



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

LAÍS DE GÊNOVA CLAUDINO

**OS PROCEDIMENTOS AUXILIARES NA LEI 14.133/2021 COMO
FOMENTO À COMPETITIVIDADE NO PROCESSO LICITATÓRIO: UMA
ANÁLISE CRÍTICA.**

Assis/SP

2024



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

LAÍS DE GÊNOVA CLAUDINO

**OS PROCEDIMENTOS AUXILIARES NA LEI 14.133/2021 COMO
FOMENTO À COMPETITIVIDADE NO PROCESSO LICITATÓRIO: UMA
ANÁLISE CRÍTICA.**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando (a): Laís de Gênova Claudino

Orientador (a): Fernando Antônio Soares de Sá Junior

Assis/SP

2024

Claudino, Laís de Gênova

C615p Os procedimentos auxiliares na Lei 14.133/2021 como fomento à competitividade no processo licitatório: uma análise crítica / Laís de Gênova Claudino.

Assis, 2024.

64p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) --
Fundação Educacional do Município de Assis (FEMA), Instituto
Municipal de Ensino Superior de Assis (IMESA), 2024.

Orientador: Prof. Me. Fernando Antonio Soares de Sá Junior.

1. Licitação. 2. Regime diferenciado de contratações públicas. 3.
Concorrência pública. I Sá Junior, Fernando Antonio Soares de. II
Título.

CDD 341.3527

Os Procedimentos Auxiliares na Lei 14.133/2021 como fomento à competitividade no processo licitatório: uma análise crítica.

LAÍS DE GÊNOVA CLAUDINO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador:

Fernando Antônio Soares de Sá Junior

Examinador:

Leonardo de Gênova

Assis/SP

2024

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, que sempre me apoiaram incondicionalmente, sem eles nada seria possível. E ao meu avô, que me ensinou que nunca é tarde para correr atrás dos seus sonhos.

RESUMO

O presente trabalho tem o intuito de dispor acerca das mudanças trazidas pela Nova Lei de Licitações, não somente em suas generalidades, mas especialmente na previsão expressa dos Procedimentos Auxiliares. Estes eram previstos na Lei 8.666/93 e em legislações esparsas, mas a Lei 14.133, promulgada em 01 de abril de 2021, inovou ao trazê-los expressamente em seu texto legal. Além da conceituação, o presente trabalho busca analisar como os Procedimentos Auxiliares fomentam a aplicação do Princípio da Competitividade, expressamente previsto no artigo 5º da referida lei. Para isto, foram analisados entendimentos e jurisprudências dos Tribunais de Contas, além dos artigos dispostos em lei.

Palavras-chave: Nova Lei de Licitações. Procedimentos Auxiliares. Competitividade. Princípios.

ABSTRACT

The presente work is intended to provide about the changes brought by the New Procurement Law, not only in its generality, but especially in the express provision of the auxiliary procedures. These were provided for in Law 8.666/93 and in sparse legislation, but Law 14.133, promulgated on April 1, 2021, innovated by bringing them explicitly in its legal text. In addition to conceptualization, the presente work seeks to analyse how the auxiliary procedures promote the application of the Principle of Competitiveness, expressly provided in article 5 of the aforementioned law. For this purpose, the understanding and jurisprudence of the Court of Auditors, in addition to the articles provided for in the law, were analysed..

Keywords: New Procurement Law. Auxiliary Procedures. Competitiveness. Principles.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

NLCC - NOVA LEI DE LICITAÇÕES

PNCP - PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

ME - MICROEMPRESA

EPP - EMPRESA DE PEQUENO PORTE

SUS - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

TCE-SP - TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

TCU - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

PMI – PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

SRP – SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

ARP – ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

SICAF – SISTEMA DE CADASTRAMENTO UNIFICADO DE FORNECEDORES

SIASG – SISTEMA INTEGRADO DE ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS GERAIS

CRM – CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA

CAU – CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO

CGRNCP - COMITÊ GESTOR DA REDE NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
2. LICITAÇÃO	11
2.1. CONCEITOS INICIAIS	12
2.2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO	14
2.3. PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA LEI 14.133/21	16
2.4 MODALIDADES DE LICITAÇÃO	24
2.5 FORMAS DE CONTRATAÇÃO DIRETA.....	26
3. PROCEDIMENTOS AUXILIARES	32
3.1 CREDENCIAMENTO	32
3.2 PRÉ-QUALIFICAÇÃO	35
3.3 PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE.....	37
3.4 SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO (SRP).....	40
3.5 REGISTRO CADASTRAL	43
4. O PAPEL DOS PROCEDIMENTOS AUXILIARES NO FOMENTO À COMPETITIVIDADE	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS.....	60

INTRODUÇÃO

A Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, conhecida como a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, trouxe uma série de inovações ao arcabouço jurídico que rege as aquisições públicas no Brasil. Em um cenário em que a eficiência e a transparência são imperativas para a administração pública, a Lei 14.133/21 busca alinhar-se a esses princípios ao introduzir novos mecanismos e procedimentos que visam aprimorar o processo licitatório.

Um dos princípios fundamentais consagrados por esta legislação é o Princípio da Competitividade, que tem como objetivo assegurar que a seleção de fornecedores e prestadores de serviços se dê de forma justa e ampla, estimulando a participação de diversos concorrentes e garantindo que a Administração Pública obtenha as melhores condições para a contratação. A competitividade não apenas promove um ambiente de igualdade de oportunidades, mas também fomenta a eficiência na gestão dos recursos públicos.

Simultaneamente, a Lei 14.133/21 introduz procedimentos auxiliares que complementam e reforçam o princípio da competitividade, como a pré-qualificação permanente, o credenciamento, o procedimento de manifestação de interesse, o registro de preços e o registro cadastral. Estes mecanismos visam otimizar o processo licitatório, oferecendo soluções práticas para situações específicas e complexas, como a contratação de bens e serviços de forma mais ágil e adaptável às necessidades da administração pública.

No primeiro capítulo, buscou-se analisar os principais conceitos envolvendo a licitação, sua fundamentação, âmbito de aplicação, princípios específicos trazidos pela NLLC, suas modalidades e as formas de contratação direta.

O segundo capítulo é dedicado aos Procedimentos Auxiliares, elencando seus conceitos, formas de utilização e as inovações trazidas pela Lei 14.133/21. Estes não se confundem com as modalidades de licitação, posto que visam auxiliá-las, mas desempenham um papel fundamental na eficiência de uma contratação pública.

Por último, o terceiro capítulo buscou demonstrar a aplicação dos Procedimentos Auxiliares como fomento ao Princípio da Competitividade, trazendo o

conceito de competitividade, bem como entendimentos doutrinários e jurisprudências dos Tribunais de Contas aplicáveis a cada um dos instrumentos.

Para embasar o presente estudo, foram utilizadas como metodologias pesquisas bibliográficas dentre os principais autores na área de Licitações e Contratos Administrativos, revisando livros, artigos acadêmicos e publicações especializadas. Além disso, foram utilizadas para a análise do impacto dos Procedimentos Auxiliares para a Competitividade a legislação e Decretos regulamentadores, bem como Acórdãos emanados do Tribunal de Contas da União e jurisprudências do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Portanto, este trabalho se propôs a explorar como os procedimentos auxiliares da Lei 14.133/21 interagem com o princípio da competitividade, analisando a eficácia dessas ferramentas na promoção de um ambiente de licitação mais inclusivo e eficiente.

Ao aprofundar-se na análise dos procedimentos auxiliares e sua influência sobre a competitividade, este estudo buscou fornecer uma visão crítica e abrangente sobre a aplicação prática da nova legislação no tocante ao aspecto competitivo.

2. LICITAÇÃO

Ao se deparar com a necessidade de um bem, serviço ou obra, o particular pode, livremente à sua escolha e de acordo com sua vontade, contratar ou adquirir aquilo que necessita, podendo, inclusive, escolher seu fornecedor e o preço que pagará.

O mesmo não ocorre na Administração Pública, pois o processo de compras públicas visa garantir que, quando da necessidade de um bem ou serviço, esta consiga a oferta mais vantajosa, de acordo com o disposto no mercado, não podendo o agente público efetuar compras como se quisesse satisfazer sua necessidade particular, devendo obedecer ao Princípio da Legalidade, na qual somente pode fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei.

Estabelece Filho (2024, pag. 247) que “a maior vantagem se apresenta quando a Administração Pública assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação”, não se confundindo, aqui, a prestação menos onerosa com o menor custo financeiro, mas sim a prestação com melhor qualidade e que se adegue fielmente às necessidades da Administração.

A necessidade de licitar decorre, essencialmente, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que dispõe em seu artigo 37, inciso XXI que:

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

Ainda, dispõe o artigo 22 da Carta Constitucional que é competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, de forma que, para atender ao estabelecido, foi sancionada em 21 de junho de 1993, a Lei 8.666 que regulamentava as normas gerais sobre licitações e contratos.

Referida lei possuía abrangência nacional, prevalecendo sobre todos os processos de compras públicas praticados no âmbito da União, Distrito Federal, Estados e Municípios, inclusive fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes federativos.

A Lei 8.666/93 vigorou no ordenamento brasileiro por 30 anos, estabelecendo as diretrizes que conduziriam os agentes públicos durante o processo licitatório, porém em 01 de abril de 2021 foi sancionada a Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei 14.133/21, trazendo inovações para os processos de compras e contratações públicas. Entretanto, tal inovação somente passou a ser obrigatória a partir de 01 de abril de 2023, facultando aos entes federativos o uso da Lei 8.666/93 ou da Lei 14.133, sendo vedado o uso de forma combinada. Em 31 de março de 2023 foi editada a Medida Provisória nº 1.167, prorrogando até 30 de dezembro a possibilidade de uso da Lei 8.666/93.

Finalmente, em 31 de dezembro de 2023, a Lei 14.133 tornou-se obrigatória para todos os entes federativos, revogando, definitivamente, a Lei 8.666/93.

2.1. CONCEITOS INICIAIS

A licitação é um procedimento administrativo, na qual a Administração Pública, buscando sanar uma necessidade, convoca interessados, por meio de edital, que apresentarão suas propostas, com o intuito de celebrar contrato. Além disso, a Administração deverá buscar atingir a maior quantidade possível de fornecedores, de modo que não se restrinja a competitividade e que se adquira a melhor oferta para o ente governamental.

Dispõe Di Pietro (2024, pag. 364), que:

“No Direito Administrativo, a licitação equivale a uma oferta dirigida a toda a coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais e regulamentares constantes do edital; dentre estas, algumas apresentarão suas propostas, que equivalerão a uma aceitação da oferta de condições por parte da Administração; a esta cabe escolher a que seja mais conveniente para resguardar o interesse público, dentro dos requisitos fixados no ato convocatório.”

Ou seja, ao se deparar com uma necessidade, a Administração não deve simplesmente buscar saná-la, mas sim garantir que haja uma competição entre os interessados, em condições isonômicas, só sendo possível exigir destes os requisitos expressamente dispostos no edital e em consonância com o objeto a ser contratado e, principalmente, com o interesse público.

De igual forma, Marçal Justen Filho (2024, pag. 241) conceitua licitação como

“Um procedimento administrativo destinado a permitir a competição entre os interessados em contratar com a Administração Pública, disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio (edital), que estabelecem critérios objetivos para a seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia.”

Diferentemente do particular, que possui total liberdade ao adquirir, contratar ou alienar imóveis, bens ou serviços, os entes públicos devem observar os princípios dispostos no artigo 37 da Constituição Federal, quais sejam, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Referidos princípios devem nortear todos os atos administrativos e, sendo a licitação um procedimento administrativo, composta de vários atos em conjunto, não há possibilidade do agente público de descumprimento destes princípios.

A atuação do agente público no processo licitatório é inerente a estes princípios, pois este somente pode fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei, devendo seguir rigorosamente a legislação aplicável e demais regramentos, tais como decretos, resoluções, instruções normativas, dentre outros.

Da mesma forma, cabe ao agente público a condução do processo licitatório de forma impessoal, sem benefícios ou prejuízos de natureza particular ou política a nenhuma parte integrante, sempre se pautando em critérios objetivos. Suas condutas devem, também, ser pautadas pela ética e valores morais, além de prezar, sempre que possível, pela transparência de todo o processo licitatório, garantindo a igualdade de condições de todos os interessados e, principalmente, que tudo seja feito de forma eficiente, ou seja, célere, econômica e com qualidade.

Ao realizar uma compra pública, o ente está vinculado à observância destes princípios em todas as fases, ou seja, desde a fase preparatória até o

momento de adjudicação e homologação do vencedor, pois, conforme dispõe Marçal Justen Filho (2024, pag. 241) “não é admissível que a Administração adote soluções arbitrárias, economicamente desvantajosas, socialmente inconvenientes, sem a observância da publicidade ou produzidas sem observância de um procedimento adequado”.

2.2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

A Lei 14.133/21 dispõe, em seu artigo 1º, que as normas gerais de licitação e contratação devem ser observadas pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos dos Poderes Legislativos dos Municípios, quando desempenharem função administrativa.

Além disso, sujeitam-se às normas da Lei 14.133 os fundos especiais e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.

Foram excluídas da abrangência da Nova Lei de Licitações e Contratos as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, tendo em vista que são regidas por estatuto próprio – a Lei 13.303 de 30 de junho de 2016. Aqui, vale ressaltar que estas não se valerão das normas gerais da Lei 14.133/21 independentemente da finalidade para a qual foram criadas, inclusive para a prestação de serviços públicos ou exploração de atividade econômica (Spitzcovsky, 2024, pag. 221). A única exceção, entretanto, é que o artigo 178 da Lei 14.133/21 é aplicável para estas entidades, posto que incluiu no Código Penal o capítulo sobre os crimes em licitações e contratos administrativos.

Quanto às contratações realizadas no âmbito das repartições públicas sediadas no exterior, dispõe o § 2º do artigo 1º da Lei 14.133/21 que “obedecerão às peculiaridades locais e aos princípios básicos estabelecidos nesta Lei, na forma de regulamentação específica a ser editada por ministro de Estado”.

No caso das contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro da qual o Brasil faça parte, o § 3º do artigo 1º mitigou a possibilidade de aplicação da Lei 14.133/21, estabelecendo que podem ser admitidas:

“I - Condições decorrentes de acordos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Presidente da República;

II - Condições peculiares à seleção e à contratação constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos, desde que:

a) sejam exigidas para a obtenção do empréstimo ou doação;

b) não conflitem com os princípios constitucionais em vigor;

c) sejam indicadas no respectivo contrato de empréstimo ou doação e tenham sido objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento previamente à celebração do referido contrato;”

Além disso, a Nova Lei de Licitações e Contratos estabelece, em seu artigo 2º, os tipos de contratos na qual ela se aplica, sendo estes:

“I - alienação e concessão de direito real de uso de bens;

II - compra, inclusive por encomenda;

III - locação;

IV - concessão e permissão de uso de bens públicos;

V - prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados;

VI - obras e serviços de arquitetura e engenharia;

VII - contratações de tecnologia da informação e de comunicação.”

A nova lei possui uma técnica superior a Lei 8.666/93, que apenas previa em seu regramento compras, alienações, obras e serviços, de forma geral, enquanto aquela elencou cada um dos contratos em seu artigo 2º. Conforme Matheus Carvalho (2024, pag. 24), “ao fazer dessa maneira, reduziu a quantidade de lacunas possível, permitindo que a interpretação feita por seu aplicador ganhe em importância e permitindo que novas espécies contratuais sejam assim identificadas”.

O novo regramento excluiu de sua abrangência os contratos que tenham como objeto as operações de crédito e gestão de dívida pública, bem como as contratações que possuem legislação própria.

Importante instrumento incluído na Lei 14.133/21 é o previsto em seu artigo 4º, na qual dispõe a aplicação da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, nos processos licitatórios realizados pela Administração Pública.

Referido regramento estabelece tratamento diferenciado e favorecido, em seu artigo 47, para as Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) nas licitações públicas, que impactam diretamente nas etapas da licitação, inclusive na expedição do edital, tendo em vista que, a depender do caso, a licitação será exclusiva para ME e EPP para itens de até R\$ 80.000,00, poderão ser estabelecidas

cotas de até 25% exclusivas para estas ou podem subcontratar outras empresas para a execução de parte do objeto licitado.

2.3. PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA LEI 14.133/21

Princípios são comandos destinados a embasar e garantir que os atos decorrentes de normas legais não confrontem valores fundamentais do ordenamento jurídico. Estes servirão como orientador para a realização de atos administrativos pelos agentes públicos que, não raras vezes, se depararão com a necessidade de ponderação entre estes princípios, decidindo, de forma motivada, qual irá prevalecer em detrimento do outro.

A Lei 14.133/21 trouxe em seu texto um extenso rol de princípios, acrescentando outros 17 aos já previstos anteriormente na Lei 8.666/93. A necessidade de licitar, por si só, decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público, pois, ao contratar, a Administração Pública deverá escolher a proposta que melhor atenda ao interesse público, tendo em vista sua posição de superioridade diante do particular.

Dispõe o artigo 5º da Lei 14.133/21 que:

“serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável (...)”.

O Princípio da Legalidade estabelece que, enquanto o particular pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a Administração Pública, por meio de seus agentes, só pode fazer aquilo que a lei prevê. No âmbito dos processos licitatórios, este princípio impedirá que a Administração estabeleça critérios arbitrários, em desacordo com o estabelecido em lei, de forma a privilegiar participantes ou não obter a proposta mais vantajosa. Esta deve obedecer estritamente aos princípios e normas estabelecidos em lei, desde a fase preparatória, ao realizar busca de orçamentos e instruir o processo com Estudo Técnico Preliminar (agora obrigatório

na Lei 14.133/21), até mesmo para a definição das modalidades de licitação e o critério de julgamento das propostas.

Além disso, exemplifica-se o princípio da legalidade ao garantir em seu artigo 164 da NLLC que qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação ou para solicitar esclarecimento em até 03 dias úteis antes da abertura do certame. A lei, nesse caso, obriga a Administração Pública a responder a impugnação ou pedido de esclarecimento também no prazo de 03 dias, garantindo, assim, que a coletividade não seja afetada pela inobservância das normas legais previstas.

Também do Princípio da Legalidade decorre o Princípio da Vinculação ao Edital, na qual o agente público deve estrita observância ao que está disposto no edital de licitação, não podendo agir conforme sua vontade, nem contra as determinações dispostas na NLLC, sob pena de ensejar a nulidade do processo licitatório. O artigo 25 da Lei 14.133/21 estabelece as informações obrigatórias num edital de licitação, quais sejam “o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

O Princípio da Impessoalidade no âmbito licitatório, por sua vez, dispõe que a licitação não favoreça ou prejudique determinado licitante, mas sim atenda ao interesse público, de forma imparcial e se utilizando de critérios objetivos e definidos em lei, objetivando garantir a proposta mais vantajosa para a Administração Pública e, especialmente, sem caracterizar promoção pessoal de agentes públicos ou autoridades. Quando o agente público age, sempre está agindo em nome da Administração e não em seu nome.

Este princípio demonstra-se imprescindível nos momentos de campanhas políticas, ao vedar que, aqueles que almejem a reeleição em mandatos eletivos se utilizem de eventuais obras realizadas ou contratações efetuadas durante seu mandato como forma de promoção pessoal. Nesse sentido, estabelece o artigo 37, § 1º da Constituição Federal que:

“A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”.

Constitui-se como desdobramento da Impessoalidade o Princípio do Julgamento Objetivo, que veda a discricionariedade na escolha das propostas pelo administrador. Este deve prever, de forma expressa, no edital, os critérios a serem utilizados no julgamento das propostas, dentre os estabelecidos no artigo 33, que são menor preço, maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior lance ou maior retorno econômico, utilizando um deles de acordo com a particularidade do objeto licitado, em conformidade ao disposto na NLLC.

Dispõe o Princípio da Moralidade que a condução das licitações deve se pautar em preceitos éticos e morais, devendo ser observados não só pela Administração Pública, mas também pelos licitantes, sendo vedadas qualquer forma de conluio ou favorecimento entre uns e outros.

Além de referir-se à moral, a Lei 14.133/21 também elenca entre seus princípios a probidade administrativa, pois a moral ainda se demonstra como algo difícil de ser conceituado, enquanto a probidade apresenta-se como um conceito mais bem definido e objetivo na Administração Pública, já que é extensamente prevista no ordenamento jurídico, como por exemplo, no artigo 37, § 4º da Constituição Federal, na Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429, de 02 de junho de 1992 e, também, nos diversos artigos da NLLC, exemplificadamente, nos artigos 7º, inciso III, que veda a atuação de agentes públicos em licitações nas quais haja vínculo de parentesco com os licitantes e artigo 14, que elenca situações em que é vedada a participação em processos licitatórios.

O Princípio da Publicidade está intimamente relacionado com a transparência, estabelecendo que todos os atos sejam de pleno conhecimento da coletividade. Para tanto, diferenciam-se dois tipos de transparência: a ativa, quando a informação está disposta à população sem que seja necessário nenhum tipo de requerimento e a passiva, que é aquela mediante o qual é necessário um pedido para a obtenção da informação.

A publicidade decorre da transparência e possui duas funções: a de permitir o amplo acesso aos interessados e a fiscalização da regularidade dos atos praticados (FILHO, 2024, pag. 254).

A publicidade é regra geral na Lei 14.133/21, sendo prevista diversas vezes em seu texto legal, dentre eles no artigo 13 que estabelece que os atos do

processo licitatório “são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei” e no artigo 25, § 3º que dispõe que todos os elementos do processo licitatório deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial, sem necessidade de registro ou de identificação para seu acesso, estabelecendo, aqui, clara transparência ativa.

A maior inovação da NLLC no âmbito da publicidade e transparência refere-se à criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), previsto no artigo 174 e destinado à “divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei” e “realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos”, conforme preceitua seus incisos I e II, respectivamente. Nele, deverão ser publicados todos os editais, atas de habilitação, avisos de contratação direta, planos de contratação anuais, contratos e termos aditivos, bem como demais informações acerca das contratações realizadas pelo ente.

O PNCP tornou-se, além de instrumento de transparência, um manual de boas práticas para a Administração Pública, tendo em vista que, ao dar publicidade em âmbito nacional das contratações públicas realizadas, permite-se que, cada vez mais, os processos sejam melhorados, dada a maior fiscalização destes por parte da sociedade.

Princípio intimamente relacionado com a publicidade e transparência é o da Motivação, eis que prevê que todas as decisões proferidas pela Administração Pública sejam motivadas, ou seja, tenham fundamentos fáticos e de direitos. Por exemplo, o artigo 17, § 2º estabelece que, em regra, as licitações serão realizadas de forma eletrônica, podendo, contudo, ser efetuadas de forma presencial, desde que motivadas.

Os princípios da eficácia, planejamento, celeridade e economicidade também são interrelacionados e se desdobram como subprincípios da Eficiência na Administração Pública. Esta visa sempre à melhor utilização de recursos públicos, enquanto a eficácia busca que o processo licitatório atinja o resultado pretendido pela administração. Para que isso aconteça, é fundamental que os agentes conduzam o procedimento licitatório de forma célere, respeitando os prazos prescritos em lei e sem medidas protelatórias. Além disso, a economicidade constitui-se como uma forma de garantir que o ente consiga o resultado pretendido,

já que nem sempre a oferta mais vantajosa para a administração será a de menor valor, mas sim aquela com o melhor custo-benefício.

Nenhum desses princípios, por sua vez, serão respeitados se o agente público não atuar com planejamento, compreendendo quais são as necessidades, as soluções possíveis e os riscos envolvidos na contratação. A Lei 14.133/21 trouxe importantes ferramentas para auxiliar o planejamento nos processos licitatórios, como o Plano de Contratações Anual, previsto no artigo 12, inciso VII e regulamentado pelo Decreto Federal nº 10.947, de 25 de janeiro de 2022, que objetiva “racionalizar as contratações efetuadas, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias”.

Decorrente do Plano de Contratações Anual, veio a obrigatoriedade de instruir os processos de compras públicas, em sua fase de planejamento, com o Estudo Técnico Preliminar. Este é definido no artigo 3º, inciso I da Instrução Normativa SEGES nº 58, de 08 de agosto de 2022, como

“O documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação”.

Do Princípio do Interesse Público decorre a prevalência da Administração receber poderes especiais da lei, tendo em vista que está em posição de superioridade diante do particular e deve defender os interesses da coletividade e não somente de um indivíduo ou grupo de pessoas. Por isso, o ente público tem a possibilidade de revogar licitações por motivos de conveniência ou oportunidade, conforme disposto no artigo 71, inciso II da Lei 14.133/21 ou rescindir unilateralmente contratos administrativos.

O Princípio da Igualdade, ou isonomia, está previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), da qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e, também, em seu artigo 37, inciso XXI ao determinar que o processo licitatório observe a “igualdade de condições a todos os concorrentes”, não podendo estabelecer condição de participação ou execução do objeto que não seja igual para todos os interessados e pautando-se em critérios

objetivos e previamente estabelecidos. Por isso, a Lei de Licitações e Contratos previu em seu, também, artigo 5º o Princípio da Igualdade como uma das diretrizes da licitação.

A igualdade, entretanto, não deve ser analisada de forma engessada, pois comporta exceções que devem ser analisadas de acordo com o Princípio da Razoabilidade, também previsto na NLLC. Este estabelece que o tratamento diferenciado é lícito, se houver justificativa adequada, ou razoabilidade, de forma a atingir um determinado fim. Não há possibilidade de falar de mitigação do Princípio da Igualdade sem falar de Razoabilidade, tendo em vista que esta evitará arbitrariedades administrativas e maior segurança jurídica para a Administração Pública.

Dispõe o artigo 9º da Lei 14.133/21:

“É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - Admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

- a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;
- b) estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes;
- c) sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto específico do contrato;

II - Estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvido financiamento de agência internacional;

III - opor resistência injustificada ao andamento dos processos e, indevidamente, retardar ou deixar de praticar ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa em lei. ”

Desse artigo, depreende-se que, nas situações pertinentes e relevantes para o objeto do contrato, o agente público poderá atuar de forma diversa, não ferindo o princípio da isonomia.

Outra importante relativização do Princípio da Igualdade demonstra-se na aplicação da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que institui o Estatuto da Microempresa (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP) e, em seu artigo 44 e seguintes, estabelece critérios de desempate e a possibilidade de tratamento diferenciado para as ME e EPP, como forma de promoção do desenvolvimento nacional.

Dispõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2024, pag. 380), que:

“As exceções criadas em benefício das microempresas e empresas de pequeno porte não conflitam com o princípio da isonomia, tendo em vista que, no caso das microempresas e empresas de pequeno porte, o tratamento diferenciado resulta da própria situação desigual dessas empresas em relação a outras que não têm a mesma natureza e encontra fundamento nos arts. 170, IX, e 179 da Constituição Federal.”

A mitigação do Princípio da Igualdade deve pautar-se, não somente na Razoabilidade, mas também na Proporcionalidade, de forma a garantir que os fins almejados pela Administração sejam adequados e necessários, não sendo medidas por critérios pessoais do agente público, mas sim por critérios que busquem o atingimento do interesse público em cada caso concreto.

A Nova Lei de Licitações e Contratos trouxe, ainda, em seu texto, o dever de observância ao Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável, na qual condiciona a Administração Pública a adotar critérios ambientais ao realizar contratações, de forma a garantir a preservação de recursos e, conseqüentemente, a integridade do meio ambiente.

A promoção do desenvolvimento nacional sustentável pode ser garantida pela Administração Pública ao prever, nas contratações, utilização de tecnologias e materiais que reduzam o impacto ambiental, aquisições com material reciclado e/ou biodegradável ou com maior economia no consumo de energia elétrica, dentre outros. Inclusive, a Instrução Normativa nº 58/24, que trata da elaboração do Estudo Técnico Preliminar, dispôs em seu artigo 9º, inciso XII, a necessidade de descrever “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” durante a fase preparatória da contratação.

Além disso, o desenvolvimento nacional sustentável também foi incluído na NLLC como um objetivo, em seu artigo 11, inciso IV, demonstrando que o Estado deve preocupar-se com as questões ambientais tanto quanto preocupa-se com as questões econômicas nos processos licitatórios.

O Princípio da Segregação de Funções foi uma importante inovação trazida pela Nova Lei de Licitações e Contratos, pois definiu responsabilidades dos

agentes envolvidos no processo de licitação e separou suas diversas fases. A licitação, para atender aos diversos princípios elencados anteriormente, inclusive este, não deve ser conduzida por apenas um agente público, mas sim por vários, cada um exercendo uma função e responsabilizando-se por tal. Ademais, dispõe o artigo 7º, § 1º que a autoridade máxima do órgão não pode designar o mesmo agente para “atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação”. Agindo desta forma, inibe-se a possibilidade do mesmo agente fiscalizar os atos por ele produzidos.

Conforme José dos Santos Carvalho Filho (2024, pag. 204) “Quanto mais ampla a segregação de funções, mais seguro será o controle sobre sua origem e seus resultados, inclusive sobre a atuação dos administradores”.

A partir da segregação de funções e dos princípios vistos anteriormente, decorre o Princípio da Segurança Jurídica, que objetiva garantir estabilidade em conformidade com as normas vigentes. Este princípio traz maior segurança aos licitantes, tendo em vista que evita que o administrador cometa arbitrariedades e garante que seja responsabilizado caso as cometa, além de impor à Administração Pública a observância das regras do processo licitatório, sem inovações infundadas ou surpresas.

A Segurança Jurídica decorre, principalmente, da interpretação que a Administração dá às normas vigentes, fazendo sua aplicação em caso concreto. Ainda que a interpretação seja passível de nova orientação no ordenamento jurídico, não pode a Administração utilizá-la em benefício próprio e desrespeitando os direitos reconhecidos aos administrados. Conforme Di Pietro (2024, pag. 96)

“A segurança jurídica tem muita relação com a ideia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.”

A Segurança Jurídica é protegida pela Lei 14.133/21 quando dispõe em seu texto mecanismos que possibilitem estabilidade jurídica e evitem arbitrariedades, tais como a obrigatoriedade da autoridade, ao pronunciar a nulidade, tornar sem efeito todos os atos subsequentes dos atos com vícios insanáveis, conforme artigo 71, § 1º, ou a possibilidade de interpor recursos nos casos dispostos no artigo 165 ou, ainda, a possibilidade de qualquer pessoa representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas contra irregularidade na aplicação da Lei, conforme artigo 170, § 4º.

Finalmente, o legislador previu dentre o rol do artigo 5º da NLLC, o Princípio da Competitividade, que é de fundamental importância para o processo licitatório. Entretanto, este será tratado em capítulo separado, tendo em vista sua alta relevância no tema objeto deste presente Trabalho.

2.4 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

As modalidades de licitação referem-se às formas com que os processos podem ser realizados. De acordo com Matheus Carvalho (2024, pag. 212), “a licitação é um processo, ou seja, uma sucessão de atos concatenados em direção a um objetivo e as modalidades são procedimentos, ou seja, a maneira pela qual esses atos do processo são produzidos”. Na antiga Lei 8.666/93, a modalidade era definida em razão do valor estimado para a contratação e não em razão do objeto, como foi estabelecido pela nova lei.

As modalidades previstas na antiga lei eram Concorrência, Concurso, Leilão, Convite, Tomada de Preços, Pregão e Regime Diferenciado de Contratação, sendo estas duas últimas regidas por lei específica. A NLLC trouxe algumas mudanças nestas modalidades, suprimindo algumas e criando outra, sendo extintos o Convite e a Tomada de Preços e criando a figura do Diálogo Competitivo, além de incorporar o Pregão, já que é a modalidade mais utilizada no âmbito licitatório.

Desta forma, o artigo 28 da Lei 14.133/21 previu como modalidades de licitação: I) pregão; II) concorrência; III) concurso; IV) leilão e V) diálogo competitivo.

O Pregão, antes previsto na Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, tem previsão expressa na Nova Lei de Licitações e Contratos e é destinado à aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço

ou maior desconto, conforme estabelece o artigo 6º, inciso XLI da Lei 14.133/21. Bens e serviços comuns são, segundo o inciso XIII do referido artigo, “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado”.

A Concorrência é modalidade utilizada para a contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, podendo ser utilizado como critérios de julgamento todos os previstos na NLLC, quais sejam menor preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior retorno econômico ou maior desconto. Esta modalidade, antes destinada às contratações com maior valor econômico, agora deve ser utilizada sempre que a contratação não for considerada um objeto comum. Dada a complexidade do objeto, serão analisados com maior profundidade pelo agente público responsável por conduzir o processo licitatório.

O Concurso, por sua vez, é modalidade prevista no inciso XXXIX do artigo 6º da NLLC e destina-se à “escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor. ” Essa modalidade, como pode se depreender do texto legal, não possui conteúdo econômico, mas sim, consiste em remunerar um viés artístico, técnico ou científico. Quando se refere à projeto, o autor vencedor deverá ceder os direitos patrimoniais à Administração e autorizar sua execução conforme conveniência e oportunidade desta, de acordo com o disposto no parágrafo único do artigo 30.

O Leilão, conforme estabelece o artigo 31 da Lei 14.133/21, é a modalidade utilizada pela Administração Pública quando esta necessita alienar bens imóveis, bens móveis inservíveis ou objetos de apreensão legal, sendo o critério de julgamento das propostas exclusivamente o maior lance. Esta modalidade será executada por servidor designado pela autoridade competente ou por leiloeiro oficial, que será selecionado mediante credenciamento ou pregão. Diferentemente das outras modalidades, o leilão não exige registro cadastral prévio do licitante, nem tampouco possui fase de habilitação, devendo a autoridade competente homologar o procedimento assim que finalizada a etapa de lances, recursal e após o pagamento pelo licitante vencedor, conforme dispõe o § 4º do referido artigo.

O Diálogo Competitivo apresenta-se como uma inovação trazida ao processo licitatório e, conforme inciso XLII do artigo 6º, destina-se a:

“Contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos”

Ou seja, deverá ser utilizada nos casos em que a Administração necessita contratar um determinado objeto/serviço, porém não sabe qual seria a melhor alternativa que supriria sua necessidade, visto sua complexidade, solicitando, para isso, a ajuda dos particulares. Conforme Matheus Carvalho (2024, pag. 220), “a construção de uma solução dos problemas da Administração juntamente com a iniciativa privada, faz com que novas tecnologias cheguem às contratações públicas e enseje uma melhoria da eficiência dos contratos firmados”.

2.5 FORMAS DE CONTRATAÇÃO DIRETA

Ainda que a Constituição Federal e a Lei 14.133/21 estabeleçam o dever da Administração Pública de licitar, há situações em que ela se tornará dispensável, seja por não haver fornecedores capazes de ensejar competitividade ou por situações de emergência ou calamidade pública.

José dos Santos Carvalho Filho (2024, pag. 217) conceitua a contratação direta como a "celebração de contrato administrativo sem a realização de prévia licitação e, em consequência, sem o critério seletivo que rege as contratações em geral, nos casos enumerados na lei”.

A possibilidade de o ente público contratar sem prévia licitação, não significa, entretanto, que pode contratar de forma indiscriminada, visto que as hipóteses estão previstas legalmente nos artigos 74 e 75 da NLLC, que tratam, respectivamente, da Inexigibilidade e da Dispensa. De forma a instruir o processo de contratação direta, dispôs o artigo 72 acerca dos documentos obrigatórios, sendo eles:

"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."

A não observância destes pressupostos, ensejando contratação indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro trará responsabilidade solidária entre o contratado e o agente público pelo dano causado ao erário, sem, entretanto, prejuízo de outras sanções cabíveis, conforme redação do artigo 73 da NLLC.

A diferença básica entre a Inexigibilidade e a Dispensa é que na primeira não há possibilidade de competição, tendo em vista que somente um objeto ou fornecedor atende à necessidade da administração, enquanto na segunda há discricionariedade do ente público em licitar ou não, não se constituindo, portanto, como obrigatória. Além disso, os casos de dispensa são elencados em rol taxativo, enquanto os de inexigibilidade possuem rol exemplificativo, possibilitando à administração a ampliação do rol de acordo com a impossibilidade de competição.

A Inexigibilidade de licitação, conforme dito, ocorre quando há inviabilidade de competição, não podendo a Administração Pública, por isso, realizar processo licitatório. Conforme Marçal Justen Filho (2024, pag. 281), a impossibilidade de competição ocorre quando não há pluralidade de alternativas nem de mercado concorrencial, não é possível o julgamento objetivo, não há definição objetiva da prestação ou há ausência de seleção segundo uma avaliação subjetiva da Administração.

A primeira hipótese de Inexigibilidade elencada no artigo 74 trata dos bens ou serviços que só possam ser fornecidos por produtor, representante comercial ou empresa exclusivos, devendo a Administração comprovar esta

condição no processo com atestado ou contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou demais documentos comprobatórios, conforme dispõe o parágrafo único do referido artigo.

Da mesma forma, o inciso II estabelece que é inexigível a licitação, podendo ser contratado diretamente o artista consagrado pela crítica especializada ou opinião pública, seja diretamente ou por meio de seu empresário exclusivo. A NLLC inovou ao prever em seu texto legal, quando comparado ao da antiga lei, que a exclusividade de representação do artista deve ser contínua e permanente, estabelecendo um caráter dúbio para esse pressuposto, pois, conforme José Calasans Jr. (2024, pag. 139), “Se, de um lado, prestigia a atividade do representante do artista, de outro lado inviabiliza a contratação daqueles artistas que, por ainda não disporem de reconhecimento mais amplo, não contam com representante permanente”.

Estabelece o inciso III a inviabilidade de competição quando da contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, com profissionais de notória especialização, elencando em suas alíneas algumas hipóteses dos referidos serviços, tais como estudos técnicos, pareceres, perícias, assessorias ou auditorias, treinamento de pessoal, dentre outros.

Em sede de Ação Penal, dispôs o Supremo Tribunal Federal que serviços técnicos especializados são:

“serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. (...) O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração” (AP 348/SC, Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 15.12.2006, DJe 02.08.2007).

O § 3º do artigo 74 estabelece que a notória especialização decorre de estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento ou equipe técnica

que permitam inferir que seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado ao que a Administração pretende contratar.

Importante inovação da Lei 14.133/21 é o disposto no inciso IV do artigo 74, ao estabelecer que os objetos a serem contratados por meio de Credenciamento é hipótese de Inexigibilidade de licitação. Nesta situação, não há competição, visto que a Administração Pública não selecionará apenas um ou alguns licitantes, contratando de forma direta todos aqueles que cumprirem os requisitos estabelecidos em edital.

Por último, dispõe o inciso V que há inviabilidade de competição para as “aquisições ou locações de imóveis cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha”. Neste, o legislador estabeleceu alguns requisitos, quais sejam a necessidade de avaliação prévia, o estado de conservação e os custos de adaptações do imóvel em questão. Além disso, a Administração Pública deve comprovar que não há imóveis públicos disponíveis, bem como demonstrar a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado e sua vantagem para ela.

A Dispensa de licitação, prevista no artigo 75 da Lei 14.133/21, ocorrerá nas situações expressamente previstas em seu inciso, sendo vedada a criação de novas hipóteses. Esta ocorre quando não se demonstra viável para o ente público realizar licitação, seja em razão do baixo valor, em decorrência de emergência ou calamidade pública, ou em razão da particularidade do objeto a ser contratado.

Nestas hipóteses, demonstra-se mais benéfico para a Administração Pública contratar mediante dispensa ao invés de licitar, visto que o ato de realizar um processo licitatório muitas vezes é oneroso para a Administração, que precisa despender de tempo e pessoal para sua realização, além dos custos econômicos envolvidos, como publicações em Diário Oficial e Jornal de grande circulação.

As situações mais utilizadas de Dispensa de Licitação são baseadas em critérios de valor, que abrangem contratações de obras e serviços de engenharias ou serviços de manutenção de veículos automotores com valores até R\$ 119.812,02 ou contratações de outros bens e serviços de até R\$ 59.906,02, conforme Decreto 11.871, de 29 de dezembro de 2023. Diferentemente da Lei

8.666/93, a NLLC prevê em seu § 1º do artigo 75, os limites nos quais esses valores devem ser observados, conforme segue:

I - o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora;

II - o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade. ”

São outras hipóteses em que a licitação será dispensável os casos de contratações que mantenham as mesmas condições de licitação realizada há menos de 1 ano, quando esta for deserta ou fracassada; as contratações em razão da especificidade do objeto, elencadas nas alíneas “a” a “m” do inciso IV; contratações com vistas ao incentivo à inovação e à pesquisa científica, conforme dispõe a Lei 10.973, de 02 de dezembro de 2004; contratações que possam ensejar comprometimento da segurança nacional, quando estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa; nos casos de guerra, estado de defesa, de sítio, intervenção federal, ou grave perturbação da ordem; emergência ou calamidade pública, quando a demora no atendimento comprometer a continuidade de serviços públicos ou a segurança das pessoas; aquisição de bens ou serviços prestados por entidade que integre a Administração Pública, que tenham sido criados para esse fim específico e desde que preço praticado seja compatível com o de mercado; quando a União intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar abastecimento; celebração de contrato de programa com ente federativo ou entidade da Administração Pública indireta; nas contratações de transferência de tecnologia de produtos estrangeiros para o Sistema Único de Saúde (SUS); contratação de profissionais para compor comissão de avaliação de técnica, quando envolver profissional de notória especialização; contratação de prestação de serviços de associação de pessoas com deficiência; contratação de fundações de apoio; para aquisição de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação que objetive apoiar a Administração Pública; implementação de cisternas ou outras tecnologias para acesso à água para consumo humano; e, por fim, implementação do Programa Cozinha Solidária.

Outras hipóteses de dispensa de licitação estão elencadas no artigo 76, que dispõe acerca da alienação de imóveis. Apesar de o referido artigo exigir

licitação na modalidade leilão para a alienação, este prevê que a licitação é dispensada nos casos de:

- “a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas “f”, “g” e “h” deste inciso;
- c) permuta por outros imóveis que atendam aos requisitos relacionados às finalidades precípua da Administração, desde que a diferença apurada não ultrapasse a metade do valor do imóvel que será ofertado pela União, segundo avaliação prévia, e ocorra a torna de valores, sempre que for o caso;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera de governo;
- f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente usados em programas de habitação ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;
- g) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis comerciais de âmbito local, com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e destinados a programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;
- h) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;
- i) legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública competentes;
- j) legitimação fundiária e legitimação de posse de que trata a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017;”

As hipóteses de Inexigibilidade e Dispensa de licitação não são tema central deste trabalho, por isso não serão objetos de maiores aprofundamentos, limitando-se apenas a elencar as possibilidades dispostas no texto legal.

3. PROCEDIMENTOS AUXILIARES

Procedimentos Auxiliares podem ser definidos como procedimentos adotados pela Administração Pública como forma de auxiliar um processo licitatório ou até mesmo substituí-lo, de maneira a ensejar maior eficiência no processo de contratação. Estes não podem confundir-se com modalidades, uma vez que são instrumentos simplificados e não devem observância às regras de uma licitação. Conforme Marçal Justen Filho (2021, pag. 1126):

“Tais procedimentos se caracterizam, então, pela ausência de conteúdo satisfativo próprio e autônomo. A finalidade dos procedimentos em questão consiste em reduzir a complexidade e ampliar a dinamicidade dos procedimentos licitatórios propriamente ditos”.

Apesar de não ter previsão expressa desta nomenclatura na finada Lei 8.666/93, os Procedimentos Auxiliares eram previstos nas legislações esparsas e já utilizados pelo ente público. Contudo, o legislador inovou ao tratar deste tema de forma expressa no texto legal, trazendo maior técnica e sistematização aos procedimentos. O sistema de registro de preços, a pré-qualificação, o credenciamento e o registro cadastral já eram previstos e bastante utilizados na Lei 8.666/93, sendo agora condensados no artigo 78 da NLLC. Desta forma, dispõe o referido artigo que os procedimentos auxiliares de licitação e contratação são: I) credenciamento; II) pré-qualificação; III) procedimento de manifestação de interesse; IV) sistema de registro de preços e V) registro cadastral.

3.1 CREDENCIAMENTO

O Credenciamento é definido no inciso XLIII do artigo 6º da Lei 14.133/21 como um:

“Processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados. ”

Nele, não há competição, não pela falta de fornecedores no mercado, mas sim porque todos os interessados que preencherem os requisitos estabelecidos no edital serão credenciados e estarão habilitados a prestarem serviços ou fornecer bens para a Administração Pública. O Credenciamento apresenta-se vantajoso quando o ente público necessita contratar um bem ou serviço, mas sua prestação pode se dar por mais de um fornecedor, por exemplo, nos casos de contratação de especialidades médicas para atuação em Unidades Básicas de Saúde do Sistema único de Saúde (SUS) de um município. Neste caso, a administração pode contratar diversos médicos, pelo mesmo preço registrado, visto sua necessidade de prestação de serviços em mais de um local.

O Credenciamento não possuía previsão expressa na Lei 8.666/93, mas já era amplamente utilizado como forma de inexigibilidade. Conforme dispôs o Tribunal de Contas da União:

“9.2.3. embora não esteja previsto nos incisos do art. 25 da Lei n. 8.666/1993, o credenciamento tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência como hipótese de inexigibilidade inserida no caput do referido dispositivo legal, porquanto a inviabilidade de competição configura-se pelo fato de a Administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas, não havendo, portanto, relação de exclusão;” (Acórdão 351/2010)

A Lei 14.133/21 previu expressamente o Credenciamento como instrumento auxiliar de contratação em seu artigo 79, entretanto, diferentemente dos demais, este não auxilia o procedimento para uma posterior licitação, mas sim efetua a contratação diretamente, por meio de inexigibilidade.

Uma das hipóteses elencadas no referido artigo possibilita que o ente público contrate quando houver condições paralelas e não excludentes, ou seja, contratações simultâneas em condições padronizadas, conforme inciso I. Seria o caso de credenciamento de leiloeiros para realizar leilões de bens apreendidos, ou a contratação de médicos para atuação nas Unidades Básicas de Saúde mencionados anteriormente. A utilização do credenciamento nestes casos é extremamente vantajosa, pois, se caso a administração optasse por fazer a contratação por meio de um Pregão Eletrônico, por exemplo, teria apenas um fornecedor considerado vencedor e este seria responsável por toda a execução da prestação. Ao contratar

mediante credenciamento, o ente público tem a possibilidade de dispor de vários fornecedores executando a prestação, resultando numa maior eficiência na contratação pública.

Outra hipótese é a prevista no inciso II, na qual dispõe acerca de contratações com seleção a critério de terceiros, ou seja, quem escolherá o prestador de serviço é o beneficiário direto da prestação. Exemplo de credenciamento neste caso ocorre quando o ente público necessita contratar laboratórios para a realização de exames do SUS, na qual a Administração credenciará estes e o usuário, mediante guia de encaminhamento, se dirigirá ao laboratório credenciado de sua preferência.

Ademais, prevê o inciso III do artigo 79 que a Administração Pública poderá contratar por meio de credenciamento bens ou serviços que possuam grande flutuação de valor e, por isso, inviabilizam a realização de processo de licitação. Esta flutuação de valor foi denominada no texto legal de mercados fluidos, que ocorre nos casos de combustíveis, aquisição de passagens aéreas, medicamentos, que possuem alta oscilação de valor em razão de sua matéria-prima, dentre outros.

Nos casos dos postos de gasolina, por exemplo, o ente público deverá credenciar os postos de gasolina em seu município que cumprirem os requisitos de habilitação constantes no edital e, somente no momento em que necessitar do abastecimento, deverá solicitar a cotação para os postos credenciados, registrando o preço e, então, efetuando a contratação com o menor valor.

A opção pela Administração Pública pelo credenciamento fundamentado em mercados fluidos pode ser uma ferramenta interessante para diminuir os processos administrativos contra empresas por não cumprimento do valor ofertado no momento de realização do processo licitatório. Ao ofertar seu valor, o licitante considera os custos envolvidos naquele momento e não tem como prever futuras oscilações de valores, seja em decorrência de falta de matéria-prima, ou por questões externas alheias à vontade dele e, por isso, ao se deparar com um custo maior do que o previsto no momento da realização da licitação, este não poderá cumprir o que foi contratado.

O Credenciamento foi regulamentado por meio do Decreto Federal 11.878, em 09 de janeiro de 2024, dispendo sobre as normas gerais de aplicação

deste procedimento auxiliar. A principal mudança trazida em relação à antiga forma de fazer o Credenciamento é que agora não há mais prazo para abertura dos envelopes de habilitação, pois o artigo 79, parágrafo único, inciso I da Lei 14.133/21 bem como o artigo 5º do Decreto Federal 11.878/24 estabelecem que o credenciamento ficará permanentemente aberto durante a vigência do edital, de forma que qualquer um poderá se credenciar durante sua vigência.

Para a expedição do edital, deverão ser observadas as regras do artigo 7º do Decreto 11.878/24, quais sejam:

- “I - descrição do objeto;
- II - quantitativo estimado de cada item, com respectiva unidade de medida;
- III - requisitos de habilitação e qualificação técnica;
- IV - prazo para análise da documentação para habilitação;
- V - critério para distribuição da demanda, quando for o caso;
- VI - critério para ordem de contratação dos credenciados, quando for o caso;
- VII - forma e prazos de interposição dos recursos, impugnação e pedidos de esclarecimentos;
- VIII - prazo para assinatura do instrumento contratual após a convocação pela administração;
- IX - condições para alteração ou atualização de preços nas hipóteses previstas nos incisos I e II do **caput** do art. 3º deste Decreto;
- X - hipóteses de descredenciamento;
- XI - minuta de termo de credenciamento, de contrato ou de instrumento equivalente;
- XII - modelos de declarações;
- XIII - possibilidade de cometimento a terceiros, quando for o caso; e
- XIV - sanções aplicáveis.”

Além disso, o processo de Credenciamento deverá ser instruído com os documentos elencados no artigo 72 da Lei 14.133/21, como estudo técnico preliminar, termo de referência, orçamento estimado, parecer jurídico, compatibilidade entre o Orçamento e a contratação a ser executada, autorização da autoridade competente, dentre outros.

O edital deverá, também, ser divulgado no Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP e em sítio eletrônico oficial, de modo a dar maior transparência e permitir que novos interessados se credenciem.

3.2 PRÉ-QUALIFICAÇÃO

O procedimento de Pré-qualificação é definido no inciso XLIV do artigo 6º da NLLC como um procedimento seletivo prévio à licitação, na qual convocam-se

interessados, por meio de edital, para análise das condições de habilitação destes. Ainda, dispõe o artigo 80 da referida lei que este instrumento auxiliar objetiva selecionar previamente:

“I - licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos;
II - bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração”.

No primeiro caso, será aberta seleção prévia de licitantes para que apresentem os documentos de habilitação constantes no edital convocatório, de forma que estes poderão ser dispensados caso já constem no registro cadastral (outro procedimento auxiliar a ser visto posteriormente). No segundo caso, a administração convocará licitantes para que apresentem amostras dos seus produtos, de forma a selecionar aqueles que atendam à sua necessidade.

A hipótese de pré-qualificação prevista no inciso I foi denominada por Marçal Justen Filho (2021, pag. 1135) como subjetiva, visto que se refere às atribuições técnicas de um sujeito, o licitante. Referido autor também denominou a hipótese prevista no inciso II como objetiva, já que se destina a “identificar bens que satisfaçam as exigências técnicas e de qualidade mínima exigidas pela Administração Pública, de modo a simplificar a tarefa administrativa em contratações futuras”. A Pré-Qualificação objetiva poderá ser utilizada quando o ente público necessitar adquirir bens e deseje comprovar previamente a qualidade do produto, de forma a evitar o recebimento deste em desacordo com sua necessidade.

Da mesma forma que o Credenciamento, o procedimento de Pré-Qualificação ficará permanentemente aberto para os interessados durante a vigência do edital, devendo constar neste as informações mínimas necessárias para o objeto e a modalidade, a forma e os critérios de julgamentos a serem utilizados na futura licitação. Além disso, a licitação a ser realizada poderá restringir a participação somente para aqueles licitantes que foram pré-qualificados, garantindo-se que a necessidade da administração seja plenamente sanada e a oferta mais vantajosa seja contratada.

Ao optar por realizar a Pré-qualificação antes do processo licitatório, a Administração Pública poderá realizá-los com maior celeridade e maior economicidade dos recursos públicos, visto que os licitantes serão pré-qualificados não em somente um processo licitatório, mas sim em todos a serem realizados pelo ente público dentro do período de 1 (um) ano ou durante o prazo de validade de seus documentos apresentados, conforme disposto no § 8º do artigo 80 da Lei 14.133/21.

A Pré-Qualificação possui um duplo efeito: declaratório, pois declara que o licitante pré-qualificado preenche os requisitos de habilitação ou que seu produto apresentado possui as características mínimas para sanar a necessidade da administração e também possui efeito constitutivo, pois atribui ao licitante o reconhecimento de sua habilitação ou o atendimento de seu produto às condições mínimas, de forma que não caberá ao ente público revisar estas condições posteriormente (FILHO, 2021, pag. 1136).

Estabelece, ainda, o § 4º do artigo 80 que o ente público terá prazo de até 10 (dez) dias úteis para analisar a documentação trazida pelo licitante e determinar correção ou reapresentação desta quando for necessário, de forma a não prejudicar a competição do procedimento. Esta análise deverá ter estrita observância ao disposto no edital convocatório e, após sua realização, todos os atos deverão ser publicados e permanecerem à disposição do público, de forma a garantir o respeito ao princípio da transparência e da publicidade.

O procedimento de Pré-Qualificação demonstra-se muito vantajoso para a Administração Pública, tendo em vista que traz maior transparência acerca da qualificação dos produtos e fornecedores contratados pelo ente público, traz maior celeridade ao certame licitatório posterior, além de eliminar a possibilidade de decisões contraditórias, já que somente haverá uma decisão de qualificação para diversos processos licitatórios, trazendo maior segurança para a administração e para os licitantes envolvidos.

3.3 PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) não possuía previsão na finada Lei 8.666/93, mas foi regulamentado pelo Decreto Federal 8.428,

de 02 de abril de 2015, com base no artigo 21 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 – a Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos.

No âmbito da Lei 14.133/21 foi disciplinado no artigo 81, que define o procedimento auxiliar como a possibilidade de a Administração Pública solicitar à iniciativa privada a realização de estudos, projetos de soluções inovadoras, levantamentos e investigações, de modo a contribuir com questões de relevância pública. Diferentemente da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, que restringia sua utilização no âmbito das concessões e permissões, a NLLC ampliou sua utilização, possibilitando a aplicação do Procedimento de Manifestação de Interesse à todas as modalidades de contratações previstas.

Segundo Marçal Justen Filho (2021, pag. 1156), o PMI “Trata se, portanto, de incentivar que os particulares identifiquem limitações existentes, concebam soluções inovadoras e desenvolvam concepções satisfatórias para a sua execução”. É um importante instrumento auxiliar que busca a participação da iniciativa privada na formulação de soluções que envolvam o interesse coletivo, já que os processos licitatórios não são para a administração, mas fundamentalmente para a sociedade.

Para a execução deste procedimento auxiliar, o ente público deverá convocar os particulares mediante edital de chamamento público, que descreverá a necessidade da administração, tendo o particular, por sua vez, autonomia para formular a solução mais adequada para atender esta necessidade. Ao receber as possíveis soluções, dispõe o § 3º do artigo 81 que a Administração Pública deve atestar, mediante parecer fundamentado, que:

“O produto ou serviço entregue é adequado e suficiente à compreensão do objeto, de que as premissas adotadas são compatíveis com as reais necessidades do órgão e de que a metodologia proposta é a que propicia maior economia e vantagem entre as demais possíveis”.

Importante ressaltar que o § 2º estabelece que a proposta dessas possíveis soluções pela iniciativa privada, não acarretará nenhuma preferência ou vantagem ao autor no processo licitatório posterior, nem implicará direito a ressarcimento pela Administração Pública dos custos envolvidos na elaboração da

proposta. O particular, entretanto, não será prejudicado. Caso a administração realize o processo licitatório e o particular que elaborou a solução mais vantajosa não seja o vencedor deste, terá direito ao ressarcimento dos custos de seu projeto a serem pagos pelo vencedor do certame, conforme dispõe o inciso IV do § 2º do artigo 81 da NLLC.

Esta medida visa evitar que o órgão tenha que dispende recursos públicos num processo licitatório, além de propiciar maior envolvimento entre os particulares acerca de questões de interesse público.

Num primeiro momento, pode não parecer ser vantajoso para a iniciativa privada oferecer soluções para a Administração Pública por meio deste procedimento auxiliar, visto que o órgão não tem obrigatoriedade de realizar o processo licitatório e somente terá o ressarcimento dos custos na elaboração de seu projeto caso haja um vencedor do certame. Entretanto, é um instrumento de extrema importância para garantir maior participação da sociedade nos certames licitatórios, haja vista que a administração não estabelecerá diretamente o que ela quer, mas sim descreverá sua necessidade e o particular ofertará a melhor solução, estabelecendo maior atendimento ao interesse público.

De forma a incentivar pequenos investidores e o fomento estatal à inovação e ao desenvolvimento, o § 4º trouxe a previsão do Procedimento de Manifestação de Interesse ser restrito a *startups*, sendo consideradas como tais:

“Microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto”.

Cumprido destacar que o Procedimento de Manifestação de Interesse guarda muitas similaridades com a modalidade de Diálogo Competitivo, prevista no artigo 28, inciso V da NLLC, já que esta também busca oportunizar aos particulares a participação na descoberta de soluções que atendam à necessidade da Administração Pública e, principalmente, o interesse público.

3.4 SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO (SRP)

Talvez dos procedimentos auxiliares mais utilizados nos processos licitatórios e, embora muitas vezes confundido como uma modalidade, foi previsto expressamente no artigo 6º da Lei 14.133/21 como um:

“Conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras”.

Este já era previsto na Lei 8.666/93 e também no Regime Diferenciado de Contratações Públicas, instituído pela Lei 12.462, de 04 de agosto de 2011, entretanto, era utilizado somente para certames licitatórios, ao passo que, a Nova Lei de Licitações e Contratos trouxe a possibilidade de utilização do Sistema de Registro de Preços também nas contratações diretas.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2024, pg. 232), o Sistema de Registro de Preços:

“Representa um mecanismo empregado para dinamizar e tornar mais eficientes as contratações públicas, e isso porque uma só licitação pode produzir vários compromissos obrigacionais para ajustes futuros em determinado prazo. O vencedor fica obrigado a atender à demanda da Administração relativamente ao bem, à obra ou ao serviço com preços registrados. Quer dizer: um só processo licitatório pode ensejar várias contratações sucessivas, evitando-se licitações diversas para o mesmo objeto. Enfim, tal instrumento teve o objetivo de acelerar os processos de contratação”.

Este procedimento auxiliar destina-se, principalmente, a registrar o preço de determinados bens e serviços que serão adquiridos pela Administração Pública, conforme sua necessidade, por um período determinado, que geralmente é de 12 meses. O órgão público não tem obrigação de contratar, porém o particular tem a obrigação de fornecer os bens para a administração pelo bem registrado quando do certame licitatório.

A adoção do Sistema de Registro de Preços pode ser feita somente nas modalidades de Pregão ou Concorrência e deverá ser prevista em edital que, segundo consta no artigo 82, este deverá dispor sobre:

- I - as especificidades da licitação e de seu objeto, inclusive a quantidade máxima de cada item que poderá ser adquirida;
- II - a quantidade mínima a ser cotada de unidades de bens ou, no caso de serviços, de unidades de medida;
- III - a possibilidade de prever preços diferentes:
 - a) quando o objeto for realizado ou entregue em locais diferentes;
 - b) em razão da forma e do local de acondicionamento;
 - c) quando admitida cotação variável em razão do tamanho do lote;
 - d) por outros motivos justificados no processo;
- IV - a possibilidade de o licitante oferecer ou não proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital, obrigando-se nos limites dela;
- V - o critério de julgamento da licitação, que será o de menor preço ou o de maior desconto sobre tabela de preços praticada no mercado;
- VI - as condições para alteração de preços registrados;
- VII - o registro de mais de um fornecedor ou prestador de serviço, desde que aceitem cotar o objeto em preço igual ao do licitante vencedor, assegurada a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação;
- VIII - a vedação à participação do órgão ou entidade em mais de uma ata de registro de preços com o mesmo objeto no prazo de validade daquela de que já tiver participado, salvo na ocorrência de ata que tenha registrado quantitativo inferior ao máximo previsto no edital;
- IX - as hipóteses de cancelamento da ata de registro de preços e suas consequências”.

O Sistema de Registro de Preços trata-se de uma solução inteligente quando utilizada para a aquisição de bens ou serviços que a Administração Pública contrata com frequência, por exemplo, esta sabe que necessitará no decorrer do ano de materiais de expediente, como canetas, resmas, grampeadores, toners para impressoras, necessários para o desempenho dos serviços dos órgãos. Porém, não é possível quantificar a necessidade a ser adquirida ao longo do ano, nem tampouco a administração dispõe de espaço físico para armazenar estes produtos. Para sanar sua necessidade, pode utilizar o SRP, de forma que ao necessitar de algum bem, já terá um processo licitatório realizado, somente devendo entrar em contato com o fornecedor para que este o forneça.

O documento que vincula o fornecedor e obriga o fornecimento de bens ou serviços por parte deste é denominado de Ata de Registro de Preço (ARP), que segundo o inciso XLVI do artigo 6º da NLLC é o:

“Documento vinculativo e obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, no qual são registrados o objeto, os preços, os fornecedores, os órgãos participantes e as condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no edital da licitação, no aviso ou instrumento de contratação direta e nas propostas apresentadas”.

Apesar de não possuir natureza contratual, vincula o licitante à administração, ensejando obrigações e condições, tais como, características do objeto a ser fornecido, quantidades, prazo e local de entrega.

Referido Procedimento Auxiliar apresenta muitas vantagens para a Administração Pública, pois possibilita maior economicidade e redução da burocracia, tendo em vista que ao invés de parcelar contratações, a administração realizará apenas uma, além de possibilitar a contratação imediata, pois, ao deparar-se com uma necessidade, o órgão não precisará aguardar a feitura do certame licitatório, somente devendo consultar a ARP disponível.

Além disso, visando aumentar a economicidade e garantir maior eficiência na Administração Pública, também é possível que o Sistema de Registro de Preços seja utilizado por diversos órgãos distintos, mediante adesão. Dispõe o artigo 6º, incisos XLVII a XLIX acerca dos atores envolvidos num SRP, quais sejam o órgão ou entidade gerenciadora, que é responsável por conduzir os procedimentos e gerenciar a ARP decorrente; o órgão ou entidade participante, que participa dos procedimentos iniciais e integra a ARP; e, também, o órgão ou entidade não participante, que é aquele que não participa dos procedimentos iniciais nem integra a ARP, sendo popularmente chamado de Carona. Para os casos de caronas, dispôs o § 4º do artigo 86 que os órgãos ou entidades não poderão adquirir ou contratar mais de 50% dos quantitativos dos itens dispostos no edital.

Duas importantes inovações trazidas pela Lei 14.133/21 é a possibilidade de o Sistema de Registro de Preços ser utilizado para a contratação de bens e serviços de obras e engenharia, anteriormente vedado sob a vigência da Lei 8.666/93 e, também, a possibilidade de prorrogar a Ata de Registro de Preços, válida por 1 ano, por igual período. Acerca disso, dispõe o artigo 84 que a administração deverá comprovar que, após o período de 1 ano, o preço continua vantajoso para que possa prorrogá-la.

Além disso, para contratar a execução de obras e serviços de engenharia pelo Sistema de Registro de Preços, estabelece o artigo 85 que deverão ser atendidos os seguintes requisitos:

- I - Existência de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional;
- II - Necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado”.

Como deverá ser feito com todos os Procedimentos Auxiliares, o Sistema de Registro de Preços foi regulamentado por meio do Decreto 11.462, de 31 de março de 2023, dispondo acerca das formas de utilização deste em âmbito federal e nos demais entes que ainda não fizeram suas próprias regulamentações. Dispõe em seu artigo 3º que o SRP poderá ser adotado, dentre outras possibilidades:

- I - quando, pelas características do objeto, houver necessidade de contratações permanentes ou frequentes;
- II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida, como quantidade de horas de serviço, postos de trabalho ou em regime de tarefa;
- III - quando for conveniente para atendimento a mais de um órgão ou a mais de uma entidade, inclusive nas compras centralizadas;
- IV - quando for atender a execução descentralizada de programa ou projeto federal, por meio de compra nacional ou da adesão de que trata o § 2º do art. 32; ou
- V - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração”.

3.5 REGISTRO CADASTRAL

O Registro Cadastral era anteriormente previsto nos artigos 34 a 37 da Lei 8.666/93, portanto, não é uma inovação trazida pela nova lei. Entretanto, a Lei 14.133/21 trouxe algumas importantes modernizações para a figura do cadastramento de licitantes.

Segundo Marçal Justen Filho (2021, pags. 1185 e 1186):

“O cadastramento consiste num banco de dados que contém informações acerca dos requisitos de habilitação de potenciais fornecedores. A grande utilidade do cadastramento consiste na desnecessidade de a referida documentação ser apresentada em cada licitação. Os dados constantes do sistema de cadastramento podem ser aproveitados em tantas licitações ou contratações quantas vierem a ocorrer. Isso permite a simplificação da atividade administrativa”.

Ou seja, ao adotar o Registro Cadastral, a Administração Pública traz maior celeridade e padronização no tocante às análises de documentações de habilitação de licitantes, além de maior isonomia e publicidade destas informações.

A utilização deste Procedimento Auxiliar não é, entretanto, facultativa, já que dispôs o caput do artigo 87 que os órgãos da Administração Pública “deverão utilizar o registro cadastral disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas, para efeito de cadastro unificado de licitantes”. Além disso, este registro será público, devendo ser amplamente divulgado e estar permanentemente aberto aos interessados e o ente público deverá, ainda, realizar chamamento público pela internet, pelo menos uma vez ao ano, na qual convocará os interessados para adesão e atualização dos registros já existentes.

Com o objetivo de ter uma universalidade de adesão ao Registro Cadastral, a NLLC possibilitou que a Administração Pública realize processos licitatórios restritos àqueles licitantes previamente cadastrados, de modo que os requisitos de habilitação necessários serão previamente definidos. O licitante que não tiver seu cadastro prévio poderá inscrever-se dentro do prazo previsto no edital para apresentação de propostas, ficando a celebração do contrato, caso se torne vencedor, condicionada à emissão do certificado prevista no § 2º do artigo 88 da Lei 14.133/21.

Ainda que, conforme mencionado, o Registro Cadastral seja de obrigatória utilização, sua implementação carece de regulamentação, pois o Portal Nacional de Contratações Públicas necessita de desenvolvimento tecnológico do sistema. Acerca desse assunto, o Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas (CGRNCP) expediu o Comunicado nº 01 em 03 de março de 2023, estabelecendo o seguinte:

“1º) Sistema do registro cadastral unificado (inciso I do § 3º do art. 174): os órgãos e as entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos poderão utilizar os sistemas atualmente disponíveis para cadastramento dos fornecedores para efeito de participação nas licitações e contratações públicas, a exemplo do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores do Governo Federal (SICAF). Conforme reconhecido pelo Tribunal de Contas da União em sede do Acórdão nº 2.852/2021-Plenário (TC 039.727/2021-1), o desenvolvimento do Sistema de Registro Cadastral Unificado de que trata a NLLCA pressuporia o estabelecimento da competência regulamentar uniforme sobre a matéria, motivo pelo qual houve a proposição no Congresso Nacional do Projeto de Lei nº 249/2022, o qual altera a regra do art. 87 da Lei nº 14.133/2021, para definir a titularidade da regulamentação da matéria para o Poder Executivo federal. Portanto, somente após a eventual aprovação e sanção do PL nº 249/2022, será viável o estabelecimento de uma regulamentação uniforme sobre o tema e, posteriormente, o desenvolvimento tecnológico do referido sistema”.

Desta forma, enquanto não implementadas as mudanças no PNCP para utilização do Registro Cadastral unificado, os entes públicos poderão se utilizar de outros sistemas disponíveis atualmente, como o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores do Governo Federal (SICAF). Trata-se de uma plataforma integrada ao Sistema Integrado de Administração e Serviços Gerais (SIASG), sendo obrigatório para participações em licitações promovidas pelo sistema Compras.gov.

Ao cadastrar-se no SICAF, o licitante anexa suas documentações de habilitação pertinentes, recebendo, após, um Certificado de Registro Cadastral, comumente conhecido como CRC. Este terá validade de 1 ano e permitirá que os licitantes comprovem as condições de habilitação com maior celeridade, visto que não necessitará comprovar novamente em momento posterior.

O SICAF foi instituído sob a égide da Lei 8.666/93, porém, até a implementação das adequações no PNCP, poderá ser utilizado como forma de observância ao disposto nos artigos 87 e 88 da Lei 14.133/21.

4. O PAPEL DOS PROCEDIMENTOS AUXILIARES NO FOMENTO À COMPETITIVIDADE

Conforme mencionado no primeiro capítulo, o Princípio da Competitividade será tratado em capítulo separado, visto sua alta relevância para o tema objeto deste trabalho.

Entende-se por competitividade a possibilidade de inúmeros sujeitos disputarem o mesmo objetivo, de forma que um consagre-se vencedor. Num processo licitatório, a disputa entre os licitantes ocorre com o objetivo de, ao término do certame, o licitante vencedor poder ser contratado pela Administração Pública. Para que isso ocorra, deve cumprir os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório e garantir a oferta mais vantajosa para o ente público. Em contrapartida, deve a Administração Pública garantir que o certame licitatório assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, por força do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

De acordo com Marçal Justen Filho (2021, pag. 117):

“No âmbito da licitação, a competitividade exige a adoção de condições de participação que permitam a mais ampla disputa. Isso implica também a previsão de procedimentos de disputa que permitam o acesso dos diversos interessados, especialmente nas hipóteses de contratação aberta, em que haja a formulação de lances sucessivos”.

Além disso, referido autor diferencia a competitividade sob duas dimensões: a formal, que dispõe que o certame deve ser amplamente divulgado adotando-se, para isso, procedimentos para assegurar a competitividade; e material, que estabelece a vedação de atos que reduzam o acesso e a competição entre os licitantes.

A competitividade formal refere-se, fundamentalmente, às condições dispostas no edital, na qual o ente público possui discricionariedade para estabelecer as condições do certame a ser realizado. Uma vez estabelecidas estas condições, a administração está vinculada ao disposto no instrumento convocatório. Por isso, é essencial que a Administração Pública, ao publicar edital de certame

licitatório, valha-se da razoabilidade para dispor as condições de contratação, sob pena de ferir o Princípio da Competitividade.

Sob esse prisma, dispôs o Tribunal de Contas da União no Acórdão 2274/2020-Plenário que:

“É irregular a exigência de que o contratado instale escritório em localidade específica, sem a devida demonstração de que tal medida seja imprescindível à adequada execução do objeto licitado, considerando os custos a serem suportados pelo contratado, sem avaliar a sua pertinência frente à materialidade da contratação e aos impactos no orçamento estimativo e na competitividade do certame, devido ao potencial de restringir o caráter competitivo da licitação, afetar a economicidade do contrato e ferir o princípio da isonomia, em ofensa ao art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993”.

Ainda que referido enunciado tenha sido proferido sob a égide da finada Lei 8.666/93, a ofensa à competitividade ainda se demonstra atual, não podendo a Administração Pública estabelecer exigências infundadas para a execução do objeto. Em decorrência deste Acórdão, observa-se, também, que a restrição da competição num certame licitatório fere, além do próprio princípio, os Princípios da Isonomia e da Economicidade, tendo em vista que a inclusão de condições descabidas acarretarão maior custo para o licitante (que será repassado para o órgão na execução da contratação) e não estabelecerá patamar de igualdade entre os interessados, já que alguns não terão condições financeiras para cumprir o disposto no edital.

No âmbito da Nova Lei de Licitações e Contratos, foram previstas diversas formas de proteção ao Princípio da Competitividade. Dentre as previsões, demonstra-se primordial que seja vedada a atuação do agente público de forma a restringir a competição, tendo em vista que este é o responsável por conduzir o processo licitatório. Assim, dispôs o artigo 9º, inciso I, alínea “a” da Lei 14.133/21 que é vedado ao agente público “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, (...)”.

O agente público, no exercício de sua função, pode e deve adotar medidas que reduzam o risco de contratações prejudiciais à Administração Pública, mas isso não significa, entretanto, que deve estabelecer no instrumento

convocatório cláusulas restritivas sem que haja fundamento ou razoabilidade para isso. Exemplificando, o agente público não pode prever em edital a exigência de marca de produto sem que haja a devida fundamentação para isso, pois restringiria a participação de outras empresas que possuem produto similar capaz de atender a necessidade da administração. A indicação de marca só poderá acontecer se for demonstrado, em Estudo Técnico Preliminar, que aquelas condições são essenciais para o órgão, por exemplo, para padronizar um objeto ou para manter a compatibilidade de plataformas e programas já utilizados pela administração.

Além disso, a Lei 14.133/21 prevê, em seu artigo 11, inciso II, que é objetivo do processo licitatório “assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição”, bem como prevê o artigo 40 que no planejamento de compras deverão ser considerados, dentre outros previstos no § 2º “o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado”.

No tocante aos Procedimentos Auxiliares, objeto central do presente trabalho, o Princípio da Competitividade também se demonstra como ferramenta essencial no acesso dos licitantes aos certames licitatórios. O Credenciamento, instrumento já definido em capítulo anterior, é hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no artigo 74 da NLLC. Neste, consta que a licitação é inexigível pois há inviabilidade de competição, conforme as hipóteses já elencadas em capítulo próprio.

Do Credenciamento ocorre a contratação mediante Inexigibilidade e esta se opera não por não haver fornecedores disponíveis para o objeto da contratação, mas sim porque há uma diversidade de licitantes que cumprem os requisitos previstos em edital, de modo que a Administração Pública não pode escolher um só.

Para que o ente público disponha da maior rede possível de fornecedores, deve garantir a devida publicidade ao edital convocatório, além de estabelecer critérios objetivamente e fundamentadamente definidos para a seleção. Não pode, este, deixar de publicar o edital em seu sítio oficial ou no Portal Nacional de Contratações Públicas, nem estabelecer qualificações técnicas que não são necessárias à execução do serviço, sob pena de restringir a competitividade do certame.

Acerca desse tema, dispôs o Relator Min. Weder de Oliveira no Acórdão 2977/2021-Plenário do Tribunal de Contas da União que:

“O credenciamento é legítimo quando a administração planeja a realização de múltiplas contratações de um mesmo tipo de objeto, em determinado período, e demonstra que a opção por **dispor da maior rede possível de fornecedores para contratação direta**, sob condições uniformes e predefinidas, é a única viável ou é mais vantajosa do que outras alternativas para atendimento das finalidades almejadas, tais como licitação única ou múltiplas licitações, **obrigando-se a contratar todos os interessados que satisfaçam os requisitos de habilitação** e que venham a ser selecionados segundo procedimento objetivo e impessoal, a serem remunerados na forma estipulada no edital”. **(grifo do autor)**

Da mesma forma, no Acórdão 436/2020-Plenário, o Relator Min, Raimundo Carreiro estabeleceu em seu Enunciado que:

“Na elaboração dos avisos de credenciamento, a escolha do prazo entre a publicação do edital e a entrega dos documentos deve guiar-se pelo interesse público e pelo princípio da razoabilidade, considerando as peculiaridades do objeto, a urgência da contratação, a extensão da documentação a ser apresentada e, ainda, a necessidade de atrair número de interessados que represente o universo do mercado”.

Nesta situação, o denunciante alegou favorecimento à empresas e diminuição do prazo de entrega de documentações de habilitação por parte do órgão, com claro objetivo de restringir a quantidade de participantes, além de ferir a isonomia. O gestor do certame justificou a limitação dos interessados "devido a previsão de elevada oferta para prestação dos serviços, bem como limitações na capacidade da Caixa em analisar a documentação a ser apresentada", entretanto, entendeu a Corte de Contas que esta atitude ofendeu o Princípio da Competitividade, visto que:

“19. Não há dúvidas de que a redução de prazo para o acolhimento de interessados em um processo seletivo público, qualquer que seja, "com a intenção [exclusiva] de limitar a participação", ofende aos princípios basilares dos procedimentos licitatórios em geral, principalmente a ampla concorrência (aqui compreendida como a amplitude máxima do público alvo de qualquer seleção pública) ”.

Situação que preenche corretamente o Princípio da Competitividade é a utilização do Credenciamento como forma de contratação de profissionais médicos para atuação em unidades de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) de um município. Neste caso, a Administração Pública possui uma necessidade de atendimento médico para os munícipes e não dispõe de profissionais em seu quadro de pessoal efetivo, seja por ausência de profissionais aprovados em concurso vigente, ou até mesmo em decorrência da alta demanda enfrentada naquele município. Por ser um serviço essencial, não pode o ente público aguardar a feitura de concurso público, de forma que pode utilizar-se do Credenciamento como forma de saneamento de sua necessidade.

Para isso, a administração deverá elaborar edital de chamamento público para contratar a prestação de serviços necessária. A exigência de qualificação técnica, como por exemplo a regular inscrição do profissional no Conselho Regional de Medicina –CRM, não visa restringir a competição, tendo em vista que é condição essencial para o desenvolvimento da atividade exercida pelo Médico a ser contratado. Desta forma, as condições previstas no edital de Credenciamento não afetarão o Princípio da Competitividade, tampouco da Isonomia, já que a Administração Pública, ao realizar este procedimento auxiliar, contratará todos os prestadores que atenderem aos critérios estabelecidos em edital, sem beneficiar um licitante ou restringir sua participação imotivadamente.

Com relação ao Procedimento Auxiliar de Pré-Qualificação, deve ser utilizado com cautela, pois este configura-se como uma antecipação da fase de habilitação de um possível processo licitatório. Desta forma, se a Administração Pública não adotar critérios razoáveis e essenciais para a qualificação dos interessados, estará restringindo a competição de provável certame a ser realizado.

Dispôs o Relator Min. Benjamin Zymler no Acórdão do TCU nº 477/2008-Plenário, que a Pré-Qualificação:

“Avalia a qualificação técnica dos interessados, no atendimento aos requisitos técnicos necessários para participar da licitação, para tanto, na pré-qualificação devem ser definidos os aspectos qualitativos e quantitativos do serviço ou obra a ser realizado, sob pena de se violar o princípio da publicidade e o da busca de ampla competitividade”.

Por isso, o ente público deve, na Pré-Qualificação, analisar as peculiaridades do objeto ou do licitante, bem como requisitos técnicos, para impor condições no edital, pois, ao estabelecer requisitos para bens essencialmente comuns, o órgão restringirá a competitividade do certame.

Dispõe o § 10º do artigo 80 da Lei 14.133/21 que a licitação que decorrer deste procedimento auxiliar poderá ser restrita somente àqueles que se pré-qualificaram, dando a entender que referido certame restringirá a competição. Contudo, isso não ocorre, já que a Pré-Qualificação é apenas uma antecipação de uma fase que iria ocorrer naturalmente durante a licitação. Acerca desse tema, estabelece Marçal Justen Filho (2011, pag. 4):

“A pré-qualificação não cria um acréscimo no tocante às exigências autorizadas e exigidas legalmente para assegurar que a Administração Pública realize uma contratação adequada e satisfatória. A única peculiaridade, mesmo quando a licitação for restrita apenas aos pré-qualificados, reside em que a decisão sobre a habilitação ou a qualidade dos produtos será produzida antes de uma licitação específica e apresentará cunho geral para uma série indeterminada de certames com objeto similar.”

Em decorrência de representação no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, visando ao exame prévio de edital que tratava da prestação de serviços técnicos especializados de gestão documental, dispôs o Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo que a habilitação requerida na pré-qualificação era desnecessária e exagerada, determinando a suspensão do certame e a adequação do referido edital. Além disso, proferiu a seguinte declaração:

“3. Considerando que o processo licitatório se presta à garantia da observância do princípio constitucional da isonomia e à seleção da proposta mais vantajosa, regras que pareçam afrontar a legalidade e/ou impedir a correta elaboração de propostas devem ser bem esclarecidas, previamente à realização do certame, de modo a prevenir a subsistência de elemento prejudicial à competitividade”.

Estabelece o § 4º do artigo 80 da NLLC que o licitante interessado deverá apresentar sua documentação à Administração, que deverá analisá-la em até 10 (dez) dias úteis e, se for o caso, determinar a correção ou reapresentação de

documento, com vistas à ampliação da documentação. Referido parágrafo tem o objetivo de não eliminar o licitante da pré-qualificação sem dar a possibilidade de que este corrija a documentação apresentada, pois se isto não ocorresse, restringiria a participação de licitantes interessados.

Com relação ao Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), procedimento auxiliar previsto no artigo 81 da Lei 14.133/21, por óbvio a restrição da competição no certame acarretará prejuízos para a Administração Pública, já que este é um procedimento auxiliar que funciona, essencialmente, com a maior participação possível dos particulares.

Se a administração exterioriza um edital de chamamento público para o PMI que não alcança os particulares, deixará de obter o melhor projeto, estudo ou levantamento para sua necessidade, de forma que o interesse público e a competitividade restarão prejudicados.

No caso do Procedimento de Manifestação de Interesse, o caráter competitivo está intimamente relacionado à publicidade do certame, já que a parceria entre o poder público e o particular só logrará êxito se este tomar conhecimento. No Acórdão 1873/2016-Plenário, proferido pelo Tribunal de Contas da União, este entendeu que as irregularidades apresentadas no edital analisado traziam prejuízos à competitividade, já que, na oportunidade, não foram realizadas consultas e audiências públicas para que os interessados tomassem conhecimento e pudessem se manifestar quanto:

“à definição das regras da participação no certame, da escolha do estudo vencedor, do valor e da forma de remuneração, entre outras medidas que pudessem implicar na redução dos riscos do processo. Na presente forma, nenhuma empresa teria garantia de que seria ressarcida e estariam sujeitas a julgamento com base em critérios subjetivos, cujo resultado não poderia ser alvo de contestação administrativa. Os altos riscos envolvidos no processo inviabilizariam, a princípio, a participação no certame de possíveis interessados, principalmente de empresas de menor porte, tais como empresas projetistas de engenharia”.

Além disso, não deve a Administração Pública estabelecer critérios desnecessários, mas tão somente aqueles essenciais frente a sua necessidade, definidos objetivamente, de forma a não direcionar o resultado para algum licitante. Exemplificando, se o ente público necessita fazer um projeto de revitalização e

acessibilidade de uma praça pública, mas não dispõe de pessoal para isso, pode realizar um Procedimento de Manifestação de Interesse, por meio de edital de chamamento público.

Neste edital, conterão as condições mínimas necessárias no projeto, por exemplo, que a empresa interessada tenha em seu quadro profissional registrado no Conselho de Arquitetura e Urbanismo (CAU) ou que possua Atestado de Capacidade Técnica. Não é razoável, entretanto, que o edital preveja que somente poderão participar do procedimento empresas que sejam sediadas naquele município, tendo em vista que uma empresa sediada em outra municipalidade poderia facilmente deslocar-se até este para desenvolvimento do projeto se for de seu interesse e esta limitação só traria restrição à competição no procedimento.

Acerca do Sistema de Registro de Preços, foi previsto no artigo 82 da Lei 14.133/21 e é o procedimento auxiliar mais utilizado, tendo em vista que sua utilização possibilita que a administração tenha fornecedores em qualquer lugar do país, a depender do objeto a ser contratado. É usualmente utilizado na modalidade licitatória Pregão, destinando-se a contratação de bens ou serviços comuns e ampliando o caráter competitivo do certame licitatório.

O Sistema de Registro de Preços funciona como uma espécie de catálogo virtual, na qual a Administração Pública realiza o processo licitatório, por meio do Pregão, e dele originam-se Atas de Registro de Preços que vinculam o fornecedor ao fornecimento de bens ou prestação de serviços ao órgão. Quando de sua necessidade, a administração efetua a contratação com este fornecedor, sem precisar ficar realizando inúmeros e demorados processos licitatórios.

Sob a vigência da Lei 8.666/93, era permitida a realização de Pregão de forma presencial, contudo a Lei 14.133/21 trouxe a possibilidade de realização em caráter de exceção, tendo como fundamento a ampliação da competição. Também com o intuito de ampliar o caráter competitivo, a NLLC trouxe a previsão em seu artigo 82, inciso VI de mais de um fornecedor ter seu preço registrado no Sistema de Registro de Preços, desde que este aceite ofertar o mesmo preço do licitante vencedor e que a administração observe a ordem de classificação quando contratar com estes.

Outro regramento previsto na Lei 14.133/21 com vistas a preservação do caráter competitivo do Sistema de Registro de Preços é o previsto no § 1º do artigo 82, que estabelece que a utilização do menor preço em contratações por lotes somente poderá ser adotada quando ficar demonstrado que não é viável a adjudicação por item e que há vantagem técnica e econômica. Esta previsão no texto legal é importante, pois garante que a Administração Pública não juntará no mesmo lote produtos com características ou formas de construção muito distintas, de forma que afaste possíveis empresas, por não terem condições de competir, já que não terão condições de adquirir os demais itens do lote para atender ao ente público.

No Acórdão 1356/2024-Plenário, o Relator Min. Walton Alencar Rodrigues entendeu que uma série de irregularidades presentes no edital analisado eliminou empresas participantes, restringindo a competitividade do certame e, como consequência, elevou o valor final adjudicado às empresas vencedoras em 40%. As irregularidades apresentadas à Corte de Contas foram as seguintes:

- “a) exigência de assinatura digital dos documentos das propostas das empresas convocadas pelo pregoeiro, com base em aviso publicado no Comprasnet em 21/10/2020, dia imediatamente anterior à sessão de lances, às 15:25h, sem qualquer previsão editalícia e/ou normativa, **obrigatoriedade que foi utilizada como um dos motivos para a eliminação das licitantes mais bem classificadas;**
- b) exigência de apresentação de declaração de garantia do fabricante, no edital, destinada especificamente ao certame, com firma reconhecida em cartório em favor das empresas proponentes, o que vai de encontro à jurisprudência desta Corte (e.g. Acórdão 1805/2015-TCU-Plenário, relator Weder de Oliveira e 4547/2020 - TCU - 1ª Câmara, Relator Benjamin Zymler), requisito que também foi utilizado como motivador para a eliminação;
- c) exigência editalícia de **excessivo número de certificações** em normas técnicas, entre brasileiras e americanas, também motivo de exclusão de licitantes, a exemplo do ocorrido no Pregão Eletrônico 1/2019, promovido pelo Comando da 11ª Região Militar, considerado irregular pelo TCU, que originou o Acórdão 4547/2020-TCU-Primeira Câmara, Relator Benjamin Zymler, determinando-se àquela Unidade Jurisdicionada a não aquisição dos itens da ata do certame;
- d) reunião em lotes de **itens heterogêneos que poderiam ser licitados separadamente em busca de maior nível de competitividade**, a exemplo de poltronas e sofás, no grupo 1, e armários, mesas, gaveteiros, balcões e alguns itens de divisórias de mesa, no grupo 2. A heterogeneidade desses grupos aliada ao número de normas técnicas exigidas para os itens de cada tipo **caracteriza excessiva restritividade ao certame**, que contou com pequeno número de participantes e baixo volume de lances;
- e) indícios de sobrepreços em itens que superam em 250% os valores praticados no mercado e em outras licitações nas quais a própria vencedora teria participado;

f) previsibilidade de aquisição de itens isolados, ante a disputa de menor preço por grupo, possibilitando-se a realização de jogo de planilhas e a potencialização do risco de dano ao erário”. **(grifos do autor)**

Do referido Acórdão, observa-se que o edital previu exigências além do considerado razoável para a satisfação da necessidade da Administração Pública, como documentos assinados de forma digital ou excesso de apresentação de documentos técnicos que comprovem a qualidade do produto oferecido. Algumas exigências são importantes para assegurar que a administração receba o melhor produto ou prestação de serviço, mas não se pode estabelecer condições de forma exagerada, sem fundamentação, sob ofensa ao Princípio da Competitividade, da Economicidade e do Interesse Público.

Finalmente, a adoção do Registro Cadastral nos certames licitatórios estabelece-se como uma das melhores formas para garantir o respeito ao Princípio da Competitividade, pelo menos no que tange às questões de habilitação de licitantes. A implementação do Portal Nacional de Contratações Públicas pela Lei 14.133/21 possibilitou que as contratações efetuadas e a serem efetuadas pela Administração Pública tenham maior transparência e publicidade e, principalmente, alcancem maior quantidade de interessados, visto que o PNCP é um sítio eletrônico de âmbito nacional.

O PNCP não tem o objetivo de somente publicar editais, mas também ser a plataforma própria para a unificação de registros cadastrais, de forma que a administração poderá, até mesmo, realizar licitações restritas aos fornecedores cadastrados, conforme determina o § 3º do artigo 87 da NLLC. Tal medida, entretanto, não se destina a restringir o alcance dos certames licitatórios, ao contrário, objetiva centralizar as contratações públicas numa só plataforma, de forma que todos tenham acesso, ampliando a competição dentre estes.

Também para proteger o caráter competitivo dos processos licitatórios que se utilizarem do Registro Cadastral, o § 4º do artigo 87 possibilitou que o interessado participe do certame, caso realize seu cadastro dentro do prazo estipulado no edital para recebimento de propostas. Acaso não relativizasse a previsão de licitações restritas aos fornecedores cadastrados, o texto legal restringiria a competitividade destas.

Conforme mencionado em capítulo anterior, o PNCP ainda carece de adequações tecnológicas para a utilização do Registro Cadastral. Entretanto, a Administração Pública conta com outras plataformas que tem o mesmo intuito do referido procedimento auxiliar, como o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, que é uma plataforma federal que possibilita que os fornecedores de todo o Brasil se cadastrem para acessar licitações eletrônicas.

No Processo de Representação nº 1779.989.13-6, efetuado no Tribunal de Contas (2021), a empresa Prati-Donaduzzi alegou que o edital expedido pela Prefeitura de Suzano-SP continha cláusulas que restringiam a competitividade, ao prever qualificação econômico-financeira desnecessária e, ainda, informou que “sua boa situação financeira encontra-se comprovada de acordo com a situação do fornecedor emitida pela SICAF, não existindo qualquer dúvida acerca de sua idoneidade”.

Portanto, ainda que a utilização plena do Registro Cadastral, conforme prevista na Lei 14.133/21, dependa de posterior regulamentação e adequação das funcionalidades do PNCP, este instrumento auxiliar demonstra-se já estar vigente e produzindo efeitos com relação à proteção da competitividade, por meio do Certificado de Registro Cadastral emitido pelo SICAF e outras plataformas.

Além das previsões dentre os procedimentos auxiliares, a Nova Lei de Licitações incluiu em seu artigo 178 a alteração do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, acrescentando o Capítulo II-B, que tipifica os crimes em licitações e contratos administrativos. Dentre estes crimes, é relevante para o objeto do presente trabalho o previsto no artigo 337-F, que dispõe que a frustração ou a fraude do caráter competitivo do processo licitatório, com o intuito de obter vantagem para si ou para outrem é apenado com reclusão de 4 a 8 anos, além de multa (BRASIL, 2021.)

Conforme Masson (2021, pag. 18),

“Frustrar é atrapalhar ou prejudicar. Fraudar, por sua vez, equivale a enganar, iludir ou ludibriar. Os verbos são análogos, e bastaria a previsão pelo legislador de um só deles, pois ambas as condutas são direcionadas a eliminar ou cercear o caráter competitivo da licitação, atendendo à intenção do agente de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.”

Desta forma, comprova-se que os procedimentos auxiliares (assim como as licitações), devem ser feitos de modo a garantir que o maior número de competidores seja alcançado, não podendo o agente público utilizar-se de manobras que configurem frustração ou fraude à competitividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Nova Lei de Licitações e Contratos demonstra sua importância nos processos de contratações públicas ao prever um extenso rol de princípios, de forma a garantir o respeito às regras constitucionais. Dentre estes princípios, buscou-se demonstrar como a Competitividade é protegida pela Lei 14.133/21, especialmente pelos Procedimentos Auxiliares previsto em seu texto legal.

Por meio de estudo dos entendimentos das Cortes de Contas do Estado de São Paulo e da União, demonstrou-se que é vedado ao agente de contratação responsável por conduzir o processo licitatório a previsão de critérios excessivos e que não objetivem o interesse público em suas contratações, sob pena de restrição da competitividade.

De forma a assegurar que a Competitividade seja alcançada, a NLLC previu que o Credenciamento dar-se-á mediante Inexigibilidade, tendo em vista que a Administração Pública contratará todos aqueles que cumprirem os requisitos dispostos em edital, desde que sejam claros e objetivos.

Do Procedimento de Manifestação de Interesse, entende-se que a restrição da competitividade acarreta prejuízos a este instrumento auxiliar, já que este só surtirá efeitos se buscar a maior rede possível de fornecedores dispostos a oferecer estudos, levantamentos ou projetos para a administração. Ao se restringir a competição, o ente público pode deixar de alcançar a oferta mais vantajosa para a Administração Pública.

Da mesma forma, o Sistema de Registro de Preços é uma ferramenta eficiente para fomentar a competitividade no setor público, pois promove a participação de múltiplos fornecedores e possibilita melhores condições de compra para a Administração Pública. Além disso, contribui para a transparência e ajuda a garantir que os recursos públicos sejam utilizados da maneira mais eficiente possível. Usualmente utilizado para a compra de bens e serviços comuns, o SRP, quando bem instruído pelo agente de contratação, permite que a disputa seja maior entre os licitantes. Quando o agente exacerba a quantidade de condições para a contratação de bens ou serviços comuns, a competição será extremamente prejudicada, privando a Administração Pública de alcançar a proposta mais vantajosa.

Com relação ao Registro Cadastral, observou-se que este constitui-se como importante mecanismo para assegurar o caráter competitivo nos certames licitatórios, tendo em vista que a implementação de uma etapa preliminar para averiguar a documentação de habilitação do licitante enseja menos burocracia, além de aumentar a celeridade nos futuros processos licitatórios.

Ainda que o PNCP não tenha sua funcionalidade totalmente operante com relação ao Registro Cadastral, conforme dispõe o artigo 87 da Lei 14.133/21, sua eficácia atinge-se por meio de outras plataformas, como o SICAF, conforme demonstrado no presente trabalho.

Portanto, observa-se que a utilização dos Procedimentos Auxiliares é de suma importância para garantir que a Administração Pública respeite o Princípio da Competitividade previsto no artigo 5º da NLLC, estabelecendo critérios objetivos e razoáveis para a contratação, além de simplificar os processos, garantindo a seleção da oferta mais vantajosa para o ente público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União: seção 1. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto 10.947**, de 25 de janeiro de 2022. Regulamenta o inciso VII do caput do art. 12 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o plano de contratações anual e instituir o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 jan. 2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D10947.htm>. Acesso em: 02 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto 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, Brasília, DF, 31 mar. 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/d11462.htm>. Acesso em: 02 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto 11.871**, de 29 de dezembro de 2023. Atualiza os valores estabelecidos na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 dez. 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/d11871.htm>. Acesso em: 09ago. 2024.

BRASIL. **Decreto 11.878**, de 09 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, Brasília, DF, 10 jan. 2024. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/decreto/d11878.htm>. Acesso em: 02 jul. 2024.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123**, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 dez. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm>. Acesso em: 02 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.133**, de 01 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jun. 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm>. Acesso em: 02 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. 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, Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 02 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 348-5**. Relator: Ministro Eros Grau. Sessão de 15/12/2006. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474586>>. Acesso em: 29 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1356/2024**. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 10/07/2024. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2656104>>. Acesso em: 27 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1873/2016**. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 20/07/2016. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-1651429>>. Acesso em: 27 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2274/2020**. Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 26/8/2020. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2423909>>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2977/2021**. Plenário. Relator: Ministro Weder de Oliveira. Sessão de 8/12/2021. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2460373>>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 351/2010**. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Sessão de 3/3/2010. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-1145271>>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 436/2020**. Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 4/3/2020. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2397237>>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 477/2008**. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 26/3/2008. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-35120>>. Acesso em: 27 jul. 2024.

BRASÍLIA. Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas. **Comunicado nº 1**, de 03 de março de 2023. [Comunica aos órgãos e as entidades das Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de todos os Poderes, que o PNCP encontra-se operacionalmente apto a viabilizar a divulgação centralizada e obrigatória dos atos essenciais praticados sob a égide da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA)]. **Portal Nacional de Contratações Públicas**, Brasília, DF, 3 mar. 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/pncp/pt-br/aceso-a-informacao/comunicados/comunicado-no-1-2023-portal-nacional-de-contratacoes-publicas-pncp>>. Acesso em: 9 jul. 2024.

CARVALHO, Matheus; OLIVEIRA, João Paulo; ROCHA, Paulo Germano. **Nova Lei de Licitações Comentada e Comparada**. 3ª. ed. rev., atual. e amp. Salvador: Juspodivm, 2023. 1040 p. ISBN 978-85-442-4188-2.

FILHO, José dos Santos C. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559776078. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559776078/>>. Acesso em: 10 jul. 2024.

FILHO, Marçal J. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649822. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649822/>>. Acesso em: 10 jul. 2024.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. ISBN 978-65-5614-611-9. 1825 p.

JR., José C. **Manual da Licitação**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559770298. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770298/>>. Acesso em: 17 jul. 2024.

MASSON, Cleber. **Crimes em Licitações e Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559641598. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641598/>. Acesso em: 10 ago. 2024.

MAZZA, Alexandre. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9788553620296. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620296/>>. Acesso em: 17 jul. 2024.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **O que é e quando se aplica o credenciamento?** Disponível em: <www.licitacaocontrato.com.br>. Acesso em: 05/07/2024.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649440. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649440/>>. Acesso em: 29 jul. 2024.

REMEDIO, José A.; REMEDIO, Davi P. **Lei 14.133/2021: A pré-qualificação como procedimento auxiliar das licitações e contratações administrativas**. Universitas, Mogi Mirim, Ano 16, nº 30, p. 93 a 110, jan a jun, 2022. Disponível em: <<https://revistauniversitas.inf.br/index.php/UNIVERSITAS/issue/view/32>>. Acesso em: 25/07/2024.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Lei nº 14.133/2021 comentada: Uma visão crítica**. 1ª reimpressão. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. 508 p. ISBN 978-65-5518-285-9.

SECRETARIA ESPECIAL DE DESBUROCRATIZAÇÃO, GESTÃO E GOVERNO DIGITAL DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Instrução Normativa nº 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, Brasília, DF, 9 de agosto de 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-seges-no-58-de-8-de-agosto-de-2022>>. Acesso em: 05 jul. 2024.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo**. (Coleção esquematizado®). São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9788553622719. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553622719/>>. Acesso em: 29 jul. 2024.