por licitação, dispensa ou inexigibilidade.

3 PADRONIZAÇÃO⁷ E INDICAÇÃO DE MARCA OU MODELO

À luz do princípio constitucional da isonomia, a indicação da marca ou do modelo sempre foi algo tormentoso. Desejada fervorosamente por aqueles que fazem uso dos objetos adquiridos por meio de licitações e que sofrem com sua má qualidade, não pode ser sinônimo de restrição indevida à competição, dependendo, no mais das vezes, da existência de processo de padronização devidamente implementado.⁸

A Lei n. 14.133/2021 prevê, em seu art. 40, inciso V, alínea “a”, que o planejamento das compras deverá atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho. Importante destacar, então, que, mesmo não contida no rol do art. 5º da Lei n. 14.133/2021, a padronização é princípio a ser observado pela administração pública.

Por outro lado, a utilização da expressão “deverá”⁹ reflete imposição e torna obrigatória a adoção das providências constantes do elenco, entre eles o princípio da padronização. Portanto, na vigência da

6 HEINEN, Juliano. A “folha corrida” das marcas e produtos – “atestado de vida pregressa”. **Observatório da Nova Lei de Licitações – ONLL**, 17 jun. 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/05/13/a-folha-corrida-das-marcas-e-produtos-atestado-de-vida-pregressa/>. Acesso em: 10 mar. 2024.

7 Para mais detalhes, ver STROPPIA, Christianne de Carvalho; PÉRCIO, Gabriela Verona. O processo de padronização e o instituto do “carona”. In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; MARÇAL, Thaís. **Estudos sobre a Lei 14.133/2021**: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: JusPodivm, 2021, p. 79-97.

8 Vide Acórdão n. 1.553/2008 – TCU/Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti; Acórdão n. 2.829/2015 – TCU/Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas; Acórdão n. 113/2016 – TCU/Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas; e Súmula n. 270 do TCU.

9 “[...] que está estatuído no art. 15, I não constitui uma faculdade do poder público de imprimir a padronização. O verbo “deverão” denota que o legislador desejou que sempre nas compras fossem atendidos os aspectos relativos ao **princípio da padronização**. Entendemos que a padronização é obrigatória em todos os casos onde existam possibilidades para tanto, inclusive para bens de consumo” (SOUTO MAIOR FILHO, Marcos Antônio. **Princípio e processo de padronização e a utilização de marca**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 322, 25 maio 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5220>. Acesso em: 10 mar. 2024).

nova lei, a administração deverá justificar a não observância do referido dispositivo legal, explicitando os fundamentos evidenciadores da impossibilidade de sua aplicação. Ademais, a regra força a que toda compra seja avaliada em face do dito princípio, com o intuito de evitar a aquisição de bens diferentes nos seus elementos componentes, na qualidade, na produtividade e na durabilidade, com implicações diretas e imediatas no estoque, na manutenção, na assistência técnica, nos custos, no controle e na atividade administrativa.¹⁰

Padronizar significa igualar, uniformizar, adotar um modelo. Um princípio, por sua vez, indica o básico, o elementar. Assim, deve a administração pública, tomada essa expressão com o sentido lato que lhe é atribuído pelo inciso III do art. 6º da Lei n. 14.133/2021, em todos os negócios para a aquisição de bens, observar as regras básicas que levam à adoção de um padrão que, vantajosamente, possa satisfazer às necessidades das atividades que estão a seu encargo. As compras, portanto, não devem ser simplesmente executadas, mas planejadas e decididas, antes de sua realização, sempre segundo esse princípio e as finalidades de interesse público que se busca alcançar.

Cabe destacar que a Lei n. 14.133/2021 traz uma inovação no tocante à padronização. O § 1º do seu art. 43 estabelece ser “permitida a padronização com base em processo de outro órgão ou entidade de nível federativo igual ou superior ao do órgão adquirente, devendo o ato que decidir pela adesão a outra padronização ser devidamente motivado, com indicação da necessidade da Administração e dos riscos decorrentes dessa decisão, e divulgado em sítio eletrônico oficial”. Significa que um órgão ou entidade poderá, valendo-se de padronização já implementada por outro, decidir padronizar o mesmo objeto, nos mesmos termos. Haverá, pois, um “aproveitamento” do processo de padronização alheio, mediante decisão fundamentada.¹¹

O procedimento, ao que nos parece, é similar à adesão ou carona à ata de registro de preços e enseja cuidados similares. Não se pode perder de vista que a padronização ocorre à luz de interesses específicos de uma dada organização e, por isso, a carona exige prévia avaliação da conveniência e a oportunidade de adotar os padrões estabelecidos pelo órgão ou entidade a cujo processo se pretende aderir. Assim, a administração que pretender aderir a uma padronização preexistente deverá demonstrar, em processo interno, o seu cabimento, considerando as próprias necessidades.

Em síntese, cabe à administração pública, sempre que possível, adotar um modelo entre os vários bens similares encontráveis no mercado ou criar o seu próprio padrão, inconfundível com qualquer dos existentes.¹² Na primeira hipótese, acolherá, conforme o bem, determinadas especificações, uma marca

10 Em parecer dado para a Companhia Vale do Rio Doce, em 25 de novembro de 1994, Toshio Mukai asseverou, tendo como fundamento a Lei n. 8.666/1993: “Ao interpretarmos o dispositivo podemos concluir que o princípio da padronização não é uma mera faculdade conferida pela lei ao administrador. Em absoluto não. Trata-se, sim, de um dever a ele imposto. A padronização é, portanto, a regra que será excepcionada somente quando as condições intrínsecas do bem a ser adquirido impedirem sua execução.” (MUKAI, Toshio. Parecer inédito dado para a Companhia Vale do Rio Doce em 25 de novembro de 1994. **Informativo Licitações e Contratos – ILC**, Zênite, Consulta em Destaque – 628/66/AGO/99).

11 O §1º do art. 43 faz referência expressa à padronização com base em processo de outro órgão ou entidade. Na mesma linha, a possibilidade de utilização, por outros órgãos e entidades, do catálogo eletrônico de padronização de compras e serviços instituído pelo Poder Executivo, prevista no art. 19, inc. II. A “carona” prestigiará a eficiência administrativa e a economia processual, naquelas situações em que o bem padronizado atender o interesse de outro órgão ou entidade, em todas as suas características, mostrando-se igualmente conveniente e oportuna a adoção da sua padronização.

12 Acerca da vantagem da padronização, como apontado por Marçal Justen Filho:

- a) é um importante instrumento de racionalização da atividade administrativa, com redução de custos e otimização da aplicação de recursos. Significa que a padronização elimina variações tanto no tocante à seleção de produtos no momento da contratação como também na sua utilização, conservação etc.;
- b) há menor dispêndio de tempo e de esforços na ocasião da contratação, eis que a Administração já conhece as características técnicas da prestação. Não há necessidade de longos exames para selecionar a melhor opção;
- c) todas as contratações posteriores serão efetuadas de acordo com as linhas mestras predeterminadas.
- d) há ganhos no curso da execução do contrato;
- e) os servidores públicos não precisam ser treinados para novas técnicas ou características desconhecidas dos objetos;

ou modelo (bens móveis, p. ex.) ou, ainda, um tipo (alimento, p. ex.). Na segunda hipótese, indicará como deve ser o bem desejado.

Tanto a eleição da marca ou modelo como a adoção de um padrão próprio somente podem acontecer mediante prévia e devida justificativa, lastreada, conforme o caso, em estudos, laudos, perícias e pareceres técnicos, em que as vantagens para o interesse público fiquem clara e sobejamente demonstradas, sob pena de caracterizar fraude ao princípio da licitação.¹³ Nada, portanto, pode ficar ao critério subjetivo da autoridade administrativa.¹⁴

Igualmente, a padronização não deve ser utilizada como fim em si mesma, isto é, padronizar por padronizar.¹⁵ Apesar da imposição extraída do referido art. 40, inciso V, alínea “a”, a racionalidade da padronização está nos benefícios que ela pode proporcionar à administração pública, considerando a natureza do objeto e do mercado em que ele se insere, assim como os custos envolvidos. Portanto, padronizar será justificável quando, após analisadas todas as variáveis, for o caminho apto a trazer maiores benefícios.¹⁶

A padronização é tema conexo à indicação de marca ou modelo. Por meio desse processo é possível não apenas padronizar características de certos objetos, mas, também, em algumas situações, a marca ou o modelo dos objetos a serem adquiridos pela administração. Ao se indicar a marca ou o modelo, garante-se a padronização exata dos objetos futuros com aqueles já existentes. Porém, por configurar

f) as providências de conservação e manutenção são idênticas às praticadas no passado;

g) não há necessidade de multiplicação de estoques de peças de reposição, material de consumo etc., eis que esse conjunto de bens pode ser utilizado, de modo indistinto, para a totalidade dos produtos obtidos por meio de contratações. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 295).

Eduardo Azeredo Rodrigues aponta que “A padronização deve ser resultado da experiência da Administração nas aquisições de produtos e utilização de serviços, com vistas a repercutir nas futuras contratações, que deverão ser pautadas pelas constatações predeterminadas. Uma das principais vantagens que a padronização pode proporcionar, sob os aspectos técnico e econômico, é o aproveitamento do *know-how* utilizado na manutenção e conservação dos novos produtos – tendo por paradigma as experiências anteriores – bem como o uso dos mesmos insumos que passarão a atender não só aos antigos equipamentos como a todos os novos, padronizados. Deve-se destacar, entretanto, que padronização não se confunde com escolha de marca, demais de que se admite apenas excepcionalmente a exclusividade de marca, quando for tecnicamente justificável. A padronização tem o objetivo de definir características referentes às especificações técnicas e de desempenho de determinado gênero de produtos que são almejadas pela administração pública, o que pode resultar na conclusão de que determinadas marcas atendem ao tipo de padronização adotado ou, até mesmo, apenas determinado fabricante oferece o produto que se coaduna com os padrões pretendidos. Pode também haver a conclusão motivada e circunstanciada no sentido de que a homogeneidade de produtos adquiridos, ainda que existam similares no mercado, é a única solução que satisfaz ao interesse público, sob as perspectivas da economicidade e eficiência. Nessa última hipótese, óbice não há que a Administração conclua pela escolha de determinada marca, sendo esta a única que ostenta as características compatíveis com a padronização adotada, ou desde que haja justificada necessidade de adoção de apenas uma marca. (RODRIGUES, Eduardo Azeredo. **O princípio da padronização**. Disponível em: https://www.zenitefacil.com.br/pesquisaDocumento?task=GET_DOCUMENTO&idDocumento=28C27477-71BF-40AC-9261-2B80B4B3048B. Acesso em: 10 mar. 2024).

13 O art. 337-F inserido no Código Penal, pelo art. 178 da Lei n. 14.133/2021, disciplina ser crime “frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório”.

14 Por isso, tem razão Raul Armando Mendes quando ensina que a padronização só deve ser adotada se oferecer real interesse para os serviços públicos, que sua adoção não deve ficar ao alvedrio do administrador e que a falta da comprovação das vantagens pode ensejar a sua anulação administrativa ou judicial e a responsabilização do agente que a determinou. A padronização, seja pela escolha de uma marca, seja pela entronização de um modelo próprio, não pode ser meio, instrumento, para beneficiar ou prejudicar fornecedores. (MENDES, Raul Armando. **Comentários ao estatuto federal das licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 41).

15 Até porque, como ensina Justen Filho, “a Administração deverá ter em vista aquisições passadas e futuras. A padronização aplica-se não apenas a uma compra específica, especialmente quando se trate de bem de vida útil continuada. Ao selecionar o fornecedor para produtos não consumíveis, a Administração deverá ter em vista produtos semelhantes que já integram o patrimônio público, como também deverá prever eventuais futuras aquisições. Somente assim a padronização produzirá os efeitos desejados, consistentes na redução de custos de manutenção, simplificação de mão-de-obra etc.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, *op. cit.*, p. 295).

16 É certo, contudo, que sempre que um mecanismo racionalizador das compras puder ser usado em benefício da administração pública, qualquer bem por ela desejado pode e deve ser padronizado. É a lição que se retira sem maior dificuldade da precisa afirmação de Hely Lopes Meirelles, quando prescreve que “O princípio da padronização impõe que as compras de materiais, equipamentos e gêneros de uso comum na Administração se realizem mediante especificações uniformes, que, dentre outras coisas, busquem compatibilizar a técnica com o desempenho e igualar as condições de manutenção e assistência técnica” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 66.).

uma restrição à competição, a vinculação à marca ou ao modelo precisa se ater às hipóteses legais (art. 41, inciso I) e estar justificada no processo, considerando a natureza dos objetos e os fins a serem alcançados, sendo essencial a demonstração de que a adoção da marca busca apenas atender o interesse público, afastando as predileções ou aversões pessoais do administrador.¹⁷

O art. 40, §3º, inciso III, da Lei n. 14.133/2021 admite a possibilidade de o processo de padronização ou de escolha da marca ou modelo levar a um fornecedor exclusivo. É imprescindível, nesses casos, que sejam verificadas as diferentes soluções existentes e produzidas as justificativas para amparar a escolha da administração, de forma que atenda o interesse público. Não há, pois, reprovação legal à utilização de marca ou modelo como meio de identificação de um objeto escolhido por suas qualidades ou propriedades intrínsecas, mesmo que conduza a uma situação de inviabilidade absoluta de competição. A avaliação deve ser, no entanto, objetiva, podendo se valer da marca como forma de identificação do objeto se tal opção tiver sido baseada em características pertinentes ao próprio objeto, essenciais à satisfação do interesse público envolvido. Embora se entenda que a marca ou o modelo não podem ser a causa motivadora da escolha, admite-se a identificação da marca ou do modelo como meros elementos acessórios, consequência de uma decisão que se fundou em características específicas do objeto escolhido.¹⁸ Nesse sentido, cabe salientar que a vedação à “preferência por marca específica”, constante do §1º do art. 75, tem o sentido de preferência injustificada, de escolha arbitrária, obstando, assim, o direcionamento indevido da contratação direta por inexigibilidade com fornecedor exclusivo de determinada marca ou modelo de produto, sem que exista justificativa pautada no interesse público.¹⁹

4 VEDAÇÃO DE MARCA OU PRODUTO²⁰

Disciplinando também outras situações,²¹ o art. 41 da Lei n. 14.133/2021 trata da possibilidade da vedação à contratação de marca ou produto quando, mediante processo administrativo, restar comprovado que os produtos adquiridos e utilizados anteriormente pela administração, daquela determinada marca, não atendem requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual (inciso III).²²

17 O art. 41, inciso I, prevê a indicação de marca em caráter excepcional, desde que formalmente justificada, em quatro hipóteses: i) em decorrência da necessidade de padronização do objeto; ii) em decorrência da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração; iii) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for o único capaz de atender às necessidades do contratante; e iv) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo apto a servir apenas como referência.

18 Marçal Justen Filho, ao tratar do tema no contexto da Lei n. 8.666/1993, ensina que “[a] vedação do § 5º (art. 7º) conjuga-se com o art. 25, inciso I, a cujo conteúdo se remete. É possível a contratação de fornecedores exclusivos ou a preferência por certas marcas, desde que essa seja a solução mais adequada para satisfazer as necessidades coletivas. Não se admite a opção arbitrária, destinada a beneficiar determinado fornecedor ou fabricante. A proibição não atinge, obviamente, a mera utilização de marca como instrumento de identificação de um bem – selecionado pela Administração em virtude de suas características intrínsecas. O que se proíbe é a escolha do bem fundada exclusivamente em uma preferência arbitrária pela marca, processo psicológico usual entre os particulares e irrelevante nos limites do direito privado” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, op. cit., p. 252).

19 Ao decidir sobre a questão, o TCU tem buscado confrontar a razoabilidade dessa restrição à competitividade com o interesse público. Sua jurisprudência caminha na direção de se admitir a indicação de marca como parâmetro de qualidade do objeto a ser licitado, desde que a Administração demonstre, de forma efetiva, que pretende dar continuidade à utilização de determinada marca já adotada, ou utilizar marca mais conveniente ou padronizar marca no serviço público. (Vide Acórdão n. 1.547-22/2004 – 1ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues e TCU. Acórdão n. 300/1998 – 1ª Câmara, Rel. Min.-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.)

20 Em complementação, sugere-se assistir ou ouvir Reverber Podcast #03 – Vedação de contratação de marca ou produto na NLL, produzido pelo Portal L&C. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=4o1xGoJ_RZE. Acesso em: 10 Mar. 2024.

21 A indicação de marca ou modelo, a exigência de amostra ou prova de conceito e a solicitação da carta de solidariedade.

22 “Essa inovação legislativa visa sanar um antigo anseio dos agentes públicos que ficavam à mercê de contratar ou adquirir marcas e produtos notoriamente insuficientes, precários e que não atingiam os objetivos da Administração. Inúmeros são exemplos de produtos que não atingem os requisitos mínimos de qualidade necessários (copos plásticos que derretem, canetas que não escrevem, tinta de impressora que não imprime, entre outros diversos exemplos). Evidentemente que, na elaboração do termo de referência, o agente público busca minimizar tais fatos, descrevendo requisitos mínimos de qualidade para determinado produto. No entanto, tal medida não consegue resolver em definitivo tal questão.” (FREITAS, Cristiano Mansur de. Nova Lei de Licitações: a possibilidade de a Administração vedar a contratação de determinada marca ou produto. **Blog Zênite**, 21 jan. 2022. Disponível em: <https://zenite.blog.br/nova-lei-de-licitacoes-a-possibilidade-de-a-administracao-vedar-a-contratacao-de-determinada-marca-ou-produto/>. Acesso em: 10 mar. 2024.)

A nova regra consiste em um poderoso instrumento para excluir de futuras contratações determinadas marcas ou produtos que apresentaram problemas e dificultaram ou impediram a satisfação do interesse público envolvido na contratação.²³ Seria, por que não dizer, uma indicação de marca às avessas: ao invés de indicar o que a administração deseja, a Lei n. 14.133/2021 permite que ela indique a marca que não aceita. É inegável o avanço na gestão produzido por essa nova regra, ao aproximar o poder público do mundo corporativo da iniciativa privada, porquanto estas têm capacidade para “fugir” de determinadas marcas que se mostram problemáticas.²⁴

O cerne do dispositivo é a ineficácia da marca ou produto adquirido para o “pleno atendimento da obrigação contratual”, comprovada durante a sua utilização. Por atendimento da obrigação contratual não se deve compreender apenas o atendimento objetivo de requisitos expressos no contrato. Esse enfoque pode não ser suficiente para algumas situações concretas, levando a uma injustificada perda de eficácia da norma.

É possível que, mesmo atendendo objetivamente as especificações contratadas, o produto adquirido não possua qualidade suficiente para possibilitar a satisfação do interesse público que foi alvo da contratação. Com efeito, em certos casos, apesar dos esforços da fase preparatória, a descrição do objeto não garante a qualidade, nem mesmo combinada com a análise de amostra, sendo necessário o uso para que ocorram constatações nesse sentido. Por essa razão, a interpretação do dispositivo deve ser ampla, compreendendo-se a possibilidade de exclusão, por meio da vedação, de marca ou produto cuja ineficácia não é aparente, mas intrínseca, caracterizando defeito verificável somente com o uso, prejudicial aos objetivos do contrato.

4.1 Requisitos à vedação de marca ou produto

Para evitar eventual vedação eterna e decorrente de atos incompatíveis com o princípio da impessoalidade, alguns requisitos devem ser observados, quais sejam: (i) a vedação deve incidir sobre o objeto, não sobre a empresa; (ii) a vedação deve se referir a objetos já adquiridos e utilizados pela administração; (iii) a vedação deve se pautar em critérios objetivamente identificáveis e aferíveis; (iv) a vedação deve decorrer de prévio processo administrativo que garanta o contraditório e a ampla defesa; e (v) a vedação deve ser consequência lógica das conclusões obtidas no processo administrativo.

Não resta dúvida de que a vedação incide sobre o objeto contratado (item I), não sobre a empresa contratada ou fabricante. A vedação a marca ou produto não deve ser confundida com a hipótese em que a contratada apresenta objeto diverso do licitado e/ou contratado, em desconformidade com o que foi pactuado, estando, por isso, sujeita às sanções previstas no art. 156 da Lei n. 14.133/2021. Não se trata, portanto, de uma sanção imposta a quem forneceu ou fabricou o produto, mas de uma fundada rejeição, que impede que seja ofertado em futuras contratações promovidas por aquela administração.

A obrigatoriedade de que os objetos já tenham sido adquiridos e utilizados pela administração (item II) é requisito fundamental, eis que o objetivo da reprovação da marca ou produto é, exatamente, evitar nova contratação de objeto que se mostrou insatisfatório. A própria administração, após comprar e usar o objeto, deve ter sido diretamente prejudicada pela ineficiência ou ineficácia do produto adquirido.

23 “A Administração passa a gozar de prerrogativas a fim de mitigar o risco de o suprimento ocorrer em desacordo com as especificações definidas em termo de referência. Fala-se, aqui, de medidas de gestão o de riscos, em face da probabilidade e do impacto de o material fornecido à Administração ser de qualidade, desempenho ou rendimento inferiores à necessária, bem como de concepção estética distinta do almejado” (ACHE, Andrea; FENILI, Renato. **A lei de licitações e contratos**: visão sistêmica: das licitações planejamento e seleção do fornecedor: arts. 1-71. 1. ed. Guarulhos, SP: Format Comunicação Gráfica e Editora, 2022, p. 394).

24 SANTOS, Laércio José Loureiro dos. A nova lei de licitações e o procedimento para proibição de marca. **Migalhas de Peso**, 4 ago. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/349627/a-nova-lei-de-licitacoes-e-o-procedimento-para-proibicao-de-marca>. Acesso em: 10 mar. 2024.

Consequentemente, não parece possível, como regra, que determinado órgão ou entidade pública se utilize de vedação de marca ou produto aplicada por outro.

Observe-se, a propósito, que, apesar de a Lei n. 14.133/2021 prever a possibilidade de carona em processo de padronização, conforme já mencionado, essa possibilidade não abrange a vedação de marca ou produto, por questões intrínsecas a esse instituto. Para que um órgão ou entidade possa vedar uma marca ou produto, será necessário instaurar processo administrativo próprio, a partir de circunstâncias verificadas durante a sua utilização. Não obstante, podem ser cogitadas exceções embasadas em razões científicas ou que não comportem variáveis circunstanciais de uso. Assim, por exemplo, “se determinado Estado da federação atestou idoneamente que um medicamento não possui capacidade de curar certa doença, isso deve ser considerado por outro ente federado”.²⁵ Ou, ainda, se restar devidamente demonstrado que determinada marca de prótese ortopédica gera recorrência de retornos com fraturas pós-operatórias em pacientes, poderá ser considerada imprópria para as aquisições de mais de um órgão ou entidade.

A vedação deve se pautar em critérios objetivamente identificáveis e aferíveis (item III), não comportando avaliações e conclusões embasadas em critérios subjetivos ou imensuráveis. É fundamental que os motivos que levarem à vedação da marca sejam objetivamente compreensíveis, mensuráveis e refutáveis, garantindo o exercício da ampla defesa no processo administrativo e o respeito aos princípios da impessoalidade e da moralidade. Não devem ser admitidos e utilizados critérios que decorram do gosto pessoal, de impressões dos agentes, de suposições não demonstradas durante a utilização do bem. Do mesmo modo, as ocorrências relacionadas à insuficiência ou à inadequação do bem devem ser formal e oportunamente registradas, além de suficientemente respaldadas, com exposição de todas as circunstâncias e razões relevantes, atribuindo, desde logo, consistência à intenção de vedação.

Por se tratar de ato restritivo de direito, em estrita obediência aos preceitos constitucionais, a administração deverá instaurar processo administrativo específico que justifique, ao final, a vedação de uma marca ou modelo (item IV), visando ao pleno atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa (inciso LV, art. 5º da Constituição da República). Mesmo que relacionado a objetos, não a pessoas, sugere-se a instauração de um processo administrativo de vedação de marca ou modelo, tendo como parâmetros, de forma análoga e no que couber, o processo administrativo para apuração de responsabilidade (PAAR), previsto no art. 158 da Lei 14.133/2021, indicando-se, quando pertinente, ao menos um servidor com conhecimento técnico do objeto para compor a Comissão de Vedação.²⁶ É fundamental que o tema seja adequadamente disciplinado em regulamento, servindo de referência para a atuação de agentes públicos e demais interessados.

O processo de vedação de marca ou produto deverá ser iniciado por meio de edital – ou aviso – publicado no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e no sítio oficial da administração, de modo que qualquer empresa, não apenas a que forneceu o produto mediante o contrato administrativo, possa se manifestar. A vedação produz efeitos para além da relação travada diretamente entre a administração e seu fornecedor, afetando a todos aqueles que se virem impossibilitados de ofertar a marca em licitações e contratações diretas com a administração, daí a necessidade de ampla divulgação. Não

25 O exemplo foi extraído de HEINEN, Juliano. A “folha corrida” das marcas e produtos – “atestado de vida pregressa”. **Observatório da Nova Lei de Licitações – ONLL**. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/05/13/a-folha-corrida-das-marcas-e-produtos-atestado-de-vida-pregressa/>. Acesso em: 10 mar. 2024. Destaca-se, contudo, que no entendimento do autor, é “plenamente possível, desde que se respeite o devido processo legal, bem como exista pertinência na contratação. Assim, os produtos adquiridos e utilizados anteriormente e que não atendem a requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual podem ser comprovados a partir de informações de outros entes públicos”.

26 “Os prazos a serem observados serão – a princípio – aqueles previstos para as sanções do artigo 158 e 159, § 2º, ou seja, 15 dias para a defesa e 15 dias para as alegações finais” (SANTOS, A nova lei de licitações e o procedimento para proibição de marca, *op. cit.*).

obstante, a empresa que forneceu à administração a marca ou produto objeto da vedação deverá ser diretamente notificada, assim como, se possível, o seu fabricante, haja vista o impacto que a vedação lhe poderá causar.

A vedação deve decorrer do processo instaurado, de forma coerente, lógica e racional, evidenciando-se que a marca ou produto não atende os requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual (item V). A decisão deve, portanto, basear-se, absolutamente, nas provas colhidas ao longo do uso e nas informações constantes do processo administrativo.²⁷ Ainda, a decisão deve receber ampla publicidade, “a fim de orientar toda a administração pública e outros fornecedores que eventualmente intentem participar de licitação fornecendo o objeto já vetado”, sendo “adequado que essa publicidade seja feita no portal de licitação de cada órgão”²⁸ e, conforme entendemos, no PNCP.

Possuem legitimidade para apresentar recurso contra a decisão a empresa contratada e qualquer empresa interessada, aplicando-se ao caso o pedido de reconsideração previsto no art. 165, inciso II, da Lei n. 14.133/2021.

Por fim, cabe destacar a obrigatória observância dos princípios da segregação de funções e da impessoalidade, não se admitindo “que a imposição da vedação à contratação seja aplicada por agente público que tenha atuado no âmbito da contratação relativa ao objeto”.²⁹

4.2 Aspectos relevantes à compreensão do instituto da vedação de marca ou produto

Outros aspectos merecem ser destacados para melhor compreensão do instituto da vedação de marca ou produto: (i) a natureza jurídica da vedação; (ii) os impactos da vedação nas licitações em curso e nos contratos já em execução; (iii) o tempo de duração da vedação; e (iv) a reabilitação da marca ou produto perante a administração.

Acerca da natureza jurídica da vedação (i), há que se reconhecer certa similaridade entre os efeitos da vedação a marca ou produto e das sanções administrativas, pois ambas possuem natureza restritiva de direitos, com a diferença de que, no caso daquela, a restrição incide sobre o bem, não sobre a pessoa jurídica,³⁰ causando, por isso, em tese, menor gravame. Contudo, apesar da similaridade apontada, são

27 “Outra hipótese a ser resolvida com o microsistema dos interesses difusos e coletivos: a inversão do ônus da prova na hipótese de hipossuficiência técnica da administração pública em demonstrar a insuficiência tecnológica da marca a ser temporariamente proibida” (SANTOS, A nova lei de licitações e o procedimento para proibição de marca, *op. cit.*).

28 “Para a instauração, prosseguimento e imposição da pena genérica de vedação de marca será o registro junto ao Portal Nacional de Contratações Públicas da mesma forma que serão feitos os registros de licitações. Aliás, a realização de licitações pode – facultativamente – utilizar a plataforma do PNCP. No caso do processo administrativo de vedação de marca, a interpretação sistemática nos leva à conclusão da obrigatoriedade do uso da plataforma do PNCP, seja porque garante mais elevado grau de possibilidade de conhecimento pela marca a ser vedada (e, portanto, do exercício da ampla defesa), seja porque a nova lei de licitações prevê que o catálogo eletrônico de padronização (art. 174, § 3º) deve constar no PNCP e a vedação de marca configura um detalhamento do referido catálogo. Além disso, o PNCP dará acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), motivos que reforçam a necessidade de que todo o procedimento seja feito no seio dessa nova plataforma ou – pelo menos – encaminhado após o término do processo administrativo, caso resulte na vedação da marca. É possível (e até provável) que haja um cadastro específico das marcas vedadas já que a proibição de marca não se encaixa – nos exatos termos – às descrições do parágrafo anterior. (HEINEN, A “folha corrida” das marcas e produtos – “atestado de vida pregressa”, *op. cit.*)

29 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 554.

30 “Ainda, deve-se perceber que o inciso III do art. 41 não se confunde com a sanção de impedimento de contratar com o poder público ou com a declaração de inidoneidade (incisos III e IV do art. 156 da Lei n. 14.133/2021). O art. 41 não alberga caso de sanção, porque trata de uma opção técnica por produtos que sejam mais eficientes, deixando-se de adquirir objetos que não se mostraram qualificados. Por conseguinte, o art. 41, inciso III, indica que não se volte a comprar certos bens, enquanto que o art. 156 gera efeitos sancionatórios e impeditivos a pessoas. É dizer: o primeiro tem cunho objetivo e o segundo espectro subjetivo. Veja a diferença: imagine que a empresa “A” forneça refil para impressoras da marca “X”. Esta se mostrou muito ruim, e houve determinação para não mais se contratar esta marca. Contudo, nada impede que a mesma empresa “A” possa participar de novas licitações e fornecer um refil de marca “Y” ou “Z” ou “W”. A mesma fabricante pode possuir produtos de maior qualidade, e não estará impedida de participar de certames – o que não pode é voltar a entregar a marca rechaçada.” (HEINEN, A “folha corrida” das marcas e produtos – “atestado de vida pregressa”, *op. cit.*).

institutos distintos. Não há, como na aplicação de sanção, o objetivo de infligir castigo ao fornecedor em decorrência do descumprimento do contrato, mas, sim, de evitar que a mesma marca ou produto possa vir a ser contratado no futuro. Ainda, para que a vedação aconteça, não se exige a configuração de uma infração contratual, sendo suficiente a insuficiência da marca ou produto adquirido para o alcance dos objetivos pretendidos pela administração. Em outras palavras, mesmo a contratada tendo cumprido com todas as obrigações contraídas por meio do contrato, ou seja, mesmo tendo entregue o objeto contratado, é possível vedar a oferta futura da mesma marca ou produto, em razão de constatações negativas acerca da qualidade, do rendimento e afins, ocorridas durante o uso. Assim, pode-se afirmar que a vedação de marca ou produto é um ato administrativo restritivo de direitos, cujo objetivo imediato é evitar a oferta de marca ou produto que, comprovadamente, não produza os resultados pretendidos ou acarrete prejuízos de qualquer ordem à administração.

Sobre os impactos da vedação de marca ou produto nas licitações em curso e nos contratos já em execução (ii), pode-se afirmar que sua oferta não será aceita, sob nenhuma hipótese, na licitação, mediante expressa previsão em edital. Portanto, a decisão de vedação impacta, diretamente, a fase preparatória e, especialmente, o conteúdo da minuta do edital para a aquisição do referido bem, de modo a preservar os objetivos do instituto e a eficiência da licitação. Já em relação aos contratos em andamento, se a vedação à marca ou produto ocorrer durante a vigência do contrato administrativo, a administração poderá determinar à contratada a alteração da marca ou produto, ponderando, previamente, a eficácia da medida no caso concreto, sem prejuízo de eventuais discussões sobre reequilíbrio econômico-financeiro.

A decisão administrativa de vedação a marca ou produto não poderá produzir efeitos *ad eternum*³¹ (iii), sendo incontestável o dever da administração de possibilitar a reabilitação da marca, a qualquer tempo,³² (iv) por iniciativa de qualquer empresa interessada, mediante ensaios e testes cujos custos serão por ela suportados.³³ Os critérios para a reabilitação deverão estar dispostos de forma clara em regulamento e constar da decisão de vedação, de modo similar ao previsto no art. 163 da Lei n. 14.133/2021.

5 CONCLUSÃO

A Lei n. 14.133/2021 permite a indicação de marca ou modelo e a vedação de marca ou produto em processos de aquisição de bens, em consonância com a nova diretriz de governança nas contratações, o princípio do planejamento e a busca pela qualidade dos produtos adquiridos pela administração pública, com impacto direto na qualidade do gasto público.

A indicação de marca ou modelo não é propriamente uma novidade, pois já era possível no âmbito da revogada Lei n. 8.666/1993. A Lei n. 14.133/2021 praticamente repete condições já admitidas no regime anterior, quais sejam: a necessidade de padronização do objeto, a necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela administração, a ausência de outra marca ou modelo que atenda às necessidades da administração e, por fim, a necessidade de indicação

31 “Não se identificam, na Nova Lei, interstícios limites para a vedação de marca ou de produto. [...] Sem interstício limite, e sem preconizar novos testes do produto ou da marca, em face de requerimento do fornecedor, entrevê-se em um cenário de ‘vedação perpétua’, o que soa descabido, dando azo a previsível judicialização. A revisão periódica da decisão da vedação, seja de ofício, seja mediante pleito do fornecedor ou revendedor, é prática a ser cevada e absorvida, seja mediante regulamentação, seja mediante futura jurisprudência” (ACHE, Andrea; FENILI, Renato. **A lei de licitações e contratos**, *op. cit.*, p. 402-403).

32 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**, *op. cit.*, p. 555.

33 “Então, consideramos que pode existir uma reabilitação do contratado a qualquer momento, desde que prove, cabal e tecnicamente, que o produto deixa de apresentar vícios e passa a estar dotado de suficiente qualidade. Esta reabilitação deve ser feita perante os técnicos da administração pública, aos quais cabe formular parecer neste sentido.” (HEINEN, A “folha corrida” das marcas e produtos – “atestado de vida pregressa”, *op. cit.*).

para melhorar a compreensão da descrição do objeto, caso em que a marca ou o modelo serão meras referências.

Contudo, o assunto sempre trouxe dificuldades, especialmente relacionadas à observância do princípio da isonomia, com risco de restrição indevida da competição e direcionamento da licitação ou contratação direta. Sendo assim, o presente artigo procurou delinear alguns aspectos fundamentais à indicação da marca, repisando concepções anteriores e ainda válidas e atentando para situações que precisam ser observadas diante do novo texto legal. Tratou, também, brevemente, da padronização de bens, tema correlato à indicação de marca, destacando aspectos fundamentais para a sua compreensão.

A vedação de marca ou produto, por outro lado, é uma inovação sem precedentes. Impossibilitar nova oferta de produto de determinada marca ou produto que demonstrou ser ineficiente e ineficaz para o alcance dos resultados pretendidos pela administração é medida com amplo potencial para melhorar radicalmente o cenário das aquisições públicas. A previsão legal expressa traz segurança jurídica, mas é demasiadamente sucinta; em verdade, uma mera referência no inciso III do art. 41 da Lei n. 14.133/2021, carecendo, portanto, de adequada regulamentação. Diante disso, o presente artigo buscou explorar e trazer luz sobre o novo instituto, especialmente no tocante aos requisitos legais e ao processo administrativo que culminará na decisão administrativa.

Nesse sentido, podem ser elencados os seguintes requisitos para a vedação de marca ou modelo pela administração pública:

- (i) a vedação deve incidir sobre a marca ou produto, não sobre a empresa contratada;
- (ii) a vedação deve se referir a marcas ou objetos já adquiridos e utilizados pela administração;
- (iii) a vedação deve se pautar em critérios objetivamente identificáveis e aferíveis;
- (iv) a vedação deve decorrer de prévio processo administrativo que garanta o contraditório e a ampla defesa; e
- (v) a vedação deve ser consequência lógica das conclusões obtidas no processo administrativo.

Ainda, afiguram-se aspectos relevantes para a compreensão do instituto, conforme demonstrado neste artigo:

- (i) a natureza jurídica da vedação;
- (ii) os impactos da vedação nas licitações em curso e nos contratos já em execução;
- (iii) o tempo de duração da vedação; e
- (iv) a reabilitação da marca ou produto perante a administração.

Em conclusão, é possível afirmar que os institutos da indicação e da vedação de marca ou produto devem ser vistos como ferramentas ao alcance da administração pública para a melhoria de suas aquisições, mas precisam ser utilizados com cautela e assertividade. No especial caso da vedação de marca ou produto, uma boa regulamentação é necessária, trazendo as regras a serem seguidas na elaboração dos documentos da fase preparatória da contratação e transferidas para os editais e contratos, objetivando a clareza de tais documentos e a transparência dos procedimentos adotados.

Jamais a indicação ou a vedação de marca ou produto poderão ser realizadas de maneira injustificada, ou seja, sem a indicação expressa, formal e suficiente dos motivos que autorizam tal conduta administrativa. Especificamente acerca da vedação a marca ou produto, destaca-se o importante papel do setor requisitante e dos usuários do produto durante a sua utilização, registrando qualquer tipo de problema observado e, sempre que possível, suas consequências. É fundamental que tais ocorrências sejam formal e oportunamente registradas e suficientemente respaldadas, com exposição de todas as circunstâncias e razões relevantes, atribuindo, desde logo, consistência à intenção de vedação. Nesse contexto, todas as razões precisam ser explicitadas, atentando para a adequação dos motivos, que podem ser de natureza técnica, científica ou, até mesmo, empírica.

Diante de motivos suficientes, deverá ser aberto processo administrativo para a vedação de marca ou produto, inaugurado por um edital com ampla divulgação e conduzido por uma comissão designada, em que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa a qualquer empresa interessada em obstar a decisão administrativa de vedação, fornecedora ou fabricante. Uma vez decidida pela vedação, a administração afastará de suas contratações a marca ou produto indesejado, descartando-o sumariamente das licitações em que for apresentado, conforme previsto em edital, ou das análises relacionadas às contratações diretas. A qualquer tempo, contudo, poderá ocorrer a reabilitação da marca ou produto, por iniciativa de qualquer interessado e a seu ônus, mediante demonstração do saneamento dos problemas que levaram à vedação.

Sugere-se, por fim, para ampliar a efetividade e o acesso dos interessados à informação, bem como para possibilitar o controle social do processo administrativo de vedação de marca ou produto, a criação, junto ao Portal Nacional de Contratações Públicas, de um cadastro específico das marcas ou produtos vedados pela administração pública.

REFERÊNCIAS

ACHE, Andrea; FENILI, Renato. **A lei de licitações e contratos**: visão sistêmica: das licitações planejamento e seleção do fornecedor: arts. 1-71. 1. ed. Guarulhos, SP: Format Comunicação Gráfica e Editora, 2022.

BRITO, Isabella. Governança em contratações públicas: a transformação passa pelos meios. **Portal L&C**. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_62.pdf. Acesso em: mar. 2024.

FREITAS, Cristiano Mansur de. Nova lei de licitações: a possibilidade de a administração vedar a contratação de determinada marca ou produto. **Blog Zênite**, 21 jan. 2022. Disponível em: <https://zenite.blog.br/nova-lei-de-licitacoes-a-possibilidade-de-a-administracao-vedar-a-contratacao-de-determinada-marca-ou-produto/>. Acesso em: mar. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

HEINEN, Juliano. A “folha corrida” das marcas e produtos – “atestado de vida pregressa”. **Observatório da Nova Lei de Licitações – ONLL**, 17 jun. 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/05/13/a-folha-corrida-das-marcas-e-produtos-atestado-de-vida-pregressa/>. Acesso em: mar. 2024.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MENDES, Raul Armando. **Comentários ao estatuto federal das licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MUKAI, Toshio. Parecer inédito dado para a Companhia Vale do Rio Doce em 25 de novembro de 1994. **Informativo Licitações e Contratos – ILC**, Zênite, Consulta em Destaque – 628/66/AGO/99.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

NÓBREGA, Marcos. Do planejamento das compras. *In*: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; TAMARÃO, Tatiana (Coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A Nova Lei de Licitações: um museu de novidades? **Consultor Jurídico**, 23 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades>. Acesso em: mar. 2024.

REVERBERE Podcast #03 – Vedação de contratação de marca ou produto na NLL, produzido pelo Portal L&C. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=4o1xGoJ_RZE. Acesso em: mar. 2024.

RODRIGUES, Eduardo Azeredo. **O princípio da padronização**. Disponível em: https://www.zenitefacil.com.br/pesquisaDocumento?task=GET_DOCUMENTO&idDocumento=28C27477-71BF-40AC-9261-2B80B4B3048B. Acesso em: mar. 2024.

SANTOS, Laércio José Loureiro dos. A Nova lei de licitações e o procedimento para proibição de marca. **Migalhas de Peso**, 4 ago. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/349627/a-nova-lei-de-licitacoes-e-o-procedimento-para-proibicao-de-marca>. Acesso em: mar. 2024.

SOUTO MAIOR FILHO, Marcos Antônio. Princípio e processo de padronização e a utilização de marca. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 322, 25 maio 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5220>. Acesso em: mar. 2024.

STROPPIA, Christianne de Carvalho. Artigos 1º a 4º. *In*: DAL POZZO, Augusto; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada**: Lei 14.133/21. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

STROPPIA, Christianne de Carvalho; PÉRCIO, Gabriela Verona. O Processo de Padronização e o Instituto do “carona”. *In*: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; MARÇAL, Thaís. **Estudos sobre a Lei 14.133/2021**: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: JusPodivm, 2021.

REGIME DE NULIDADES E INTERESSE PÚBLICO NA LLCA: EVOLUÇÃO E RESSIGNIFICAÇÃO

ANNULMENT AND PUBLIC INTEREST IN PUBLIC PROCUREMENT LAW: EVOLUTION AND RESSIGNIFICATION



Karina Houat Harb

Mestre e Doutora em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora nos cursos de graduação em Direito da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS) e de Pós-Graduação em Direito Administrativo da PUC-SP e da Escola de Gestão e Contas do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Professora na Pós-Graduação em Direito Público da Escola Paulista de Magistratura de São Paulo, da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo e da Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Membro fundadora e Diretora Adjunta do Instituto de Direito Administrativo Sancionador (IDASAN). Membro do Instituto de Direito Administrativo Paulista (IDAP). Presidente da Comissão de Estudos sobre Licitações do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Assessora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Advogada.

Valdir Godoi Buqui Netto

Mestre em Ciências Humanas pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Administrativo pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Assessor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Advogado.

Sumário: 1. Introdução; 2. Um passeio histórico: teoria das nulidades e interesse público e outras breves ponderações; 2.1. Teoria das nulidades dos atos e contratos administrativos; 2.2. O conceito de interesse público; 2.3. Outras breves considerações; 3. Interesse público e regime de nulidades na Lei n. 14.133/2021; 4. Proposta de interpretação do regime de nulidades e do interesse público; 5. Considerações finais; Referências.

Resumo: A Lei n. 14.133/2021 alterou o regime geral de licitações e contratos administrativos e introduziu novo regime de nulidades. O novo regime contempla a previsão de análise de elementos financeiros, sociais e de governança na decisão pela anulação ou manutenção de contratos administrativos eivados de irregularidades. Este artigo propõe reflexões sobre o novo regime de nulidades, com base na doutrina antecessora, e uma proposta de leitura dos artigos 147 a 150 da nova lei.

Abstract: The public procurement and administrative contracts regime were altered by Act 14.133/2021, which also introduced new annulment provisions for public acts. The new annulment regime encompasses an analysis of financial, social and governance elements in the decision to annul or maintain a State Contract riddled with irregularities. This article aims to reflect upon this new regime, taking for basis the predecessor doctrine on the matter, and to propose an interpretation of articles 147 to 150 of the Act.

Palavras-chave: Regime de nulidades. Contratos administrativos. Indenização. Interesse público. Licitações.

Keywords: Annulment provisions. Administrative contracts. Restitution. Public interest. Public procurement.

1 INTRODUÇÃO

O regime geral de licitações e contratos administrativos, introduzido pela Lei n. 14.133/2021, entre muitas análises possíveis, unificou institutos jurídicos relevantes desenvolvidos ao longo dos anos de vigência da Lei n. 8.666/1993, adotou entendimentos jurisprudenciais e administrativos de órgão de controle, atualizou procedimentos e liquidou “os saldos” do que “funcionou até o momento”. Em suma, *uma lei que vale pelo que revoga*, nas palavras de Marques Neto.¹ As inovações contidas na norma são mais modestas do que se alardeou, porém, meritórias: a relevância de um adequado planejamento público de contratações, a incorporação da inversão de fases como regra, a possibilidade de adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias, o respeito ao procedimento nos processos de contratação, a introdução de procedimentos auxiliares às licitações, todos poderiam ser singularizados como bem-vindas novidades da legislação.

Entre as inovações previstas na norma, faz-se necessário o destaque ao regime de nulidades de atos e contratos administrativos, contido nos artigos 147 a 150 da lei. O regime propõe alteração substancial do posicionamento normativo estabelecido desde meados da década de 1980 e sinaliza a mudança do entendimento até o presente momento reportado na doutrina e aplicação da lei. Os artigos 147 e 148, particularmente, contêm regramento que propõe à administração pública um dever de convalidação de atos e contratos viciados e outro de manutenção de seus efeitos que destoa muito do que se compreendia anteriormente.

A partir de um rol enumerativo inscrito no *caput* do art. 147, a decisão pela suspensão ou pela anulação de contrato deverá levar em conta uma série de fatores sociais, econômicos e financeiros, para se configurar como medida de *interesse público*. Assim, a proposta da norma é o tratamento da anulação como *ultima ratio* para atos e contratos administrativos cujas irregularidades, ainda que não sejam convalidáveis, sejam desproporcionalmente mais gravosas que os fatores sociais, econômicos e financeiros por ela impactados.

Aparentemente, o *interesse público* contido no *caput* do art. 147 oscila entre o pragmatismo dos efeitos do restabelecimento do *status* jurídico anterior à produção do vício ocasionado pela anulação e a manutenção de atos ou contratos cujos vícios não se possa convalidar, mas que se precifique a extensão dos danos por eles gerados. O *interesse público* cingido entre a legalidade estrita da atuação administrativa e as consequências jurídicas, administrativas e sociais da manutenção de atos e contratos viciados.

O amplo rol contido no art. 147 somado à oscilação dos *interesses públicos* identificáveis no mesmo artigo indicam a prevalência da ponderação do *prejuízo* advindo da anulação como a motivação administrativa na tomada de decisão. Essa perspectiva representa alteração normativa cuja aplicação deverá ser acompanhada minuciosamente, a fim de se evitar abusos e, ao mesmo tempo, sistematizar boas práticas realizadas pela administração pública.

O objetivo do presente artigo é a exploração desse novo regime de nulidades e do emprego da expressão *interesse público*, a partir do resgate de perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais anteriores e da análise do atual cenário normativo do Direito Administrativo.

No segundo item, far-se-á o resgate doutrinário necessário dos regimes de nulidades anteriores, do conceito de interesse público e seu debate doutrinário e de outras considerações necessárias. No

1 MARQUES NETO, F. P. A. Uma lei que vale pelo que revoga. Uma panorâmica sobre a Lei n. 14.133/2021. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XLII, n. 153, mar-2022.

terceiro item, far-se-á a análise do novo regime de nulidades da Lei n. 14.133/2021. E, no quarto item, serão tecidas as propostas de leitura do novo regime; seguidas das considerações finais.

2 UM PASSEIO HISTÓRICO: TEORIA DAS NULIDADES E INTERESSE PÚBLICO E OUTRAS BREVES PONDERAÇÕES

2.1 Teoria das nulidades dos atos e contratos administrativos

Para o tratamento do regime das nulidades e sua interlocução com o interesse público, faz-se necessária a fixação de marcadores temporais para tornar factível a análise do objeto e estabelecer os diálogos necessários, situando a análise a partir da segunda metade do século XX, apesar de existirem interessantes estudos antecessores, como em Giacomuzzi.² Parte-se da década de 1960, por três acontecimentos fulcrais à discussão que se propõe este artigo: a promulgação da Lei de Ação Popular, Lei n. 4.717/1965; a edição do Decreto-Lei n. 200/1967; e a publicação da Súmula n. 473, em 1969, pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

O Decreto-Lei n. 200/1967, fruto da análise e complementação de trabalhos anteriores iniciados em 1963, ainda sob o Governo João Goulart – notadamente a Comissão Amaral Peixoto –, reorganizou a administração pública nacional, introduzindo categorias que seriam integradas à formação do Estado brasileiro, como a descentralização administrativa, o planejamento e orçamento, a disposição da administração indireta e o controle da atividade pública. A reforma impactou grandemente a forma organizacional e as estruturas de atuação da administração pública, “boa parte dos arranjos institucionais introduzidos pela Reforma Administrativa hoje são considerados indispensáveis para a organização e funcionamento da Administração Pública”.³

Em dezembro de 1969, foi editada a Súmula n. 473, do Supremo Tribunal Federal, que continha o seguinte texto: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”, baseando-se nos seguintes precedentes do Supremo: RMS 16935, MS 12512, MS 13942 e RE 27031. Contrapostos os precedentes, faz-se notar um tópico subjacente a todos: a preservação de direitos adquiridos. Isto é, ao delinear o exercício da autotutela da administração pública, o Supremo Tribunal Federal ressalva da reanálise dos atos administrativos os efeitos que constituírem direitos adquiridos aos destinatários de tais atos, reconhecendo-se o primado da segurança jurídica e da estabilidade dos efeitos jurídicos. O entendimento firmado pelo STF ecoa há anos na doutrina e jurisprudência pátrias, tendo o legislador incorporado o entendimento nos artigos 53 a 55 da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei n. 9.784/1999).

A promulgação da Lei de Ação Popular, em 1965, introduziu no regime brasileiro a parametrização de invalidação, convalidação e anulação dos atos administrativos. Os dispositivos constantes dos artigos 2º a 5º construíam a teoria da nulidade e defeitos dos atos administrativos, vigente na atualidade e utilizada como parâmetro normativo pela doutrina.⁴ O projeto de lei que regulamentou a ação popular – figura jurídica que já aparecia constitucionalmente desde a Constituição de 1824⁵ – foi encabeçado,

2 GIACOMUZZI, J. G. A Supremacia do interesse público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal durante a República Velha. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 263, p. 221-250, 2023.

3 SALINAS, N. S. C. Reforma administrativa de 1967: a reconciliação do legal com o real. In: MOTA, C. G.; SALINAS, N. S. C. (Coord.). **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro. 1930-dias atuais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 453-482.

4 MEDAUAR, O. **Direito Administrativo moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

5 FEDERIGHI, W. J. Lineamentos da ação popular constitucional. **A vida dos direitos nos 30 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019.

entre outros, pelo administrativista Miguel Seabra Fagundes, que, já havia alguns anos de produção acadêmica e magistratura, propunha teoria própria da análise de vícios dos atos administrativos, na qual se compreendia a classificação entre atos nulos, absolutamente inválidos; atos anuláveis, relativamente inválidos; e atos irregulares, com defeitos leves.⁶

A menção à teoria de Seabra Fagundes é particularmente curiosa, pois o jurista defendeu à sua época que houvesse a avaliação dos efeitos concretos do ato viciado, anteriormente à sua invalidação ou à sua anulação. O autor defendia que houvesse a análise *concreta* da repercussão do ato viciado sobre o *interesse público* protegido, sob o risco de a invalidação ensejar violação ainda maior de tal *interesse*⁷ – nota-se, assim, a gestação da aplicação de métricas de *prejuízo* e *proporcionalidade* à invalidação. Ainda que instigante a visão para a época, as conclusões das categorias propostas por Seabra Fagundes ainda recaem no binômio: atos nulos, supressão de todos os efeitos, atos anuláveis, preservam-se efeitos terminados; e os atos irregulares manter-se-iam.

Apesar do papel proeminente na regulamentação federal da Lei de Ação Popular, Seabra Fagundes estava longe de ser doutrina majoritária entre os administrativistas brasileiros no que concerne à invalidação dos atos administrativos. Hely Lopes Meirelles, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Tito Prates da Fonseca capitanearam posições de doutrina que entendiam diversamente de Seabra Fagundes.

Tito Prates da Fonseca e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello defendiam que as categorias do Direito Privado, referentes a atos nulos e anuláveis, seriam aplicáveis ao Direito Público, caracterizando-se o sistema de Direito Administrativo por algumas peculiaridades, similares à concepção encrustada na Súmula n. 473 do STF, como a possibilidade de convalidação dos atos anuláveis, em contraposição aos atos nulos, impassíveis de convalidação; atos nulos prescreveriam *longi temporis*, ao passo que os atos anuláveis prescrevem *brevi temporis*⁸ – Oswaldo Aranha Bandeira de Mello consolidou seu entendimento no fim da década de 1970, publicando a obra *Princípios gerais de Direito Administrativo*.

Completando-se a tríade de posições relativas à teoria da invalidação dos atos administrativos, há que se destacar a obra de Hely Lopes Meirelles, cujo entendimento se firma sobre duas premissas fundamentais: ao contrário da obra de Bandeira de Mello e Fonseca, Meirelles pugna pela impossibilidade de transposição da teoria civilista para o Direito Administrativo, pois, ao contrário dos indivíduos que podem dispor de suas prerrogativas, o interesse público é indisponível. Dessa forma, atos viciados sempre caracterizarão ofensa a um interesse público – logo, a anulação seria a única opção possível à incolumidade da legalidade da atuação pública.

Para além da obra de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, há que se destacar, na década de 1970, a obra de Antônio Carlos Cintra do Amaral, para quem a categorização dos atos viciados recairia exclusivamente entre atos convalidáveis e inconvalidáveis, distinguindo-se entre si pela capacidade de a administração pública reparar os vícios neles contidos, o que induz à categorização dos tipos de vícios de invalidade com base em sua possibilidade de convalidação.

A pressão por abertura política que se seguiu pela década de 1980, aliada às análises de doutrinadores que buscavam a limitação de poderes discricionários e atos de abuso e desvio de poder, criou um ambiente de reboiços institucionais, desenvolvimento de teorias pesadamente voltadas à proteção das garantias individuais e coletivas em face da atuação do Estado – em outro cenário, a atuação de

6 FAGUNDES, M. S. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

7 *Ibidem*.

8 MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

administrativistas em esferas municipais e estaduais primou pelo desenvolvimento de organizações mais pragmáticas e racionalizadas.⁹

Nessa senda, o primeiro governo civil instituído busca revisar o modelo de licitações e contratos públicos, iniciativa sobre a qual já se detivera o regime da ditadura militar, e que se materializou no Decreto-Lei n. 2.300/1986. O decreto atualiza procedimentos, inova, institui o primado da publicidade e incorpora diversas figuras jurídicas – interessante notar que o texto decretal adveio de projetos apresentados por Hely Lopes Meirelles, assim refletindo suas teorias e posicionamentos.

Particularmente, para os fins deste artigo, há que se indicar de pronto os artigos 39 e 49 do decreto, nos quais se desenha a teoria de nulidades e de revogação de licitações e contratos administrativos, que será posteriormente repetida na revisão de 1993. Diferentemente das disposições contidas na Lei n. 4.717/1965, as disposições previstas no Decreto-Lei n. 2.300/1986 em muito pouco consideravam a convalidação de atos referentes à condução das licitações públicas, silenciando ainda mais profundamente sobre a gestão e a execução de contratos administrativos.

Simultaneamente, o processo de transição para um Estado Democrático de Direito culminou na Assembleia Nacional Constituinte, convocada em 1985, tendo operado por vinte meses e finalizado com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988. A reinauguração do período democrático e a edição de uma Constituição, extensa e densa em funções, atribuições e competências do Estado, reacenderam as discussões entre todas as searas do Direito, incluso o Direito Administrativo.

Os debates parlamentares introduziram diversas temáticas para submissão à atividade legislativa. Certo contingente dessa legislação veio substituir diplomas normativos pouco democráticos em sua edição – como decretos-leis. Nesse espírito, um novo regime geral de licitações e de contratos administrativos foi aprovado em 1993: a Lei n. 8.666 – que vigeria por quase trinta anos, tendo sido integralmente substituído pela Lei n. 14.133/2021.

O regime de 1993 repetia grandemente as disposições do Decreto-Lei n. 2.300/1986, incluindo-se o regime de nulidades: os artigos 49 e 59 da Lei n. 8.666/1993 repetem a fórmula estabelecida nos artigos 39 e 49 do decreto, qual seja, o interesse público fundamenta a revogação da licitação, a nulidade da licitação implica a do contrato, a nulidade do contrato opera efeitos retroativos, desconstitui o negócio jurídico e nulifica seus efeitos, ressalvada a possibilidade de indenização do terceiro desde que não tenha contribuído para a nulidade.

Os desdobramentos que se seguiram na década de 1990 e início dos anos 2000 incluíram: o desenvolvimento de novas legislações e a reorganização do Estado a partir do modelo gerencial, conforme a reforma administrativa da década de 1990, a edição da lei de concessões e a adoção do modelo regulador baseado em agências. O turbilhão de legislações e reestruturações do Estado brasileiro conferiu muitos tópicos de discussão e estudo entre administrativistas.

Nomeadamente, quanto à convalidação e à anulação dos atos administrativos, há que se mencionar a Lei n. 9.784/1999, a Lei de Processo Administrativo Federal, em cujo texto, como já mencionado, constam os artigos 53 a 55, nos quais foi inserida a disposição de exercício de autotutela da administração pública, resguardando-se os direitos adquiridos de indivíduos abarcados pelo ato, de acordo com as condicionantes da súmula de 1969, tendo a lei de 1999 inovado ao inserir prazos decadenciais e condicionantes à convalidação.

9 SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Os estudos referentes à teoria de nulidades, invalidades e convalidação são inúmeros, impossível seu levantamento integral. Portanto, a discussão será situada nos termos acima traçados, permitindo apenas a menção necessária aos estudos desenvolvidos por Weida Zancaner, que aprofunda imensamente a análise da convalidação e da invalidação de atos administrativos, circunscrevendo o exercício discricionário e asseverando que ao administrador é conferido pelo ordenamento o dever de convalidação e o dever de invalidação, acaso sejam vislumbrados vícios sanáveis e insanáveis, respectivamente, não havendo espaço à liberalidade de invalidação;¹⁰ e aos estudos de Ricardo Marcondes, cuja análise, dotada de certo pragmatismo, vislumbra as hipóteses de estabilização dos efeitos do ato viciado e considera o dever de ponderação do administrador quando da convalidação ou da correção da situação jurídica de determinados atos administrativos.¹¹

Para além da doutrina e da legislação, a crescente e mais sistematizada jurisprudência de órgãos de controle externo dos atos da administração pública, que, ao apreciar as nulidades de licitações e contratos administrativos, proferiram, ao longo dos anos, decisões cujo teor foi consolidando a concepção de prejuízo, isto é, a ideia de que a medida corretiva ensejará danos mais significativos ao interesse público que a sua convalidação. Nesse sentido, pode-se citar o REsp 56/017/RJ, julgado em 1997, e o REsp 300.116/SP, julgado em 2001, nos quais o Superior Tribunal de Justiça (STJ) adicionou elementos aos ditames da Súmula 473, graduando as possibilidades e deveres da anulação de atos administrativos.

As Cortes de Contas, destacando-se o Tribunal de Contas da União (TCU), por se desdobrarem mais correntemente sobre as contratações públicas, acabaram por influenciar muito a elaboração de entendimentos sobre proporcionalidade das medidas tomadas pela administração pública para o saneamento de vícios em licitações e contratos administrativos – parte desses entendimentos, inclusive, acabou por ser positivada pela Lei n. 14.133/2021. Destacam-se os entendimentos firmados nos Acórdãos 1.597/2010, 2.789/2013, 1.326/2014, 3.092/2014 e 1.823/2017, nos quais se vislumbram a ponderação entre princípios, o prejuízo implícito de invalidação dos atos administrativos, o aproveitamento de atos não atingidos pelos vícios, entre outros.

2.2 O conceito de interesse público

Tal qual realizado no item anterior, há que se estabelecer um recorte específico para discussão sobre o conceito de interesse público e seu espaço no Direito Administrativo. Para tanto, o recorte que se objetiva analisar parte do debate ascendente a partir do fim da década de 1990, protagonizado, de início, pela faceta da supremacia do interesse público sobre o privado enquanto pressuposto constitutivo do Estado de Direito. Parte-se a proposta de debate em dois caminhos: o primeiro traduz a impossibilidade de se falar em *interesse público*, singular, a partir da pluralidade de *interesses públicos* que integram a sociedade contemporânea, representado por Daniel Sarmento,¹² Gustavo Binbenojm,¹³ Humberto Ávila,¹⁴ Alexandre Santos de Aragão,¹⁵ Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁶; e

10 ZANCANER, W. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

11 MARCONDES, R. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

12 SARMENTO, D. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, D. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

13 BINENBOJM, G. Da supremacia do interesse ao público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, D. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

14 ÁVILA, H. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, D. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

15 ARAGÃO, A. S. de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, D. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

16 MARQUES NETO, F. P. A. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

o segundo, que sustenta a relevância do conceito no ordenamento pelas múltiplas possibilidades que representa, não havendo inviabilidade conceitual do princípio, capitaneados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹⁷ Daniel Wunder Hachem,¹⁸ Marçal Justen Filho,¹⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰ e Carlos Vinicius Ribeiro²¹.

A obra *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, de organização do jurista Daniel Sarmento, publicada originalmente em 2005, reúne diversos artigos relevantes para o debate ora apresentado. Entre eles, destacam-se as produções de Alexandre dos Santos Aragão, Humberto Ávila, Gustavo Binzenbojm e Daniel Sarmento. Em distintos artigos, os doutrinadores dissertam sobre, essencialmente, os seguintes aspectos do conceito de *interesse público*, à luz da Constituição de 1988:

- (i) o passado marcadamente autoritário e insubmisso a controles externos da própria administração pública relegaria ao conceito de interesse público sua interpretação de manutenção de estruturas antidemocráticas;²²
- (ii) a indeterminabilidade abstrata do conteúdo do conceito o tornaria inconciliável com a nova ordem constitucional e com interesses privados;²³
- (iii) a pluralidade de contextos e de fragmentação das sociedades contemporâneas renderia perpétua crise ao conceito e à sua determinação;²⁴
- (iv) a indeterminação do conceito poderia abrir caminhos a autoridades públicas para sua malversação;²⁵
- (v) a pluralidade de sociedades complexas importaria em não apenas um interesse público, mas múltiplos.²⁶

Essencialmente, portanto, apresenta-se como pontuações acerca do conceito de interesse público: sua natureza potencialmente autoritária, que serviria a autoridades que o manuseassem de forma a abusar ou desviar o poder de que são imbuídos seus atos, para implementar ou dar *enforcement* a atos administrativos cujo respaldo não poderia contemplar a multiplicidade de interesses que compõem, efetivamente, a esfera pública, sem que haja desconsideração de outros interesses legítimos – uma vez que a indeterminação semântica do conceito, justificção primeira de sua inadequação, traria consigo mais leniência com *abusos* que garantias de atenção a *interesses* supraindividuais.

17 DI PIETRO, Maria S. Z. **Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Forense, 2021.

18 HACHEM, D. W. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

19 JUSTEN FILHO, M. Conceito de interesse público e “personalização” do direito administrativo. In: **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n. 26, 1999.

20 MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. MELLO, O. A. B. de. **Princípios gerais do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

21 RIBEIRO, C. V. A. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, M. S. Z.; RIBEIRO, C. V. A. (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

22 BINENBOJM, Da supremacia do interesse ao público ao dever de proporcionalidade, *op. cit.*

23 ÁVILA, Repensando o “princípio da supremacia” do interesse público sobre o particular, *op. cit.*

24 SARMENTO, Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional, *op. cit.*

25 *Ibidem*.

26 ARAGÃO, A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo, *op. cit.*

Em relevante obra antecessora, Floriano Marques Neto já alertava sobre as “crises” que sofria o conceito de *interesse público*, bifurcando-as em *crises endógena* e *exógena*.²⁷ A primeira crise, endógena, faria referência à própria elasticidade e amplitude do conceito de legalidade aplicado à justificação política da intervenção estatal, isto, pois, o modelo de Estado liberal clássico contrapunha a extensão da atuação do Estado às liberdades e prerrogativas individuais, identificando-se com mais clareza a extensão do conteúdo do interesse público e os limites da legalidade na atuação estatal. Para o autor, o advento do Estado de Bem-Estar Social, de ação mais intervencionista e de prestação positiva, impôs à legalidade da atuação administrativa o reconhecimento de múltiplos interesses coletivos, representados pela pluralidade de indivíduos e de grupos, multiplicando-se o que seria compreendido como interesse público a partir do que fora inscrito em textos normativos, em atribuição à legalidade, de elementos interpretativos mais complexos.

Já a crise exógena do conceito de interesse público se refere à pluralidade de fenômenos econômicos, sociais e políticos da contemporaneidade que colocam em xeque a percepção de centralidade e unilateralidade da tomada de decisão pelo Estado, pulverizando o monopólio do poder político que lhe fora atribuído em momento histórico anterior. Marques Neto justifica a crise exógena pela diluição da dicotomia público/privado na pluralidade de grupos e de interesses coexistentes na sociedade; pela emergência de impérios econômicos supranacionais que pugnam por um assento à mesa na tomada de decisões; pela potencial sobreposição de interesses públicos e privados; e, por fim, pela pluralidade de interesses tutelados pelo Estado, que por vezes supera a própria coletividade, rendendo o conceito de interesse público inservível, por seu conteúdo *demasiadamente* genérico.²⁸

Na contramão dos autores acima citados, embora lhes reconheçam a relevância no debate, a segunda corrente propõe que a plurissignificação do conceito é, ao revés, vantagem de sua concepção e não lhe imporia amarras, pois o sistema cuidaria de abusos e de desvios, e que a amplitude conceitual, em seu benefício, lhe atribui a elasticidade necessária à atuação administrativa. Di Pietro afirma que “em um Estado que adota, a partir do preâmbulo da Constituição, a ideia de uma sociedade pluralista, está afirmada a existência de diversidade de opiniões, de ideais, de culturas, de religião, de classes sociais, cada qual com seus próprios interesses”,²⁹ ao passo que Justen Filho destaca que a indeterminação do conceito não seria um defeito de sua existência, mas o permissivo para sua utilização mais adequada ao pragmatismo de sua aplicação.³⁰ Assim, refutar-se-iam as alegações doutrinárias de que a indeterminação do conceito de interesse público tornaria sua aplicação autoritária e arbitrária, ao se reconhecer que a pluralidade de *interesses públicos* que compõem a esfera pública foi contemplada pela Carta Magna, sendo a indeterminação conceitual relevante, justamente, para abarcar interesses tão plurais quanto, por vezes, conflitantes. Carlos Vinicius Ribeiro, inclusive, ressalta que atos de desvio e abuso de poder, teratologias da ação administrativa, utilizam inadequadamente o interesse público, porém, não poderiam determinar seu afastamento.³¹ Por fim, insta destacar que Hachem sumariza a crítica ao refutar que o conceito de *interesse público* não reconhecia a multiplicidade de interesses nele contidos e que tal acolhida jamais teria sido questionada pela doutrina, que sempre a recepcionou.³²

Ainda sobre a corrente que defende a relevância do conceito de interesse público e seus desdobramentos como essenciais ao Direito Administrativo, há que se destacar as explanações de

27 MARQUES NETO, **Regulação estatal e interesses públicos**, *op. cit.*

28 (MARQUES NETO, 2002)

29 DI PIETRO, M. S. Z. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

30 JUSTEN FILHO, Conceito de interesse público e “personalização” do direito administrativo, *op. cit.*

31 RIBEIRO, C. V. A. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, M. S. Z.; RIBEIRO, C. V. A. (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

32 HACHEM, **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**, *op. cit.*

Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “ninguém duvida da importância da noção *jurídica* de interesse público”.³³

Entre tantos outros méritos e contribuições à doutrina nacional, Bandeira de Mello protagonizou a difusão no Brasil do conceito de *interesse público* traçado por Renato Alessi, na Itália, tendo influenciado gerações de administrativistas, legisladores e aplicadores do Direito nacionais. Em apertadíssimo resumo, sustentam Alessi e Bandeira de Mello que o *interesse público* que embasaria a atuação do Estado em suas múltiplas potencialidades (poder político, constrição de direitos individuais, limitação de direitos, expansão de direitos, entre outras) é a designação do *interesse coletivo, primário*, composto da dimensão pública de direitos individuais agrupados, direitos transindividuais e direitos coletivos, em sua condição de *partícipes* da sociedade; outros interesses, como os interesses fazendários e do Estado enquanto pessoa jurídica, não seriam interesses públicos, mas interesses secundários.

Assim, de uma parte, tem-se a corrente que entende que o *interesse público*, concebido a partir da separação das funções executivas – particularmente sob o viés da supremacia do interesse público sobre o particular –, representa passado autoritário da atuação administrativa, é dotado de indeterminabilidade teratológica que lhe frustraria a aplicação, sendo necessário o reconhecimento da pluralidade de *interesses públicos* que integram a esfera pública, em migração dirigida à ponderação de *interesses*, e não à supremacia do indecifrável interesse público.

De outra mão, a segunda corrente defende que a noção de *interesse público*, no sistema vigente, já contemplaria a multiplicidade de interesses públicos que compõem a sociedade, em permanência do conceito como justificador da atuação pública e sua porosidade como desejável à recepção de novas demandas sociais.

De mais a mais, há convergência de doutrinadores quanto à pluralidade compositiva dos *interesses públicos* e a aplicação da proporcionalidade como fórmula de ponderação da primazia de um *interesse público (primário)* sobre *outro interesse público (primário)*. Ao se considerar o controle dos atos, em exercício de autotutela ou controle externo, no entanto, a evolução da convergência ainda é tímida, caracterizando-se o *interesse público* resguardado pela convalidação ou anulação dos atos por sua habilidade de restauração do *status quo ante jurídico* – logo, a primazia da legalidade.

2.3 Outras breves considerações

De forma encurtada, fazem-se breves considerações sobre outras evoluções legislativas, sociais e estruturais que ocorreram de meados dos anos 1990 até a atualidade e que fornecem auxílio à compreensão da evolução da burocracia e do Estado brasileiro nos mais de trinta anos desde a redemocratização.

Os planos de reforma do Estado iniciados pelo Programa Nacional de Desestatização alteraram a forma de organização estabelecida a partir do Decreto-Lei n. 200, de 1967. A opção pelo acesso aos mercados para a exploração de infraestrutura e a abertura e internacionalização de mercados subverteram a racionalidade de construção de administração indireta para a execução por terceiros privados de diversas funções antes monopolizadas pelo Estado, tal qual telecomunicações. A Lei n. 8.987/1995 – regime geral de concessões – conferiu procedimento ao art. 175 da Constituição de 1988 e estabeleceu um regime autárquico de supervisão ministerial e regulação da atuação privada, ensejando a criação de diversas agências reguladoras (ANP, Anvisa, ANTT, ANA, Anatel, Aneel, Antaq, Anac)³⁴, dotadas de distintas práticas

33 MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

34 Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis do Brasil, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Agência Nacional de Transportes Terrestres, Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, Agência Nacional de Telecomunicações, Agência Nacional de Energia Elétrica, Agência Nacional de Transportes Aquaviários e Agência Nacional de Aviação Civil.

regulatórias e que estabeleceram diversos regimes e instrumentos de sanções, estímulos e diálogos. Em 2019, foi aprovada a Lei n. 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.

No plano das contratações públicas, a aprovação da Lei n. 8.666/1993 sistematizou as compras e contratações públicas, muito similar ao Decreto n. 2.300/1986. A reestruturação, ampliação e universalização de certos serviços públicos exigiram dos entes federativos a realização de aquisições de bens simples de forma mais célere, culminando na aprovação da Lei do Pregão (Lei n. 10.520/2002) e na regulamentação do Sistema de Registro de Preços em nível federal pelo Decreto n. 3.931/2001. Anos mais tarde, em cenário no qual o Brasil sediaria a Copa do Mundo de Futebol de 2014 e as Olimpíadas de 2016, no Rio de Janeiro, foi aprovado o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) pela Lei n. 12.462/2011, inicialmente voltado aos aprimoramentos relativos à infraestrutura dos eventos esportivos, mas cujos impactos positivos na aceleração, principalmente, de obras públicas, foram estendidos para ações do então vigente Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), obras de engenharia no Sistema Único de Saúde (SUS), obras de ações e intervenções urbanísticas e de habitação social, entre outras.

A expansão e a estruturação de serviços públicos, somadas a sucessivas crises fiscais advindas já de décadas de instabilidade monetária e endividamento internacional, aumentaram e complexificaram a perspectiva de controle das ações públicas, em clara demanda por maior transparência, adequação e eficiência dos gastos públicos. Em esforços legislativos, notam-se a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1991), a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2001), a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013), entre tantas outras.

No que tange à expansão das políticas públicas, há que se destacar a pluralidade de demandas sociais e de grandes programas nacionais aprovados, particularmente nas primeiras décadas do século XXI, de grande impacto no desenvolvimento e articulação de programas nacionais, como SUS (Lei n. 8.080/1990), Sistema Único de Assistência Social – Suas (Lei n. 8.742/1993), Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (Lei n. 9.394/1996), Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), Política Nacional de Saneamento Básico (Lei n. 11.445/2007, alterada em 2020), Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n. 12.305/2010), Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei n. 12.587/2012), entre outros.

Essa imensa interlocução entre atividade legislativa e políticas públicas, consequentemente incensando os debates de aplicação das normas pelos entes federativos, densificou campos significativos de estudo, pesquisa e aplicação de conhecimentos de forma inter e transdisciplinar, em fortalecimento do controle social, da sociedade civil e de organizações não governamentais, cuja profissionalização e cujo aprofundamento da atuação são notáveis após a redemocratização. Marcas da interdisciplinaridade entre estudos jurídicos e o campo das políticas públicas foram brilhantemente apontadas por Juliana Palma, em sistematização e compilação de estudos desenvolvidos a partir do início do século XXI, demonstrando o interesse crescente de juristas em analisar a atividade do Estado sob distintos vieses.³⁵

Finalmente, ressaltam-se iniciativas legislativas do fim da década de 2010 até os dias atuais, que buscam atualizar o regime normativo e inovar, em certa medida, o cenário doutrinário e de aplicação do Direito Público no Brasil, com particular destaque à inclusão de dez novos artigos à Lei de Introdução das Normas Brasileiras (LINDB), voltados à aplicação do Direito Público (Lei n. 13.655/2018), que introduz paradigmas relevantes ao controle e à revisão de atos e contratos administrativos, em destaque para o pragmatismo da atuação administrativa. A revisão do exercício de poderes normativos e reguladores

35 PALMA, J. B. Direito Administrativo e políticas públicas: o debate atual. In: **Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

do Estado foi introduzida pela Lei n. 13.874/2019, chamada de Lei de Liberdade Econômica. E, em 2021, tem-se a revisão substancial da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 14.230/2021) e a aprovação da Lei n. 14.133, que introduz novo regime geral de licitações e contratos administrativos, que unifica instrumentos jurídicos anteriormente vigentes (pregão), revoga instrumentos ultrapassados (licitação convite), inova instrumentos (diálogo competitivo), incorpora entendimentos consolidados de órgãos de controle externo, entre tantas outras análises que se faz da nova lei.

Como se pode notar do que foi reproduzido, ainda que de forma sumária, o Estado e a democracia nacionais estão em constante e substantivo aprimoramento pela atuação administrativa, pela sociedade civil e pela atividade legislativa. A compreensão da quadra histórica em que se inserem tantas alterações legislativas e interlocuções sociais é fundamental para que a aplicação da norma esteja alinhada ao sistema jurídico brasileiro e que se firme a juridicidade da conduta administrativa.

3 INTERESSE PÚBLICO E REGIME DE NULIDADES NA LEI N. 14.133/2021

Ao se contrapor a textualidade das Leis n. 8.666/1993 e n. 14.133/2021, nota-se que a expressão “interesse público” é empregada em número superior de vezes na legislação mais recente, nove vezes na primeira contra treze vezes na segunda, com inúmeras repetições entre si – quando não transcritas de forma idêntica –, que por sua vez remontam à redação elaborada por Hely Lopes Meirelles no Decreto-Lei n. 2.300/1986,³⁶ como já antecipado por Marques Neto em salutar artigo.³⁷

Arrisca-se afirmar que as duas inovações mais significativas da expressão “interesse público” na Lei de Licitações e Contratos Administrativos de 2021 seriam sua consagração enquanto princípio de observação de aplicação da lei, no artigo 5º, e a nova sistemática de convalidação e anulação de licitações e contratos administrativos, plasmada nos artigos 147 a 150 da lei e objeto deste artigo.

A primeira inovação, consagração do princípio, solidifica um embate doutrinário que se arrasta por anos a fio entre administrativistas brasileiros, envolvendo a explicitude dos princípios de supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público, nas normas relativas à conduta administrativa em geral e às contratações públicas em particular³⁸ – que permeou incontáveis reflexões relativas a distintas temáticas, como a extensão do controle dos atos e contratos administrativos, a possibilidade de utilização de meios alternativos de disputas em contratos administrativos, entre outras. A inclusão explícita do *interesse público* enquanto princípio atende a uma parcela doutrinária e jurisprudencial que advogava o caráter implícito do princípio como basilar e estruturante do Estado Democrático de Direito, e que reverbera o posicionamento da segunda corrente doutrinária retratada em item anterior, que ressalta a relevância do conceito de *interesse público*.

Notadamente, o princípio do interesse público já havia sido inserido na Lei de Processo Administrativo Federal, Lei n. 9.784/1999, em seu artigo 2º, junto de outros princípios como razoabilidade e proporcionalidade. No entanto, parte da doutrina já questionava a substância do princípio do interesse

36 Notadamente, as disposições relativas a: (i) descrição de projetos básicos (artigos 11, inciso II, DL2300/86, 12, inciso II, L8666/93 e 6º, inciso XXIV, L14133/21); (ii) alienações de bens da Administração (artigos 15 e 15, §1º, DL 2300/86, 17 e 17, §4º, L8666/93 e 76 e 76, §6º, L14133/21); (iii) revogação e anulação de licitações (artigos 36, DL2300/86 e 49, L8666/93); (iv) cláusulas exorbitantes e poderes da Administração de alteração unilateral do contrato (artigos 48, inciso I, DL2300/86, 58, inciso I, L8666/93 e 104, inciso I, L14133/21), extinção dos contratos (artigos 68, XIII, DL2300/86, 78, XII, L8666/93 e 137, inciso VIII, L14133/21); e (v) recursos (artigos 75, §2º, DL 2300/86 e 109, §2º, L8666/93).

37 MARQUES NETO, F. P. A. Uma lei que vale pelo que revoga. Uma panorâmica sobre a Lei n. 14.133/2021. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XLII, n. 153, mar-2022.

38 Como evidenciado em BANDEIRA DE MELLO, 2013, SARMENTO, 2005, MARQUES NETO, 2002; BINENBOJM, Da supremacia do interesse ao público ao dever de proporcionalidade, *op. cit.*; SUNDFELD, *Direito Administrativo para céticos*, *op. cit.*; PALMA, J. B. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

público e sua concreção,³⁹ considerando-se, inclusive, a inclusão de outro princípio, o da finalidade, no mesmo artigo da norma, que lhe seria aproximado ou equivalente, como se nota em Medauar.⁴⁰

Já a segunda inovação deve ser analisada mais detidamente neste artigo; e sua aplicação pela administração pública, bem como sua apreciação pelos órgãos e poderes que exercem o controle dos atos da administração, deverá ser continuamente acompanhada e estudada para fins acadêmicos e profissionais. As disposições dos artigos 147 a 150 integram sistema distinto daquele presente no regramento do Decreto-Lei n. 2.300/1986 e da Lei n. 8.666/1993, os artigos 49 e 59 desta lei, que previam os regimes de revogação e de anulação de licitações e contratos administrativos, adotavam uma dinâmica binária de funcionamento: constatada a ilegalidade, a administração deveria proceder à anulação do ato, considerando-o nulo *ab ovo* e desfazendo todos os efeitos jurídicos e concretos que poderiam ter ensejado, reservada a possibilidade de indenização a terceiro pela parte executada do contrato, desde que não tivesse dado causa à nulidade.

O que se nota de pronto no sistema vigente em 1993, que repetia a disposição de Hely Lopes Meirelles, é a ausência de mecanismos de acomodação de efeitos práticos e temporais que dessem conta da realidade fática. É dizer, a nulificação de procedimento licitatório encerrado cumulária a nulificação de seu contrato, independentemente da existência da execução parcial já cumprida ou da natureza das prestações, nem mesmo da premência da prestação do serviço.

O marco temporal plasmado no regime da Lei n. 8.666/1993 era estanque e não comportava mensurações de ordem pragmática, reportando-se ao relevante exercício de autotutela do Estado o dever de revisão de seus atos, primando pela legalidade da atuação administrativa, sem destinar tanta atenção à realidade por ela criada. A lógica operada era: retroage-se ao estado de coisas anterior ao ato nulo, pois este não geraria efeitos dado que inválido, buscando-se a nova execução do ato, agora escoimado de vícios.

Frente ao entendimento já firmado ao longo de décadas, cuja discussão se estabelece mais firmemente a partir da edição da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) e da Súmula n. 473 do STF, o regime de nulidades da Lei n. 8.666/1993, na forma posta, segundo a doutrina de Di Pietro, sequer seria necessário:

Os dispositivos [artigos 49 e 59, Lei n. 8.666/93] são inúteis porque, ainda que não estivessem presentes, as normas neles constantes seriam aplicáveis, pelo reconhecimento da autotutela administrativa como princípio inerente à função administrativa do Estado; aceito pela doutrina, foi consagrado pelo Poder Judiciário, por meio da Súmula n. 473 do STF, que reconhece à Administração o poder de anular os atos ilegais e revogar os inoportunos ou inconvenientes, desde que respeitados os direitos adquiridos.⁴¹

No entanto, apesar dessa firme tradição publicista do meio do século XX em diante, o cenário normativo nacional dá sinais de mudança na criação e na aplicação de normas de Direito Público, o que se vê refletido na estruturação dos artigos 147 e 148 da Lei n. 14.133/2021, que implementam novo sistema de convalidação e de nulificação das licitações e contratações públicas.

O dispositivo do art. 147 condiciona a suspensão ou anulação de contrato administrativo, em cuja execução ou em cujo procedimento licitatório se tenham identificado vícios insanáveis, à avaliação de um rol não taxativo de aspectos descritos em onze incisos de conteúdo variado, que tangenciam desde impactos econômicos e financeiros decorrentes de atraso, despesas decorrentes da suspensão ou da nulidade, custos de realização de nova licitação, até riscos sociais e ambientais e supressão de postos

39 SUNDFELD, **Direito Administrativo para céticos**, *op. cit.*

40 MEDAUAR, **Direito Administrativo moderno**, *op. cit.*

41 DI PIETRO, Maria S. Z. **Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Forense, 2021. p. 487.

de trabalho diretos e indiretos decorrentes da suspensão ou nulidade – a extensão temática do rol é muito ampla, havendo quem na doutrina já o denomine de estudo de impacto invalidatório, como Justen Filho.⁴²

Não só é condicionante o rol, como, em seu *caput*, o art. 147 vaticina que “declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público”, caracterizada pela adoção da avaliação do rol. Na sequência, em seu parágrafo único, o artigo antecipa ao tomador da decisão: caso não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato administrativo, convertendo o vício em indenização, sem prejuízo das apurações de responsabilidade e aplicação de sanções cabíveis.

O art. 148, por sua vez, recobra o regime de nulidades da legislação precedente, ao tratar das ocasiões em que, realizada avaliação da medida de interesse público do artigo anterior, ao persistir a declaração de nulidade, esta produzirá efeitos retroativos e desconstituirá a relação contratual em seus efeitos já produzidos – a inovação na anulação está contemplada nos parágrafos do art. 148, que dispõem sobre a impossibilidade de se restaurar o *status quo* anterior (conversão em indenização por perdas e danos) e a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de nulidade (eficácia mitigada até haver nova contratação ou pelo prazo de seis meses, prorrogável uma única vez).

A inovação normativa no regime das nulidades não inova por seu ineditismo, uma vez que parte expressiva do ideário contido nos dispositivos já orbitava as discussões doutrinárias e de parte da jurisprudência. As alterações normativas, em parte, somente atualizam a norma de compras e contratações públicas ao inserir conceitos e engenharias jurídicas empregados em outras normas relevantes para o Direito Público. Contudo, inova substancialmente ao conferir ao interesse público justificador da anulação um aparato de conceitos e abordagens para a deliberação do poder público, condicionando o exercício da decisão pela manutenção de contrato em derrogação da legalidade estrita atribuída à dualidade do regime presente na Lei n. 8.666/1993.

Arrisca-se a afirmação em razão de a apreciação da manutenção de contratos ou atos eivados de vícios em momento anterior à edição da Lei n. 14.133/2021, conquanto se pudesse buscar amparo em esparsa jurisprudência e parcela da doutrina, não encontrar balizas seguras de tomada de decisão, logo:

[...] a ausência de um regramento normativo sobre o tema, somado à dificuldade de realizar o enquadramento das situações fáticas às hipóteses traçadas abstratamente a partir da identificação do tipo do vício levou tanto a Administração, quando os órgãos de controle interno e externo, a se prenderem à concepção teórica tradicional, que se limita a identificar o vício e a determinar a anulação dos atos e contratos administrativos, sem medir as suas consequências práticas, inclusive em face dos próprios valores que tem por objetivo proteger.⁴³

A medida de interesse público, que é mencionada no *caput* do art. 147 como condicionante à anulação de ato ou contrato com vício insanável, transporta a semântica do interesse público, alocada na restauração de uma suposta ordem legalista como a própria satisfação do interesse público, para o domínio da finalidade do ato ou do contrato e do universo que o circunda, levando em consideração os impactos econômicos, financeiros e de custos da insatisfação da demanda atendida pela contratação, bem como os impactos sociais da supressão da prestação de determinado serviço, entrega de bem ou execução de obra pública.

42 JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

43 FECURI, A. **Lei n. 14.133/2021: projetos básicos defeituosos sob a ótica da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2023. p.187.

Frisa-se que não se trata de novidade propriamente dita, pois (i) a Lei n. 9.784/1999 já se estenderia sobre a convalidação e revisão dos atos da administração pública (artigos 53 e 55), (ii) órgãos de controle externo já haviam se posicionado sobre a possibilidade de sopesamento, proporcionalidade e razoabilidade no juízo de anulação em face dos prejuízos acarretados por esta,⁴⁴ e, mais recentemente, (iii) a Lei n. 13.655/2018 introduziu normas de interpretação e aplicação do Direito Público à LINDB que adota compreensões consequencialistas da revisão dos atos e contratos administrativos (artigos 20 e 21).

Assim, o que é propriamente novo no regime de nulidades?

Para além da atualização conceitual e terminológica da norma de compras e contratações públicas, ao atribuir procedimento (avaliação de aspectos com rol de onze tópicos, entre outros) e circunstanciar a decisão administrativa pela manutenção de contrato ou ato eivado de vício insanável (medida de interesse público), convertendo a solução da irregularidade em indenização por perdas e danos (art. 147, parágrafo único), a legislação aprovada em 2021 privilegia o aspecto pragmático da anulação de atos ou contratos administrativos em detrimento da manutenção da legalidade estrita enquanto valor superior da legitimidade da atuação da administração pública, posicionando de forma justificada a legitimidade da atuação administrativa nas finalidades a que se prestam os atos e contratos administrativos e conferindo espaço de circunstância aos vícios que os maculam, culminando em dois aspectos inovadores no regime das compras e contratações públicas: “quantificação” do vício e análise pragmática da contratação.

Quanto à quantificação, o pragmatismo contido nos diversos temas abordados pelos incisos que compõem os aspectos do art. 147 é da mesma ordem do pragmatismo que converte a existência de vício nos atos e contratos em indenização. A noção de que a administração pública poderá transacionar em estimativas quantitativas a infração a preceitos de Direito Administrativo capazes de gerar a anulação de ato ou contrato poderia, de início, assustar qualquer pessoa conhecedora de escândalos envolvendo desvios de verbas públicas na história brasileira.

No entanto, a engenharia jurídica que se elabora desde o início do século XXI, no sistema normativo brasileiro, acena já há algum tempo que instâncias de controle externo e interno da administração pública modulem os efeitos das anulações, desenvolvam critérios pragmáticos na apreciação da anulação e se desdobrem sobre a essencialidade da execução de determinado ato ou contrato administrativo, identificáveis, por exemplo, em instrumentos como o termo de ajustamento de conduta, da lei da ação civil pública, ou o acordo de leniência, da lei anticorrupção.

Não se está a tratar necessariamente das hipóteses de lesão ao erário, nem remotamente de se sugerir que as condutas eivadas de vícios seriam “recepcionadas” pela Lei n. 14.133/2021: contrariamente a essa percepção, a própria lei reformulou os tipos penais aplicáveis aos crimes cometidos no procedimento licitatório e na condução do contrato administrativo, aumentando-lhes as penas e suprimindo a margem máxima de aplicação de multa, por exemplo. Ademais, outros instrumentos de recuperação de ativos e aplicação de sanção já estão vigentes, como na lei anticorrupção, de 2013. O exercício de controle externo, inclusive, vem sistematicamente afirmando a gravidade da lesão ao erário como elemento estruturante da adoção das medidas mais duras de sanção e desfazimento dos efeitos de atos e contratos nulos ou dotados de vícios de vontade amparados em conduta ilícita.

⁴⁴ Vejamos, exemplarmente, acórdãos exarados por distintos órgãos de controle externo dos atos da Administração Pública, com duas décadas de diferença, que propunham métricas assemelhadas ao sopesamento dos efeitos do vício contra a finalidade do ato impugnado: REsp 56.017/RJ, STJ, 6ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 02.06.1997 e Acórdão 1.823/2017, TCU, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.

A possibilidade de conversão do vício em indenização por perdas e danos exige da administração pública que reflita sobre a extensão das irregularidades presentes e das normas por elas descumpridas. A conversão quantitativa do vício em valores monetários será um exercício relevante de quantificação da regularidade jurídica em face dos resultados advindos do vício, de forma equânime e proporcional, nos moldes do que já fora preconizado no parágrafo único do art. 21 da LINDB.

Para estimular o estabelecimento de parâmetros na tomada de tal decisão, é fundamental que a administração se muna de experiências passadas e presentes para quantificação e regularização de situações ilícitas contidas. Estimula-se, talvez, que a administração pública analise o histórico, em constante evolução, traçado a partir dos processos concessivos de serviços públicos, da Lei Geral de Concessões e do estabelecimento das agências reguladoras no Brasil, cuja interação com os atores econômicos, vinculados a contratos e atos de trato sucessivo e longa duração, gera um relevante dever incremental de solução de disputas na prestação dos serviços públicos e dos serviços de interesse público.

Por fim, é fundamental destacar que as decisões de conversão de vício em indenização por perdas e danos, eventualmente, serão submetidas à análise por órgãos de controle, em múltiplos cenários sucessivos que advêm intrinsecamente da estruturação do controle interno e externo sobre os atos da administração pública – assim, há de se permanecer vigilante aos entendimentos que serão desenvolvidos por esses atores, conjuntamente à argumentação desenvolvida pela administração na construção do *quantum*.

Quanto à análise pragmática da contratação, caracterizada pela composição da “medida de interesse público”, integrada pela avaliação dos aspectos listados no art. 147, há que se pontuar dois elementos interessantes: primeiro, a natureza do rol apresentado nos incisos do art. 147, seu significado e a direção que aponta, e, em segundo, a composição da medida de interesse público.

Em primeiro lugar, a natureza do rol apresentado no artigo, cuja avaliação pela administração traceja verdadeiro mapa da proporcionalidade na tomada de decisão pela manutenção ou anulação do ato ou contrato eivado de vício. Como já apontado anteriormente neste artigo, a ausência de parâmetros normativos induzia a tomada de decisão mecanicista na qual a lógica binária preponderava pela suposta sensação de segurança jurídica. No entanto, a nova lei traça limites que abarcam diversas temáticas para subsidiar a tomada de decisão, em categorias como elementos financeiros (incisos I, IV, V, VI, VIII, X e XI), elementos sociais (incisos II, III e IX) e elementos de governança ou controle (inciso VII).

A decisão administrativa de manutenção do ato ou contrato com base no prejuízo de sua anulação, uma vez avaliados os aspectos do *caput*, contém em sua parcela discricionária relevante condicionamento e limitação, indicados pelos elementos financeiros, sociais e de governança apresentados.

Ao se referir aos elementos financeiros, o art. 147 contempla uma espécie de círculo completo do custo do contrato, partindo dos impactos financeiros e econômicos decorrentes da não utilização do objeto do contrato, dos custos de deterioração e perda das parcelas executadas e despesa necessária à preservação das parcelas já executadas – incisos que parecem muito direcionados à paralisação de obras públicas evidenciada em nosso país, apesar do texto genérico –, das despesas necessárias à desmobilização e posterior remobilização, dos custos atribuídos à realização de novo certame e celebração de novo contrato – que já vinham sendo aventados por órgãos de controle externo em apreciação de nulidade de atos e contratos – e, finalmente, dos custos de oportunidade de capital, ou seja, da perda financeira que advém de escolhas equivocadas de alocação de recursos.

A adoção da racionalidade financeira pela legislação, para os profissionais praticantes de ciências jurídicas, pode representar um contrassenso, uma suposta precificação de valores jurídicos abstratos tomados por inestimáveis em razão de seu papel estruturante na legitimação da atuação do Estado. No entanto, trata-se de falsa dicotomia: já há algum tempo que as tradições romano-germânicas do Direito admitem a parametrização de comandos normativos expressos valendo-se de balizas como a proporcionalidade e a razoabilidade – tanto assim que a mais teratológica das ilicitudes, a inconstitucionalidade, no regime contemporâneo, admite a modulação de seus efeitos face à desproporcionalidade ou à impossibilidade de um retorno ao estado anterior dos fatos –, no entanto, partindo-se da suposta dicotomia, ao Estado impor-se-ia o dever da proteção de todos os valores jurídicos de forma monolítica, a despeito dos efeitos pragmáticos resultantes.

A inclusão de métricas financeiras como balizas para a tomada de decisão pela manutenção ou anulação de determinado ato ou contrato confere a legitimação de outras disciplinas, tais como a economia e a contabilidade, nas considerações de convalidação ou manutenção, e mesmo da anulação. Trata-se do reconhecimento pela legislação da relevância de outros domínios intelectuais na tomada de decisão administrativa, postura normativa que reflete de forma mais eficiente a realidade complexa da atuação administrativa e das razões que fundamentam as suas decisões – desde que, aclare-se, circunstanciadas no amplo rol fornecido pelo art. 147, que condiciona o exercício da discricionariedade administrativa, na presente discussão.

Novamente, repise-se: não se está a legitimar, de nenhuma forma, o vício pela via de outros conhecimentos. Somente se está a propor que a legislação reconhece a composição da tomada de decisão administrativa por outros elementos que não exclusivamente regramentos ou valores abstratos jurídicos, e que tais elementos, longe de incondicionados, se debruçam sobre os impactos dos dispositivos da decisão. Assim, traz à tona a potencial antijuridicidade de decisões que, desprovidas das cautelas necessárias, não se atentam aos seus efeitos pragmáticos.

Os elementos sociais contemplam: a motivação social e ambiental do contrato, os riscos sociais, ambientais e à segurança da população envolvidos no atraso da execução contratual e a supressão de postos de trabalho diretos e indiretos decorrentes da interrupção na execução contratual.

Infere-se que existem conexões subentendidas na construção dos incisos, que criam diálogos entre si, particularmente a motivação e os riscos, que, por sua vez, travam diálogo com outras disposições na nova norma. Explica-se: a nova lei enfatiza de forma inédita a relevância do planejamento das compras públicas, o que acentua a importância da justificativa na realização de aquisições e prestação de serviços, estimula o raciocínio incremental das políticas públicas e sua relação com o orçamento público, bem como busca subverter a excepcionalidade da contratação pública extraplano, as emergências forjadas e a contratação direta mal caracterizada.

Nesse sentido, ao se justificar a manutenção de uma contratação com base na motivação social ou ambiental, a administração é instada a se voltar às razões que fundamentaram os esforços de contratação, resgatando a motivação do ato autorizador e de sua relevância ao interesse público, caracterizado como o atendimento da demanda essencial, voltada ao *regular funcionamento das atividades*, à *satisfação de políticas públicas historicamente reprimidas* ou à *atenção de necessidades sociais prementes*.

Quanto aos riscos sociais, ambientais e de segurança, raciocínio similar se aplica, pois se está diante da análise da justificativa da contratação à luz de seus impactos, o que contemplaria a motivação, incluindo-se a análise dos resultados provocados pela inação, seja no espectro de planejamento (*desatenção a demanda já inserida na agenda pública*) seja pela excepcionalidade de contratações

extraplano para atenção a demandas emergenciais (*riscos advindos de desastres naturais, emergências sociais, crises*).

Dos impactos sociais, aquele cuja apreciação dependerá de maior prática administrativa e da seleção de métodos quantitativos adequados é a supressão de postos de trabalho direto e indireto, cuja prática induzirá a construção contínua de diálogos entre a administração pública e os órgãos de controle. Antevê-se um afã considerável na mensuração do impacto de supressão de postos de trabalho, particularmente em função das características da economia nacional, que dispõe de quase 40% de sua força de trabalho distribuída em atividade informal, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2023,⁴⁵ o que dificulta seu dimensionamento e alerta para o risco de sua invisibilidade.

Finalmente, o terceiro elemento, voltado à governança e ao controle, pontua a atuação da administração no saneamento das irregularidades evidenciadas. O inciso VII do art. 147 prevê que as medidas *efetivamente* adotadas para o saneamento dos indícios de irregularidade sejam consideradas no escopo de decisão de manutenção ou de anulação de contrato ou procedimento licitatório irregular. As disposições legais do regime de Direito Público, em geral, impõem à administração pública o ônus de responsabilização sobre os agentes ou atores civis com quem estes mantêm relações por condutas ilícitas identificadas, como medida fundamental à manutenção da ordem pública, da presunção de legitimidade da atuação pública e pressuposto do Estado de Direito. Não obstante, grandes esforços têm dirigido à administração pública os legisladores e os sistemas de controle interno e externo em identificar gargalos, prevenir condutas ilícitas e sanear relações de obrigações entre particulares e o Estado, no intuito da superação do império exclusivo do binômio *comando e controle*.

Os esforços não se dão por desnecessidade do binômio, que permanece vigorosamente vigente no regime jurídico que dita as relações de Direito Público, mas por sua natureza limitada em relação a outras fórmulas que possuem o objetivo de amparar políticas regulatórias de prevenção e de mudança cultural. O exemplo da governança está presente em alguns dispositivos, como a Lei n. 13.303/2016, vulgo Lei das Estatais, e aparece na Lei n. 14.133/2021, como, exemplarmente, critério de desempate das propostas (art. 60, inciso IV), sob a forma de adoção de programa de integridade por agentes privados.

Passando-se à vista de sua aplicação ao controle e à integridade da administração pública, o inciso VII absorve duas ideias presentes na Lei n. 14.133/2021: primeiro, a robusta estrutura de controle das contratações, expressada nas linhas de defesa inseridas nos artigos 169 e seguintes da nova lei; e, segundo, o *ethos* de convalidação presente em diversos dispositivos da nova lei (artigos 12, inciso III, 59, incisos I e V, 64, §1º, 71, inciso I, e 169, §3º, inciso I – que conjuga, inclusive, as linhas de defesa e o reforço a sistemas preventivos). A lei antecipa, autoriza e atribui a identificação de irregularidades saneáveis em todas as etapas da licitação e prevê o dever saneador aos responsáveis. Assim, afastando-se da mecanicidade do regime anterior, o esforço da Lei n. 14.133/2021 é de convalidação, aproveitamento dos atos na medida de sua possibilidade jurídica, mitigando-se os efeitos do vício e saneando-os.

Identificada a atuação efetiva da administração no saneamento dos indícios de irregularidade, a legislação introduz a leitura dessa *ação* como um aspecto relevante a ser inserido no rol de sustentação da decisão anulatória ou mantenedora do contrato ou da licitação dotados de vícios. Dessa maneira,

45 QUEIROZ, Vitória. Brasil registra 39 milhões de trabalhadores informais. **Poder 360**, 3 dez. 2023. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/brasil-registra-39-milhoes-de-trabalhadores-informais/#:~:text=Brasil%20registra%2039%20milh%C3%B5es%20de%20trabalhadores%20informais>. Acesso em: 22.03.2024.

nota-se a fuga ao modelo estritamente legalista para abranger as iniciativas de alteração dos indícios da irregularidade – ao propor indícios como texto legal, nota-se que o legislador optou por situar a irregularidade no tempo de sua notícia: se os responsáveis agirem quando dos indícios, ou seja, presume-se que em momento anterior à constatação final, há que se levar em conta a conduta como tendo sido mitigadora dos efeitos negativos do vício. A leitura possível de se levar em consideração é que a atuação tempestiva dos responsáveis como aspecto de avaliação para a potencial manutenção de ato viciado estimula os esforços saneadores por parte do responsável, reconhecendo-lhes o caráter de exercício da autotutela administrativa e atribuindo-lhes a relevância de mitigadores dos vícios e seus efeitos decorrentes.

Perpassados os elementos financeiros, sociais e de governança do rol elencado no art. 147, há que se ponderar a acentuada incorporação da concepção de *prejuízo*, um desdobramento da proporcionalidade, enquanto baliza do regime de nulidades na Lei de Licitações e Contratos Administrativos: a tomada de decisão analisa o prejuízo decorrente de sua implementação, sob distintos vieses, impondo aos responsáveis o ônus da indagação entre a proporcionalidade da anulação do ato (*restabelecimento do valor jurídico infringido pelo vício*) e a manutenção do ato (*convertendo a solução da irregularidade por intermédio de indenização*).

4 PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO DO REGIME DE NULIDADES E DO INTERESSE PÚBLICO

O que se propõe como possível leitura do *interesse público* no regime de nulidades instituído pelo art. 147 é sua corporificação na finalidade pública que reveste o contrato administrativo em análise e o contexto em que se insere. Pareceria óbvio a leitores leigos que a essencialidade, a emergência e os altos riscos sociais implicados em contratações estratégicas seriam fatores determinantes para a sua manutenção. No entanto, a realidade de apreciação dos vícios no conjunto da legislação anterior indicava aos responsáveis que o saneamento pela via da anulação ou da revogação seria maior garantia da legitimidade da atuação estatal do que a sua tempestividade. Essa é a racionalidade que aparenta ter sido invertida na Lei n. 14.133/2021.

Essa alteração dialoga diretamente com o desenvolvimento legislativo que o Direito Público, particularmente o Direito Administrativo, vem recebendo mais acentuadamente no século XXI. A ampliação e consolidação das prestações positivas pelo Estado advindas da Constituição Cidadã de 1988 – bem como a evidência do longo caminho que falta percorrer para universalização do acesso a certos serviços públicos –, os regimes de concessão e permissão de serviços públicos, a inclusão de normas gerais de processo administrativo, os processos normativos e sancionadores criados pelas agências reguladoras, o estabelecimento de formatos mais céleres (*pregão*) e volumosos (*atas de registro de preços*) de contratação pública, a previsão de parcerias público-privadas, a reforma dos estatutos das empresas estatais e a inclusão de normas que privilegiam a realidade administrativa na tomada de decisão (LINDB) são apenas alguns exemplos dos caminhos traçados pelo Direito Administrativo nos últimos trinta anos e em cujo trajeto se insere a Lei n. 14.133/2021.

Da mesma forma, a norma dialoga com a maturidade das relações entre políticas públicas e Direito e o crescente campo de estudo em administração pública e políticas públicas que se instaurou no cenário nacional após a redemocratização e a reestruturação do Estado burocrático brasileiro. Estima-se que, entre 1995 e 2005, o contingente de cursos de administração pública disponíveis em instituições de ensino superior tenha quintuplicado, passando de 13 para 78,⁴⁶ logo, não só profissionais habilitados à

46 COELHO, F. de S. **História do ensino da administração pública no Brasil (1854-2006)**: antecedentes, ciclos e a emergência do Campo de Pública. Brasília: ENAP, 2019. p. 123.

elaboração de políticas públicas complexas estavam sendo inseridos no mercado profissional (estrutura do Estado e organizações civis), como ambientes de pesquisa e debates acadêmicos afluíam e se debruçavam sobre as diversas esferas de governo e territórios.

Os diálogos entre políticas públicas e Direito também se encontram na esteira de estudos desenvolvidos que aprofundavam as relações do Estado, inicialmente muito voltados ao estudo empírico das decisões de controle externo da administração pública,⁴⁷ assumindo, porém, outros vieses em seus desdobramentos pelo tempo, como a análise da instrumentalidade do Direito na consecução de políticas públicas.⁴⁸ A atividade legislativa sobre políticas públicas também é crescente: normas diretas e programadoras de políticas públicas e de desenvolvimento de infraestrutura vêm ocupando os esforços legislativos desde a redemocratização, contando com exemplos de grande relevância como SUS, Suas, LDB, Estatuto da Cidade, políticas de saneamento básico, resíduos sólidos, mobilidade urbana.

A densificação do Direito Público, fruto da intensa atividade legislativa, administrativa e controladora, somada à maturidade administrativa, seja pela experimentação seja pela estruturação da organização administrativa reformada, cria um cenário, em 2021, muito distinto daquele encontrado no período da redemocratização e da reestruturação da burocracia estatal vislumbrado em 1988. A profissionalização do Estado e a complexidade das políticas públicas nacionais e locais desenham moldes muito mais seguros para embasar a tomada de decisão pública, incluída em esferas maiores de planejamento e subsidiada por aparato técnico especializado – ressalte-se, no entanto, a existência de nuances importantes entre os distintos entes federativos integrantes do território nacional, relativas a orçamento, organização e composição dos quadros profissionais.

Assim, a medida de *interesse público* a que faz referência o art. 147 traz consigo amplo escopo de análise e avaliação da situação fática e da realidade administrativa que se presta à circunscrição da decisão administrativa, amparando o mérito decisório ao fornecer ao responsável o rol de aspectos relevantes para a decisão. O *interesse público* se transmuta do espaço de preservação da legitimidade administrativa garantida exclusivamente por meio de conceitos jurídicos, por vezes abstratos ou de difícil avaliação pragmática, para se reconfigurar na concreção das finalidades da contratação pública – a *finalidade* do contrato, o contexto em que está inserido o contrato. Confere-se ao *interesse público*, no que se referir às contratações, o recorte finalístico da atuação pública, disponibilizando a quem decide pela manutenção ou anulação do contrato um leque de avaliação que contempla elementos sociais, financeiros e de governança, em contemplação de diversos conhecimentos que informam a atuação pública.

Essa corporificação do *interesse público* na finalidade pública das contratações, caracterizada pelos diversos aspectos que fundamentam a contratação pública, engloba e privilegia características pragmáticas e contextuais de concreção de políticas públicas. No contexto atual de ampla normatização, programática e executória, de políticas nacionais, garante-se ao gestor que este concretize o *interesse público* pela manutenção do contrato em execução, evitando-se a descontinuidade ou a paralisação sem horizonte de retomada, e não pelo saneamento formal dos atos eivados de vício.

Pode-se, inclusive, estabelecer conexão entre o regime de nulidades e a inclusão do princípio do interesse público no art. 5º, ao se compreender que o princípio do *interesse público* “tem, de direito, apenas a

47 Ver: LIANG, D. W. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Ver também: MARINHO, C. M. **Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

48 (ROSILHO, 2009)

extensão e compostura que a ordem jurídica lhe houver atribuído [...] Donde jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado”.⁴⁹ Entende-se que sua aplicação no regime de nulidades centra a configuração do *interesse público* na satisfação da execução contratual, em detrimento do restabelecimento prévio de uma ordem normativa não viciada, ao privilegiar os impactos da execução contratual.

Há quem afirme que a anulação passa a ser a última e excepcional opção viável ao gestor, prevalecendo a manutenção dos contratos.⁵⁰ A afirmativa pode ser arriscada: não pela interpretação do texto legal, que dá indícios de tal, mas, sim, pela vivência experimentada nos últimos quarenta anos de regime de nulidades, cuja prática teimará a ser abandonada. Certo é que o *interesse público*, que pairava enquanto suposto algoz da decisão administrativa, apelando à percepção velada de que haveria sempre melhor caminho do que aquele tomado, deixa sua condição etérea de lado para ganhar concretude nos desafios cotidianos da gestão pública.

Ademais, sistematicamente, a Lei n. 14.133/2021 aparenta instrumentalizar a decisão administrativa pela manutenção dos contratos – para além do próprio regime de nulidades, que é regra. Diversos dispositivos da norma conferem grande enfoque ao planejamento e à processualidade das licitações e contratações públicas, prevendo uma série de documentos (documento de formalização de demanda, estudo técnico preliminar, projeto básico, entre outros) que fundamentarão a contratação pública, justificarão sua necessidade e serão inseridos em planos maiores de contratação pública. O encadeamento de uma série de documentos, submetida às linhas de defesa, aos pareceres técnico-jurídicos, às autoridades responsáveis e ao próprio saneamento dos feitos nos moldes previstos na legislação gera a base dos incisos previstos no art. 147. A adoção de tais paradigmas, planejamento e instrução processual – que não são propriamente desconhecidos, mas cuja obrigatoriedade é nova – embasa os processos de tomada de decisão de forma mais apropriada, servindo também ao controle dos atos da administração exercidos interna ou externamente.

A concreção do *interesse público* no regime das nulidades está corporificada nos impactos da inexistência de determinado contrato. A leitura que se faz possível é de que, para a sociedade, para os fruidores das políticas públicas, o *interesse público* está na satisfação da demanda, e não na ordem jurídica formal. Repisa-se: não se está a questionar a legitimidade da manutenção da ordem jurídica na condução administrativa, que é uma presunção e cujo atendimento é obrigatório pelos agentes que integram a estrutura do Estado. Os dispositivos da nova lei tão somente apresentam aos agentes tomadores da decisão a bússola que indica o caminho da análise do prejuízo financeiro e social advindo da anulação, precificam-se os vícios cuja regularização importará sacrifício maior que sua mácula – o *interesse público* está na satisfação das demandas sociais por um Estado eficiente (*financeiros*), tempestivo (*riscos sociais*) e resiliente (*governança*).

O desafio interessante que se há de acompanhar, conforme a legislação passe a ser aplicada, será a quantificação das indenizações que sanearão os vícios, quais moldes de proporcionalidade e oneração serão adotados para que vícios formais e materiais sejam considerados saneados, o que levanta a instigante questão: determinaremos qual é o *valor* ou qual é o *custo* de uma norma?

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na incursão doutrinária e jurisprudencial realizada, o regime de nulidades de atos e de contratos administrativos apresentado pelo art. 147 e seguintes da Lei n. 14.133/2021 representa substancial alteração dos entendimentos firmados anteriormente.

49 MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

50 MARQUES NETO, Uma lei que vale pelo que revoga, *op. cit.*

A doutrina se debruça quase exclusivamente sobre duas categorias de análise de vícios dos atos administrativos: aqueles nulos, cuja remoção do mundo jurídico e extinção dos efeitos é inconteste; e aqueles passíveis de convalidação, cuja retificação é condição de permanência no sistema jurídico, discutindo amplamente a extensão de seus efeitos. O art. 147 propõe outra rota: tem como *ponto de partida* a análise de atos viciados impassíveis de convalidação, cuja permanência no mundo jurídico está submetida à ponderação da medida de interesse público, em face do múltiplo rol de incisos.

A constatação de que a anulação do ato importaria em *prejuízo* superior ao restabelecimento da ordem jurídica advinda da decretação de nulidade é juízo de ponderação que ensejará a manutenção dos efeitos do ato e sua continuidade – como dita o parágrafo único do art. 147 – e posterior conversão em danos do vício como a solução da irregularidade.

O impasse doutrinário que se travará é substantivo. Partir-se de um entendimento que não previa modulação de efeitos em razão da impossibilidade de convalidação para a recepção de atos viciados em licitações e contratos públicos, impassíveis de saneamento, representa um desafio novo ao estudo da dimensão de validade dos atos administrativos.

Da mesma forma, o impasse da conversão de vícios em danos, a precificação e a quantificação de valores jurídicos não são, particularmente, familiares à doutrina jurídica. A convalidação não se apresenta mais como o critério majoritário da possibilidade de permanência dos efeitos de atos viciados no mundo jurídico. A admissão da juridicidade de atos viciados cuja irregularidade seria sanada por indenização se aproxima à racionalidade civilista da solução de contendas – diluindo e fragmentando ainda mais a dicotomia público/privado.

A compreensão da pluralidade de *interesses públicos* que hão de ser ponderados e a inclusão de outras áreas de conhecimento na consideração da permanência jurídica dos atos se alinham à caracterização do *interesse público* pluralizado que deve ser encarado na expressão *medida de interesse público*. A natureza pendular, oscilando entre o restabelecimento da integridade de certos valores jurídicos ou regras e a satisfação da finalidade pública do contrato administrativo, atribui à medida de *interesse público* sentido não mais exclusivamente legalista.

O *interesse público* representado na efetiva execução de determinado contrato é o elemento central da decisão que fundamentará a admissão de atos e contratos viciados no mundo jurídico, impassíveis de convalidação, municiando a autoridade decisória dos elementos relevantes e determinantes para a decisão.

O regime da lei de 2021 condiciona a fundamentação da decisão administrativa pela anulação ou manutenção de atos e contratos com irregularidades à análise de uma série de elementos *financeiros*, *sociais* e de *governança*, fincados firmemente no pragmatismo da atuação pública, prestigiando saberes políticos e organizacionais e exigindo da administração pública a ponderação entre os *interesses públicos* plurais que são intrínsecos à condução de qualquer ente federativo.

A finalidade da contratação, sua justificação primeira, o impacto social que produz, confere o tecido que será fiado na decisão. O rol do art. 147 representa condicionantes expressivas à tomada de decisão administrativa e aponta à autoridade os contornos do que é considerado na decisão, circunstanciando-a. Longe de ser uma carta branca, é, antes, um mapa: o atendimento da medida de interesse público será caracterizado pela análise de relevantes critérios socioeconômicos que estão contemplados no contrato.

A conjugação das inovações pontuadas neste artigo conduz à compreensão de que o regime de nulidades da Lei n. 14.133 introduz um novo marco normativo, ainda não avaliado pela doutrina ou pelo controle externo da administração pública. Muitas questões ainda permanecerão e somente serão determinadas pelo tempo, particularmente aquelas voltadas à quantificação de indenizações e à extensão e à natureza das irregularidades que serão admitidas pelo art. 147. Resta-nos acompanhar a aplicação da norma para entender os contornos que serão conferidos a tal guinada de referencial normativo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, A. C. C. do. **Extinção dos atos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

ARAGÃO, A. S. de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. *In*: SARMENTO, D. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ÁVILA, H. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *In*: SARMENTO, D. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BINENBOJM, G. Da supremacia do interesse ao público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. *In*: SARMENTO, D. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COELHO, F. de S. **História do ensino da administração pública no Brasil (1854-2006)**: antecedentes, ciclos e a emergência do Campo de Pública. Brasília: ENAP, 2019.

DI PIETRO, M. S. Z. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DI PIETRO, Maria S. Z. **Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Forense, 2021.

FAGUNDES, M. S. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FECURI, A. **Lei n. 14.133/2021**: projetos básicos defeituosos sob a ótica da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2023.

FEDERIGHI, W. J. Lineamentos da ação popular constitucional. **A vida dos direitos nos 30 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019.

GIACOMUZZI, J. G. A Supremacia do interesse público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal durante a República Velha. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 263, p. 221-250, 2013.

GRAU, E. R. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROTTI, D. A. M. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *In*: **Cadernos de direito constitucional e ciência política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. n. 12. p. 84-115.

HACHEM, D. W. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

JUSTEN FILHO, M. Conceito de interesse público e “personalização” do direito administrativo. *In: Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1999. n. 26.

LIANG, D. W. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARCONDES, R. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARINHO, C. M. **Justiciabilidade dos direitos sociais**: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARQUES NETO, F. P. A. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros: 2002.

MARQUES NETO, F. P. A. Uma lei que vale pelo que revoga. Uma panorâmica sobre a Lei n. 14.133/2021. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XLII, n. 153, mar-2022.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, O. A. B. de. **Princípios gerais do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

PALMA, J. B. Direito Administrativo e políticas públicas: o debate atual. *In: Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PALMA, J. B. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

RIBEIRO, C. V. A. Interesse público: um conceito jurídico determinável. *In: DI PIETRO, M. S. Z.; RIBEIRO, C. V. A. (Coord.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

ROSILHO, A. J. **Qual é o modelo legal das licitações no Brasil? As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas**. Dissertação (Mestrado em Direito), Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2009.

SALINAS, N. S. C. Reforma administrativa de 1967: a reconciliação do legal com o real. MOTA, C. G.; SALINAS, N. S. C. (Coord.). **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro. 1930-dias atuais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 453-482.

SARMENTO, D. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. *In: SARMENTO, D. (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ZANCANER, W. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.



Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais

Av. Raja Gabaglia, 1315, 5º andar - Luxemburgo - Belo Horizonte - Minas Gerais - CEP 30380-435

Telefone: (31)3348-2628 - email: revistampc@mpc.mg.gov.br

Horário de atendimento ao público: 07:00 às 12:00 e 13:00 às 17:00