

Nova Lei de Licitações

Lei nº 14.133/2021

AULA 01: Definições e Bases
Normativas

PROF. KLEBERSON ROBERTO DE SOUZA



Primeiramente, gostaria de agradecer o interesse neste curso. Após me apresentar brevemente a vocês, falaremos sobre como aperfeiçoar seus conhecimentos em licitações, de forma prática e direta.

KLEBERSON SOUZA

- ✓ Auditor Federal de Finanças e Controle
- ✓ Mestre em Administração Pública pela FGV, Especialista em Direito e Controle Externo da Administração Pública pela FGV e em Auditoria Contábil e Tributária pela UFMT, com certificação internacional pela *Internacional Organization for Standardization - ISO* em Gestão de Riscos (C31000)
- ✓ Coautor dos livros Como Combater à Corrupção em Licitações – Detecção e Prevenção de Fraudes e Como Combater o Desperdício no Setor Público – Gestão de Riscos na Prática, ambos lançados pela Editora Fórum em 2016 e 2019, respectivamente; autor dos livros de Avaliação de Controles Internos: Contratações Públicas e Implantação de Governança no Setor Público, lançados pela Editora Publicontas do TCE/MT em 2017 e 2019, respectivamente e autor do Guia de Integridade das Empresas Estatais Federais, publicado pela CGU em 2015
- ✓ Professor de pós-graduação da UFMT com a disciplina Gestão de Riscos e Palestrante na área de auditoria governamental, detecção de fraudes em licitação e contratos, gestão de riscos e avaliação de controles internos.

1. INTRODUÇÃO

Sejam bem-vindos ao Curso da **Nova Lei de Licitações**, a Lei nº 14.133/2021. Meu nome é Kleber Souza, sou Auditor Federal de Finanças e Controle e autor deste material didático.

Os tribunais de contas em todo o país têm realizado amplo levantamento do nível de governança e gestão de contratações dos seus jurisdicionados, com objetivo de avaliar o estágio de implementação dessas práticas nas organizações. Em Mato Grosso, o Tribunal de Contas do Estado (TCE/MT) realizou avaliação no ano de 2017, resultando na edição da Resolução Normativa nº 28/2017 – TP.

O resultado indicou que as prefeituras avaliadas estão no nível básico de maturidade (média de 33,78%), evidenciando que essas organizações apresentam vulnerabilidades e deficiências significativas em seus controles internos na área de licitações e contratos.

Na prática, os números indicam que as organizações, de um modo geral, não tem plano anual de contratação; não utilizam modelos padronizados de termos de referência, editais, atas e contratos, nem normatizaram os procedimentos para realização de pesquisas de preços e estimativas de quantidade; não utilizam estudo técnico preliminar na fase de planejamento da contratação ou este instrumento é deficiente; apresentam fragilidades na atuação dos agentes de contratação durante a condução do certame e não capacitam regularmente seus servidores da área de aquisições.

Essas vulnerabilidades na governança e gestão de contratações afetam diretamente a capacidade que as organizações têm de prestar serviços públicos de qualidade e atingir os seus objetivos. Para entender como isso afeta a sua organização, basta lembrar do volume de notícias tratando de fraudes, desvios, atrasos, sobrepreço, fracassos, falhas, erros, prejuízos, superfaturamentos, além de várias outras formas de desperdiçar e desviar recursos públicos.

Para mudar esse cenário de fragilidades diagnosticado no ambiente de licitações, e ainda, aproveitando o contexto em que temos uma Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLL¹), este curso irá abordar os aspectos mais relevantes acerca do tema, tratados na legislação e jurisprudência dos tribunais de contas, a fim de subsidiar a implementação de estrutura de governança e gestão de contratações necessários para a boa e regular execução da atividade, contribuindo para a melhoria do desempenho da Administração Pública, em benefício da sociedade.

Entre outras medidas de fortalecimento da estrutura de governança e gestão das contratações, a NLL trouxe instrumentos de estímulo à profissionalização dos compradores públicos e a implementação da gestão de riscos, além do incentivo ao processamento eletrônico e aumento expressivo da transparência, com a criação do Portal Nacional das Compras Públicas.

Nessa linha, ao final de cada capítulo, apresentaremos uma lista exemplificativa de possíveis controles e mecanismos que o gestor pode adotar para aprimorar a gestão de licitações em sua organização.

¹ A Lei n. 14.133/2021 será referenciada neste material didático como NLL ou Nova Lei de Licitações.

Este curso está integralmente aderente às novas regras estabelecidas na Lei nº 14.133/2021. Em linhas gerais, o curso está estruturado em 5 (cinco) módulos, subdivididos em 7 (sete) aulas, distribuídas da seguinte forma:

ESTRUTURA DO CURSO	
MÓDULO I - Noções gerais	
Aula 1 – Definições e base normativa	Definições, âmbito de aplicação, objetivos da licitação, modalidades: concorrência, pregão, concursos, leilão e diálogo competitivo, critérios de julgamento, dispensa e inexigibilidade de licitação.
MÓDULO II – Planejamento da Contratação (Fase interna ou preparatória)	
Aula 2 – Estudo Técnico Preliminar e Gerenciamento de Risco	Definição de documento de formalização da demanda, Estudos Técnicos Preliminares, conteúdos mínimos obrigatórios, estimativa de quantidade, estimativa de preços, justificativa para o parcelamento ou não do objeto, declaração de viabilidade ou não da contratação, agentes responsáveis, etapas e atividades de gerenciamento de riscos previstas na legislação, matriz de alocação de riscos.
Aula 3 – Projeto Básico/Termo de Referência	Responsáveis pela elaboração do Termo de Referência, conteúdo, definição do objeto, formas e critérios de seleção do fornecedor, prazo de execução e vigência, modelo de gestão do contrato, critério de medição e pagamento, divulgação dos valores estimados, sistema de registro de preços e participação de ME e EPP.
Aula 4 – Edital, Parecer Jurídico e Publicação	Requisitos para elaboração do edital, habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira, regularidade fiscal, social e trabalhista, condições de participação, vedação à participação de consórcios, elaboração de parecer jurídico, divulgação do edital e principais entendimentos dos tribunais de contas sobre o assunto.
MÓDULO III - Seleção do Fornecedor	
Aula 5: Seleção do Fornecedor (Fase Externa)	Agentes de contratação, julgamento, habilitação, homologação, adjudicação, pedidos de esclarecimentos, impugnação, recursos, revogação e anulação da licitação.
MÓDULO IV – Contratações Diretas	
Aula 6 – Contratações Diretas	Dispensa e inexigibilidade de licitação. Instrução processual, controle do fracionamento, bens de luxo e regulamentos.
MÓDULO V - Responsabilidade dos Agentes e das Pessoas Jurídicas	
Aula 7: Responsabilidade dos agentes e das pessoas jurídicas	Responsabilidade dos agentes e das pessoas jurídicas, advertência, multa, impedimento de licitar e contratar, declaração de inidoneidade, desconsideração da personalidade jurídica e infrações à lei anticorrupção.

Ao final dos estudos, esperamos que vocês tenham condições de:

- (i) conhecer em detalhes os objetivos das atividades do processo de licitação (planejamento da contratação e seleção do fornecedor), compreendendo os entendimentos e as

orientações dos tribunais para subsidiar a tomada de decisões mais seguras e prevenir responsabilizações;

- (ii) identificar os principais riscos de erros, irregularidades e atos fraudulentos em um certame para implantar uma estrutura eficiente de controles internos, visando evitar a sua ocorrência; e
- (iii) exercer o salutar controle social da gestão pública, por meio de um conhecimento especializado sobre licitações públicas e utilização de ferramentas de apoio (checklists).

Dessa forma, a fim de oferecer subsídio aos gestores para melhorar o desempenho das licitações, este curso contribuirá para o aperfeiçoamento da Administração Pública, estimulando, inclusive, o enfrentamento da corrupção, além de assegurar a boa e regular gestão dos recursos públicos em benefício da sociedade.

1. Definições e Bases Normativas

O que é uma licitação e a quem ela se destina?

Quais são as modalidades de licitação que o gestor pode utilizar na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLL)?

E o pregão eletrônico, promove efetivamente maior competitividade e vantajosidade para a Administração quando comparado com o Pregão Presencial?

Como definir os critérios de julgamento em uma licitação pública?

Para responder a essas e outras questões estudaremos, nesta aula, as definições e bases normativas que regem as licitações públicas.

Neste capítulo serão apresentadas as definições básicas e o novo panorama normativo que rege a licitação no setor público. Ao mesmo tempo, serão detalhados os principais aspectos abordados pelas leis, normas e jurisprudências dos tribunais acerca das modalidades e critérios de julgamento.

Neste tópico iremos apresentar, ainda, um estudo comparativo entre o pregão presencial e eletrônico realizado pelas prefeituras de Mato Grosso que buscou avaliar a competitividade, vantajosidade e transparência dessa modalidade licitatória.

Pronto para começar?

Então, vamos nessa.

1.1 Definições

Antes de iniciar nossos estudos, apresentaremos uma breve visão panorâmica da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLL).

A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, é uma lei analítica, extensa, com 194 artigos, consolidando disposições de outras 3 grandes leis de licitações, que são: i) Lei nº 8.666/93; ii) Lei nº 10.520/02; e iii) Lei nº 12.462/11 (arts. 1º a 47-A).

Nesse sentido, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLL) não é apenas analítica demais, mas também é vista por muitos doutrinadores como interventiva, ou seja, ela busca induzir Estado e municípios a adotarem práticas consideradas exitosas na União, como regras de gestão e fiscalização de contratos (IN nº 5/2017), pesquisa de preços (IN nº 73/2020), estudos técnicos preliminares (IN nº 40/2020), gestão de riscos (IN CGU/MP nº 01/2016), entre outros. Normas que foram editadas e aplicadas na esfera federal foram acopladas ao texto legal da Lei nº 14.133/2021.

Futuramente, esse fato pode gerar um debate acerca do caráter geral ou específico de algumas normas presentes na NLL, a exemplo da exigência de servidor efetivo como agente de contratação, detalhamento do conteúdo dos estudos técnicos preliminares e termo de referência, pesquisa de preços etc.

Além disso, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos não é totalmente aderente à realidade da maioria das organizações governamentais do país. Entretanto, uma das inspirações da NLL (Acórdão TCU nº 2.622/2015 – P), quando foi editado, em 2015, também não era aderente à realidade federal.

A partir de sua publicação, no entanto, foram editados diversos regulamentos sobre Estudos Técnicos Preliminares (ETP), gestão de riscos, gestão e fiscalização de contratos, pesquisa de preços, que agora estão presentes no texto da Lei nº 14.133/2021. Dessa forma, embora novos dispositivos não sejam aderentes à realidade de muitas organizações, o propósito é fomentar a adoção dessas boas práticas de governança e gestão para aprimorar o processo de contratação.

Outro ponto que merece destaque é que a NLL mescla rigidez com flexibilidade. Isso porque em diversos artigos a lei apresenta, em detalhes, os conteúdos dos artefatos, como ETP, TR, pesquisa de preços.

Em outros, porém, permite que o gestor tenha mais flexibilidade, a exemplo de: i) dispensa de análise jurídica nas contratações diretas de baixo valor, baixa complexidade e entrega imediata (§ 5º do art. 53); ii) ampliação do limite para contratação direta de baixo valor (R\$ 114.416,65 para obras e serviços de engenharia e R\$ 57.208,33 para bens e serviços); e iii) contrato de serviços e fornecimentos contínuos poderão ser celebrados por até 10 anos e contratos por prazo indeterminado quando a Administração for usuária de serviços públicos como energia, água, esgoto, imprensa etc.

Essa flexibilidade nos leva à reflexão da importância da análise de custo do controle versus benefício, preconizado no art. 14 do Decreto-Lei 200/67, que orienta há muito tempo que o “trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco”.

O propósito da NLL não é, nem poderia ser, a criação de mais controles e de mais burocracia. Ao contrário, a Lei nº 14.133/2021 provê formas de descobrir oportunidades de remover controles desnecessários, que se tornam empecilhos à entrega de resultados e à geração de valor.

Ainda nessa direção, a NLL estabelece que a compra não é a única forma de resolver um problema ou uma necessidade da organização. Com o paradigma de consumo baseado no acesso (*Access-Based Consumption*), nem sempre ter a propriedade é a melhor alternativa. Existem objetos que a Administração pode fazer uma locação, um comodato, uma permuta ou pedir uma doação, com ou sem encargo.

É nesse sentido o artigo 44 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, ao estabelecer que “Quando houver a possibilidade de compra ou de locação de bens, o estudo técnico preliminar deverá considerar os custos e os benefícios de cada opção, com indicação da alternativa mais vantajosa.”

Por fim, cabe destacar que os Tribunais de Contas sempre foram grandes patrocinadores de inovações em compras públicas. Hoje, essa inovação é exigida pela própria lei. Entretanto, nenhuma inovação será aplicada sem a iniciativa do agente público tomador de decisões.

Muitas inovações que hoje constam na Lei nº. 14.133/2021 já estavam presentes em outras leis e foram pouco aplicadas ou não saíram do papel, a exemplo da contratação integrada, contrato de eficiência e catálogo eletrônico de padronização que constavam na Lei do RDC (Lei nº. 12.462/11) e contratação semi-integrada (Lei nº.13.303/2016).

Para que os gestores tenham segurança jurídica na aplicação da norma, é importante que as autoridades públicas que editam regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, nos termos art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb), atuem para aumentar a segurança dos gestores da área de licitações e contratos. Além disso, é fundamental investir em capacitação contínua e permanente dos servidores e empregados públicos, agentes de contratação e autoridades que atuam na estrutura de governança e gestão do órgão ou entidade.

Feitas essas considerações, vamos iniciar nossos estudos alinhando o conhecimento acerca do conceito e bases normativas da licitação.

Sabe-se que é função do Estado promover o bem comum, entendido como o conjunto de todas as condições de vida adequadas ao desenvolvimento humano. Para tanto, quando necessário, a Administração Pública busca no mercado bens e serviços essenciais ao desempenho desta função, mediante compras públicas planejadas e executadas na forma da lei.

A compra pública, de modo geral, baseia-se na busca essencial por obter o melhor preço, qualidade, efetividade, celeridade, isonomia, competitividade, transparência, sustentabilidade e evitar a corrupção e o desperdício. Governos do mundo todo tentam criar experiências normativas e práticas que levem a esses objetivos de modo eficiente. É um desafio dos mais difíceis.

Dado o enorme poder econômico das licitações, sua complexidade e variados riscos, há constante debate em torno do desenvolvimento de suas regras formais, a fim de que disciplinem as

contratações de modo justo, dinâmico, transparente e eficiente².

Muitas dessas regras exigem que o modo de disputa seja aberto, considerado uma das maneiras mais eficazes de garantir o melhor preço. Espera-se honestidade e integridade na seleção de fornecedores, igualdade de oportunidades para interessados e são criados requisitos de controles internos, como documentar a tomada de decisões e processos formais de aprovação.

Por esse motivo, a licitação é um procedimento administrativo, de observância obrigatória pelas entidades governamentais e similares em que, observado o tratamento isonômico entre os participantes, deve ser selecionada a proposta apta a gerar o resultado mais vantajoso, uma vez preenchidos os requisitos mínimos necessários ao bom cumprimento das obrigações.

Os objetivos do processo licitatório estão definidos no art. 11 da Lei nº 14.133/2021, conforme apresentado a seguir:

- assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
- assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
- evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; e
- incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

A obrigação de licitar é cláusula constitucional (art. 37, XXI, CF/88), procedimento compulsório para contratar **obras, serviços e compras**, ressalvados os casos especificados na legislação.

Praticamente toda e qualquer política pública depende de uma licitação, desde a construção de escolas, pavimentação asfáltica, compra de medicamentos, merenda escolar, peças de veículos, contratação de serviços terceirizados etc.

O quadro a seguir sintetiza as normas e princípios gerais e sua aplicabilidade³:

Normas Gerais (Lei nº 14.133/21)	Princípios da Administração Pública + Lei Específica	Princípios da Adm. Pública + Regulamento Próprio	Princípios da Lei nº 14.133/21 + Regulamento ministerial
Administração Direta, Autarquias e Fundações	Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista	Entidades Paraestatais – OS/OSCIP/Sistema S	Repartições sediadas no exterior
NLL (Art. 1º)	CF/88, art. 173, III Lei nº 13.303/2016, Art. 1º	Lei nº 9.637/98, Art. 4, VIII; Lei nº 9.790/00, Art. 14; Ac TCU 1.029/2011-P	NLL (Art. 1º, § 2º) Ac TCU 4.993/2019-2C

² “Licitação”, “contratação” e “compra”, neste livro, são termos usados de forma intercambiável e se referem à obtenção de bens, obras ou serviços, separados ou em conjunto, com ou sem procedimento licitatório, com ou sem a formalização de termo de contrato.

³ As tabelas, quadros, figuras e imagens são de produção própria do autor deste material didático, exceto quando explicitamente indicada outra fonte.

Um ponto que merece destaque é o art. 176 da Lei nº 14.133/2021 que determina que Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão prazo de 6 (seis) anos, contados da publicação da Lei, para cumprimento:

- dos requisitos estabelecidos no art. 7º e caput do art. 8º (promoção da gestão por competências e designação de agentes públicos para desempenho de funções essenciais à execução da Lei);
- da obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o § 2º do art. 17 desta Lei; e
- das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial.

NOVA LEI DE LICITAÇÕES EM MATO GROSSO

Dados do IBGE de 2022 indicam que em Mato Grosso 74,47% (105/141) dos Municípios possuem menos de 20.000 habitantes. Portanto, as regras citadas no art. 176 da Lei nº 14.133/2021 poderão ser implementadas até o dia 01/04/2027.

Existem outras normas relacionadas às contratações públicas, como a Lei nº 11.079/2004, das parcerias público-privadas, a Lei nº 12.232/2010, de serviços de publicidade e a Lei nº 12.598/2012 para objetos de Defesa.

Embora as entidades de Serviços Sociais Autônomos, conhecidas como Sistema S (Sesi, Senai, Sesc, Senac, Sebrae, SESCOOP, Senat) não sigam a Lei Geral de Contratações, seguem seus princípios. Além disso, o Tribunal de Contas da União (TCU) entende que a Lei Geral tem aplicação subsidiária em duas situações: (1) quando não há regra específica em regulamento próprio; ou (2) quando tal regulamento contraria princípio da Administração Pública, geral ou específico de licitações (Acórdãos TCU nº 3.454/2007-1C e 2.790/2013-2C).⁴

Exemplo de aplicação da situação (1) ocorreu no Acórdão nº 459/2023-P, em que o TCU recomendou às entidades do Sistema S adotarem, por analogia, as regras da NLL, nos casos de contratação por credenciamento.

Outras organizações que seguem regras próprias são as Fundações de Apoio, ligadas a Instituições Federais de Ensino Superior e Institutos de Ciência e Tecnologia, criadas conforme a Lei nº 8.958/1994. Elas seguem diretrizes de compras do Decreto nº 8.241/2014, elaborando seus próprios regulamentos, observando os princípios da impessoalidade, moralidade, probidade, publicidade, transparência, eficiência, competitividade, busca permanente de qualidade e durabilidade, e da vinculação ao instrumento convocatório.

Já os Conselhos de fiscalização profissional, como CFM, CFA, CFC, considerados autarquias especiais ou corporativas, submetem-se à NLL, pelo entendimento do TCU no Acórdão nº 395/2023-P. A exceção, provavelmente, fica com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que o Supremo Tribunal Federal definiu, na ADI nº 3.026/DF, não se sujeitar às normas de Direito Administrativo.

⁴ Ao citarmos Acórdãos do TCU, usaremos “1C” para 1ª Câmara, “2C” para 2ª Câmara e “P” para Plenário.

A aplicação das normas gerais de licitação está sujeita à interpretação do Tribunal de Contas da União e deve ser acatada por todos os Poderes e Esferas, desde que envolvida a aplicação de recursos federais, conforme Súmula do TCU nº 222. Não por acaso, a NLL, em boa medida, foi construída a partir de jurisprudência daquele Tribunal (ZYMLER e ALVES, 2021).

Por se tratar de um dos mecanismos que a Constituição Federal estabeleceu para que o Estado faça a melhor gerência possível dos recursos públicos, a atividade de licitação tem forte relação com a geração de resultados para a sociedade e elevada materialidade de recursos envolvidos.

Com exceção das transferências diretas ao cidadão, como, por exemplo, Bolsa Família e Seguro Defeso, praticamente toda política pública depende de contratação com o setor privado, desde a construção de hospitais, escolas e estradas, a obtenção de medicamentos e alimentação escolar, a prestação de serviços de transporte escolar, limpeza, manutenção.

Ilustrando a importância das compras do governo para a produção de resultados à sociedade, 369 organizações federais responderam ao TCU sobre a criticidade das compras para suas três ações mais relevantes. Somente 4% afirmaram que, mesmo sem comprar, continuariam funcionando normalmente, ao passo que em metade das organizações (47%), a falta de compras afetaria imediatamente as ações relevantes (Acórdão TCU nº 2.622/2015-P).



Sobre a materialidade dos recursos envolvidos, a atividade de contratações no Brasil alcançou média de 12,5% do Produto Interno Bruto (PIB) no período de 2006 a 2016, representando valores em torno de R\$ 1 trilhão por ano (RIBEIRO e INACIO JUNIOR, 2019).

A média brasileira é similar à de outros países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em torno de 12% do PIB, chegando até 30% em países em desenvolvimento (OCDE, 2020).

Entretanto, mesmo com todo esse volume de recursos e a criticidade para as políticas públicas, a atividade de contratações padece de graves deficiências nas estruturas e nos processos de governança, gestão de riscos e controles internos.

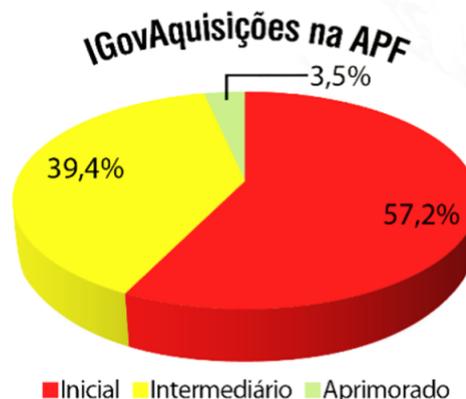
Tomando por base o estrato federal avaliado pelo TCU no Acórdão nº 2622/2015-P, podemos perceber que, naquela época, os órgãos federais, em sua maioria, ainda estavam no estágio inicial de maturidade em suas capacidades de governança em aquisições. Apenas 10% tinham algum mecanismo de gestão de riscos.

PORQUE ABORDAR RISCOS

Fonte: Elaboração própria a partir de Acórdão TCU nº 2.622/2015-P

TCU consolida fiscalizações em governança e gestão de aquisições de órgãos da Administração Pública (23/09/15)

- 60% NÃO selecionam liderança com base em competências
- 54% tem deficiência no planejamento das aquisições
- 52% NÃO estabeleceram objetivos para a gestão das aquisições
- 90% NÃO estabeleceram mecanismos de gestão dos riscos



Outro indicador relevante foi publicado pelo TCU no Acórdão nº 2.604/2018-P, que tratou de um mapa de exposição da Administração Pública Federal a fraude e corrupção, revelando que as instituições detentoras dos maiores poderes econômicos e de regulação ainda não tinham adotado sistemática de gestão de riscos relacionada à prevenção de casos de fraude e corrupção, tampouco de controles específicos para conter esses mesmos males.

Em 2021, o TCU atualizou o levantamento dos índices de governança e gestão dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal (iGG2021), avaliando 378 organizações. Os números apontam evolução, de modo geral, mas o panorama ainda está longe do ideal. Mais de 1/3 dos respondentes não saiu do estágio inicial de capacidade em governança e menos de 1/4 se consideram no estágio aprimorado na gestão das contratações.

Um aspecto especialmente preocupante é a gestão de pessoas na área de compras governamentais, com o pior resultado (Acórdão TCU nº 2.164/2021-P), o que reforça a ideia endossada pelo autor deste material didático, de que a profissionalização de compradores é o nosso maior desafio (SANTOS, 2023).

Felizmente, o cenário parece animador, considerando que a NLL contempla dispositivos que estimulam boas práticas de governança, processos e estruturas para avaliar, direcionar e monitorar licitações e contratos, incluindo o fortalecimento da gestão de riscos, a consolidação de controles internos e a diretriz de profissionalizar a área. Mudanças efetivas, porém, não dependem somente da lei, mas de transformação na cultura das organizações, em especial na alta administração (SANTOS e PERCIO, 2022).

Ainda que haja motivos para otimismo, não se descuida que qualquer estrutura de governança em contratações merece dedicar atenção à fraude, como risco inerente da área. O Instituto de Finanças Públicas e Contabilidade, sediado no Reino Unido, apontou que contratação é a área com maior risco percebido de fraude e corrupção, resultado que repetiu a percepção de anos anteriores (CIPFA, 2020).

Outro levantamento internacional, da OCDE (2014), aponta que mais de metade dos subornos e propinas detectados no planeta ocorrem na atividade de contratações públicas. Em outras palavras, obter um contrato com o governo é o principal objetivo do suborno transnacional.

No Brasil, iniciativa da CGU analisou penalidades administrativas relativas a ato de corrupção e fraude em Agências Reguladoras, identificando como segundo maior risco (19%), avaliado como “Alto”, as irregularidades em licitações e contratos (CGU, 2021a). Estudo similar, em órgãos federais da Administração Direta, apontou a área de contratações como o terceiro maior risco, superada apenas pelas atividades de fiscalizações e investigações e à formulação ou execução de políticas públicas (BRITO e CAPANEMA, 2022).

Alinhado a esse contexto, há tempos a fraude em compras públicas tem sido tema de preocupação do setor acadêmico, em função do alto risco (RUSTINIARINI, NURKHOLIS e ANDAYANI, 2019).

Reforçando o cenário e comprovando que o problema não é exclusivo do setor público, a Pesquisa Global sobre Crimes Econômicos da Pricewaterhousecoopers de 2022 apontou a fraude em compras entre os principais tipos de crime econômico em organizações privadas.

Não é de admirar, portanto, que a OCDE entenda as compras como atividade governamental das mais vulneráveis à corrupção e má gestão, considerando o elevado volume de recursos envolvidos, a complexidade do processo, a interação de agentes públicos e fornecedores e a multiplicidade de atores interessados (OCDE, 2016). Nos Estados Unidos, em várias agências federais, a função “compras” está na lista de alto risco de fraude, desperdício, abuso e má gestão (GAO, 2005).

Em função da elevada materialidade dos recursos, de sua importância estratégica para o Estado na implementação de políticas públicas e dos riscos associados à atividade de aquisição, é relevante que os órgãos compradores e as unidades de controle adotem medidas para prevenir, detectar e remediar atos de erros e irregularidades nas licitações.

1.2 Modalidades de Licitações na NLL

Modalidade é uma forma específica de conduzir o procedimento licitatório, a partir de critérios definidos em lei. Nesse sentido, a Lei nº 14.133/2021 prevê, em seu art. 28, somente cinco diferentes modalidades de licitação: concorrência, pregão, concurso, leilão e diálogo competitivo, conforme demonstrado a seguir:



Fonte: Elaborado pelo autor

Como se pode notar, as modalidades de **tomada de preço e convite** previstas na Lei nº 8.666/93 **deixaram de existir na nova lei**. Por outro lado, foi criada uma nova modalidade denominada **diálogo competitivo**.

Outra novidade é que a definição da modalidade de licitação deve feita somente em razão de seu objeto, não havendo mais diferenciação de modalidade em razão do valor da contratação, como havia nos casos de concorrência, tomada de preços e convite.

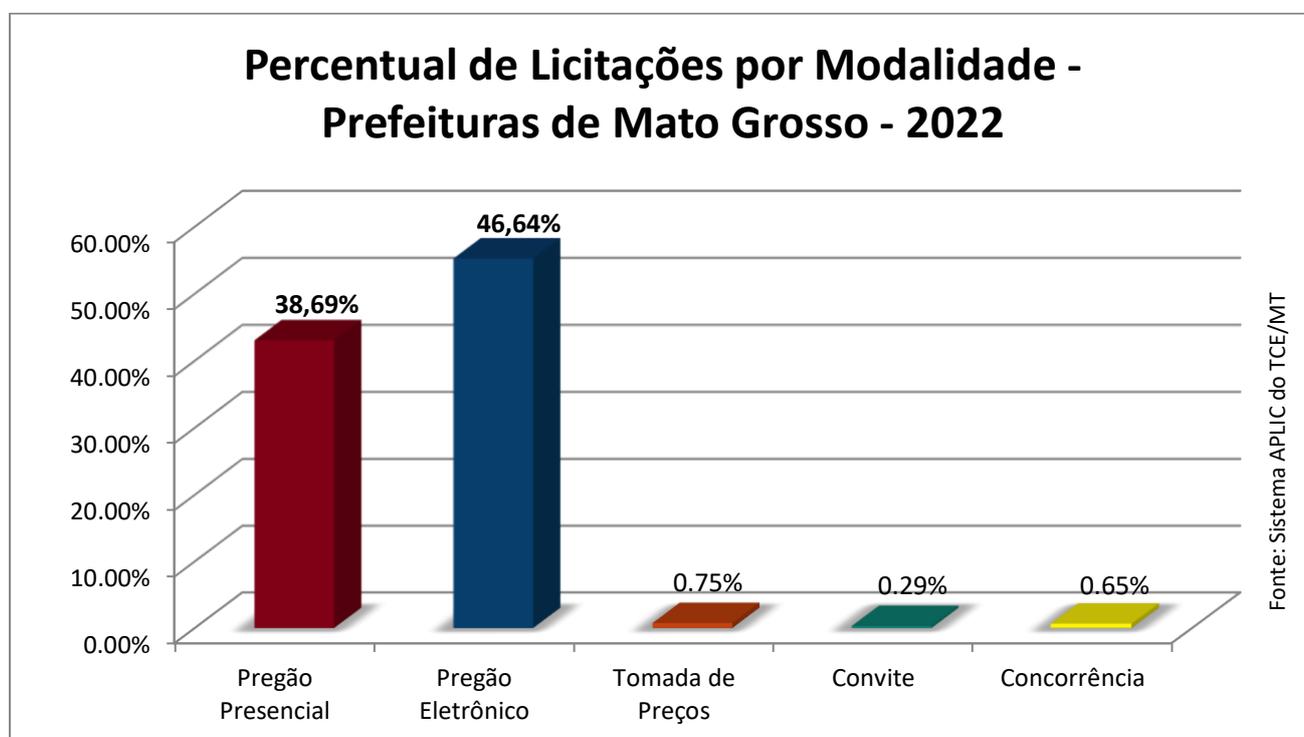
Com isso, não haverá mais a possibilidade de fracionamento de despesa para escapar da modalidade mais complexa, hipótese em que se faziam vários convites para objetos de mesma natureza com o propósito de não realizar uma tomada de preços, modalidade com maior prazo e mais publicidade.

Com a Nova Lei de Licitações, as modalidades não definem mais prazos, utilização de Sistema de Registro de Preços, regimes de execução. Quem define agora é o critério de julgamento.

A Lei nº 14.133/2021 veda a criação de outras modalidades ou a combinação entre as modalidades citadas (§ 2º do artigo 28). Esse dispositivo explicita que as modalidades são normas gerais de licitação que devem ser respeitadas pelos demais entes federativos.

Somente a União pode legislar sobre as modalidades de licitação, pois é sua competência privativa legislar sobre normas gerais de licitação, nos termos do inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal (Niebuhr et al., 2021).

Em 2022, as modalidades de licitação mais utilizadas pelas prefeituras de Mato Grosso foram as seguintes:



No tópico a seguir passaremos a detalhar as particularidades de cada modalidade licitatória.

1.2.1 Concorrência

A concorrência é definida no inciso XXXVIII do art. 6º da Lei nº 14.133/2021 como a modalidade de licitação que se destina a contratações de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: a) menor preço; b) melhor técnica ou conteúdo artístico; c) técnica e preço; d) maior retorno econômico; e e) maior desconto.

Na prática, todos os critérios de julgamento se aplicam à concorrência, **exceto o maior lance**, usado exclusivamente na modalidade leilão.

A contratação de obras poderá ser feita mediante concorrência. Já nos casos de serviços comuns de engenharia, a NLL admite a utilização tanto da **concorrência quanto do pregão**.

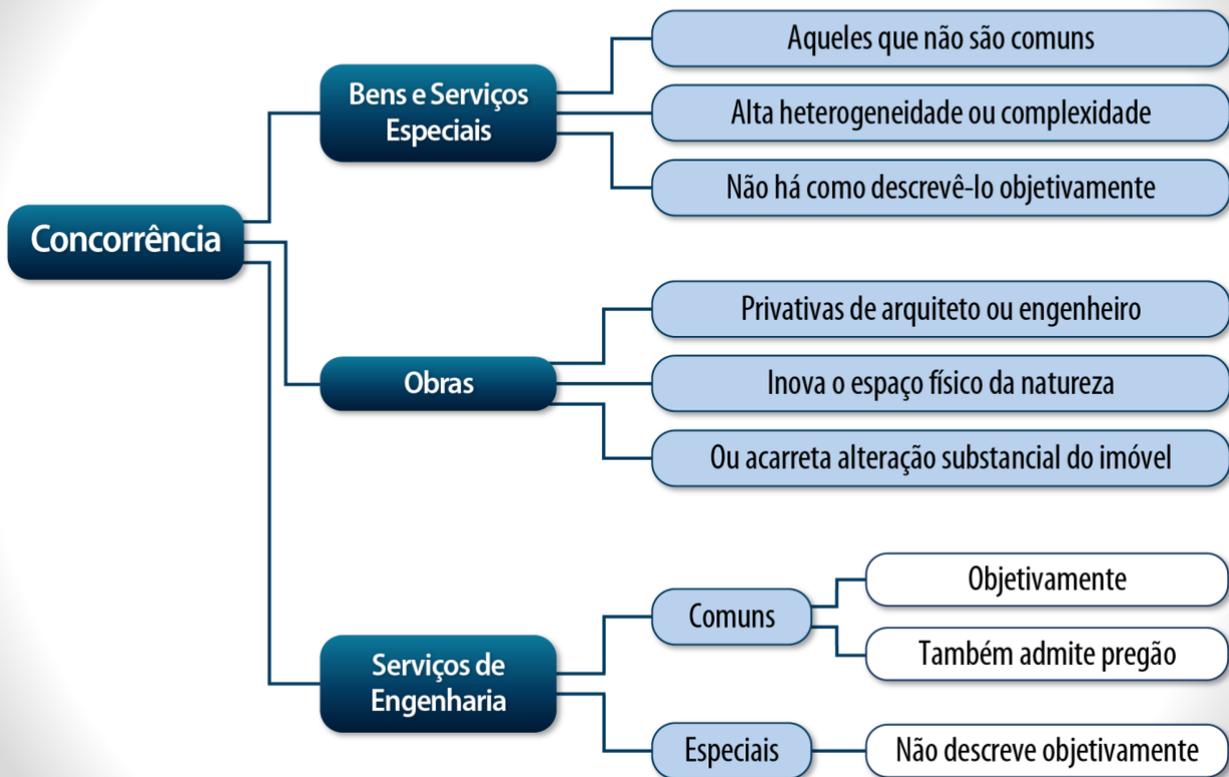
Como não existem critérios objetivos para diferenciar hipóteses em que os serviços comuns de engenharia serão contratados ou por pregão ou por concorrência, caberá ao agente público responsável escolher a modalidade mais adequada, respaldado por critérios técnicos e devidamente justificado no processo (Niebuhr et al., 2021).

A concorrência também pode ser adotada nas licitações para as concessões de serviços públicos previstas na Lei nº 8.987/1995 e para as parcerias público-privadas disciplinadas na Lei nº 11.079/2004, ao lado da nova modalidade denominada diálogo competitivo, que será estudada nos tópicos seguintes.

Nos casos de contratação mediante procedimento auxiliar de sistema de registro de preços, a Administração poderá realizar contratação direta ou licitação na modalidade pregão ou concorrência.

As principais características da concorrência estão demonstradas a seguir:

Modalidade de Licitação



Fonte: Elaboração própria a partir de Almeida (2021).

Na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a concorrência e o pregão seguem o rito comum a que se refere o art. 17 da Lei nº 14.133/2021, observando as seguintes fases, **em sequência**:

- preparatória;
- de divulgação do edital de licitação;
- de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;
- de julgamento;
- de habilitação;
- recursal;
- de homologação.

Essas fases podem ser assim demonstradas:

Fases da Licitação



Fonte: Elaboração própria a partir de Almeida (2021)

Nesse contexto, concorrência e pregão têm exatamente o mesmo rito quando usarem o critério de julgamento menor preço ou maior desconto. A lei proíbe a realização de pregão para obras. Mas permite que uma obra seja licitada pela modalidade concorrência, com critério de julgamento menor preço, que tem exatamente o mesmo rito do pregão. Em termos práticos, é um pregão. **Então será possível dar lances para uma contratação de obras de engenharia pelo menor preço ou maior desconto.**

Além disso, uma das grandes novidades trazidas pela NLL na modalidade concorrência é a **inversão de fases**. Enquanto na Lei nº 8.666/1993 a fase habilitação antecede obrigatoriamente à fase de julgamento das propostas, na nova lei deverá ser feito primeiro o julgamento das propostas e depois a análise dos documentos de habilitação do licitante vendedor.

Outra mudança significativa no rito procedimental da concorrência diz respeito à **fase recursal**. Pela Lei nº 8.666/1993, a interposição de um recurso é cabível tanto após a fase de habilitação quanto após a fase de julgamento das propostas.

Na Lei nº 14.133/2021 isso muda, pois haverá somente uma fase recursal, seja seguindo a ordem prevista no caput do artigo 17 ou quando houver a inversão de fases permitida no § 1º do artigo 17.

Modalidade	Quant.	Média (em dias)	Mediana (em dias)
Concorrência	62	130	107
Concurso	17	49	39
Convite	344	18	14
Tomada de preços	482	40	29
Pregão	5.604	28	22

Fonte: Souza (2022)

Pesquisa de Souza (2022) com 122 prefeituras de Mato Grosso demonstrou que a fase externa do pregão é quase cinco vezes mais rápida que uma concorrência nos moldes antigos.

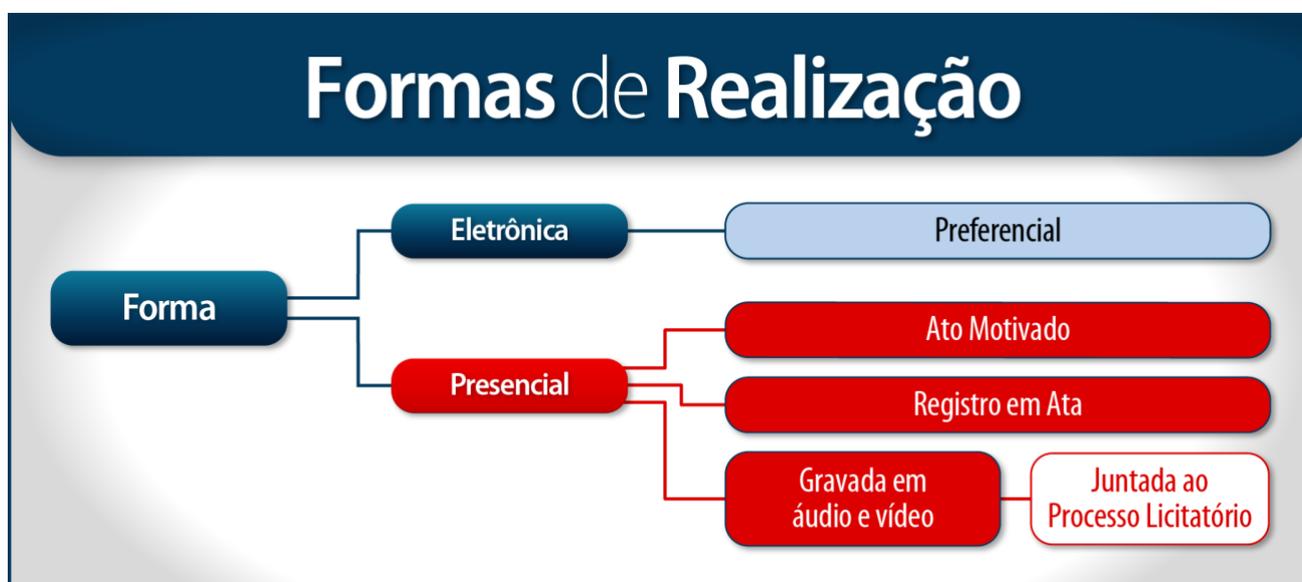
Especificamente em relação aos tempos de realização da fase externa do pregão e das modalidades concorrência e tomada de preços, o pregão é o

procedimento mais célere, chegando a ser quase cinco vezes mais rápido quando comparado com a concorrência. Esse resultado pode ser justificado pelo fato de o pregão na Lei nº 10.520/02 ter inversão obrigatória das fases — primeiro julga a proposta e depois avalia os documentos de habilitação; fase recursal única; e ter o menor prazo entre a publicação do edital e abertura das propostas (oito dias úteis para o pregão, sendo a concorrência 30 dias ao adotar o menor preço, e a tomada de preços 15 dias).

Por esse motivo, o artigo 29 da Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, define que a concorrência e o pregão deverão seguir o rito procedimental comum a que se refere o artigo 17 da lei. Essa nova orientação legal poderá contribuir para a redução significativa dos prazos médios de duração da fase externa da concorrência na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Outra novidade é que a concorrência deverá ser realizada **preferencialmente** na forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada e gravada em áudio e vídeo (§ 2º do artigo 17).

As formas de realização da concorrência estão apresentadas na imagem a seguir:



Fonte: Elaboração própria a partir de Almeida (2021)

Quando realizada presencialmente, a gravação da sessão pública deverá ser juntada aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento, por força do § 5º do art. 17 da Lei nº 14.133/2021.

Essa determinação da Nova Lei de Licitações está em conformidade com orientação da OCDE (2021, p.72), presente no relatório com recomendações para que o Brasil possa avançar na prevenção

e detecção de cartéis em licitações: “tornar obrigatório o uso da contratação eletrônica para todos os tipos de processos de licitação, e não apenas pregão.”

Segundo a OCDE (2021), a adoção da contratação eletrônica contribui para reduzir os riscos de conluio, eliminando a necessidade de os licitantes se reunirem no mesmo local para apresentar suas propostas ou para participar de outras etapas do processo de licitação.

Os benefícios esperados com o processamento eletrônico de compras têm sido bem documentados na literatura e incluem resultados financeiros, como a redução nos preços contratados e nos custos de aquisição (MOON, 2002); operacionais, como a celeridade do processo de adjudicação, a padronização e a racionalização dos procedimentos de aquisição e a melhoria do fluxo de comunicação entre governo, fornecedores e sociedade (CROOM; BRANDON-JONES, 2007); e estratégicos, por meio da ampliação das fontes de fornecimento e da melhoria na transparência, facilitando o acompanhamento das contratações realizadas pelas organizações públicas e reduzindo o potencial de corrupção (REIS; CABRAL, 2015).

É importante registrar que as contratações públicas no Brasil, por via de regra, ainda são feitas no modo analógico. Evidência disso está constatada no referido Relatório da CGU nº 2019000852, em que ficou demonstrada a baixa utilização do pregão eletrônico em municípios de Mato Grosso (11,14%) no ano de 2018, em comparação com o pregão presencial (72,84%).

O relatório referencia também as Notas Técnicas n.º 135/2019 e 430/2019, produzidas pela CGU-Regional/Maranhão, em que se chegou a resultados similares para o mesmo período: apenas 5% dos municípios maranhenses faziam pregão eletrônico.

No Relatório CGU nº 852325/2021, ao avaliar a utilização do pregão pelos entes subnacionais no emprego de verbas federais, foi constatado que, em 55% dos processos realizados no período de 28 de outubro de 2019 a 30 de outubro de 2020, foi utilizado o pregão eletrônico, ao passo que em 45% dos casos, os entes fizeram uso do pregão presencial, não obstante a obrigatoriedade de utilização do formato eletrônico imposta pelo Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019.

Esses resultados indicam que o país tem um longo caminho para realização do processamento eletrônico das compras públicas, exigido pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e respectiva modernização da atividade de contratações, com utilização de ferramentas como inteligência artificial, *machine learning*, robôs e outros instrumentos de automatização que possam simplificar a interação humana ao longo da instrução do processo.

1.2.2 Pregão

O pregão é a modalidade de licitação **obrigatória** para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de **menor preço ou o de maior desconto** (inciso XLI do art. 6º da Lei 14.133/2021). Portanto, o pregão passou a ser expressamente obrigatório quando a contratação se tratar de bens e serviços comuns.

Na vigência da Lei nº 10.520/2002, o uso do pregão para licitação de bem e serviço comum é uma faculdade (art. 1º da Lei do Pregão). No âmbito federal, por exemplo, a obrigatoriedade do pregão decorreu dos regulamentos, a exemplo do Decreto Federal nº 10.024/2019.

A identificação do bem ou serviço como sendo comum, para o fim de adoção do pregão, independe da sua complexidade. Bem ou serviço comum são aqueles que podem ser definidos objetivamente no edital, por meio de especificações usuais de mercado (inciso III do art. 6º).

É a **definição objetiva dos seus padrões de desempenho e qualidade**, mediante especificações usuais no mercado, **que o caracteriza como comum**.

Bens Comuns: combustível, gêneros alimentícios, medicamentos, canetas, lápis, borrachas, água, café, açúcar, mesas, cadeiras, veículos, aparelhos de ar condicionado, etc;

Serviços Comuns: limpeza e conservação, vigilância e segurança, manutenção predial, manutenção de veículos, confecção de chaves, colocação de pisos, troca de azulejos, etc.

Existe, ainda, a **possibilidade** de utilização do pregão nos casos de contratação de **serviço comum de engenharia**. Serviço comum de engenharia são aqueles que “tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens” (“a” do inciso XXI do art. 6º).

Na verificação dessa possibilidade, a complexidade do objeto não é fator único e determinante para efeito de enquadrá-lo no conceito de “serviço comum”, tendo em vista que determinados serviços de engenharia, com maior especialização, ainda que de pequenos reparos, podem constituir, em tese, um objeto especializado e único que se afasta da qualidade de “serviço comum” (Acórdão TCE/MT nº 90/2015).

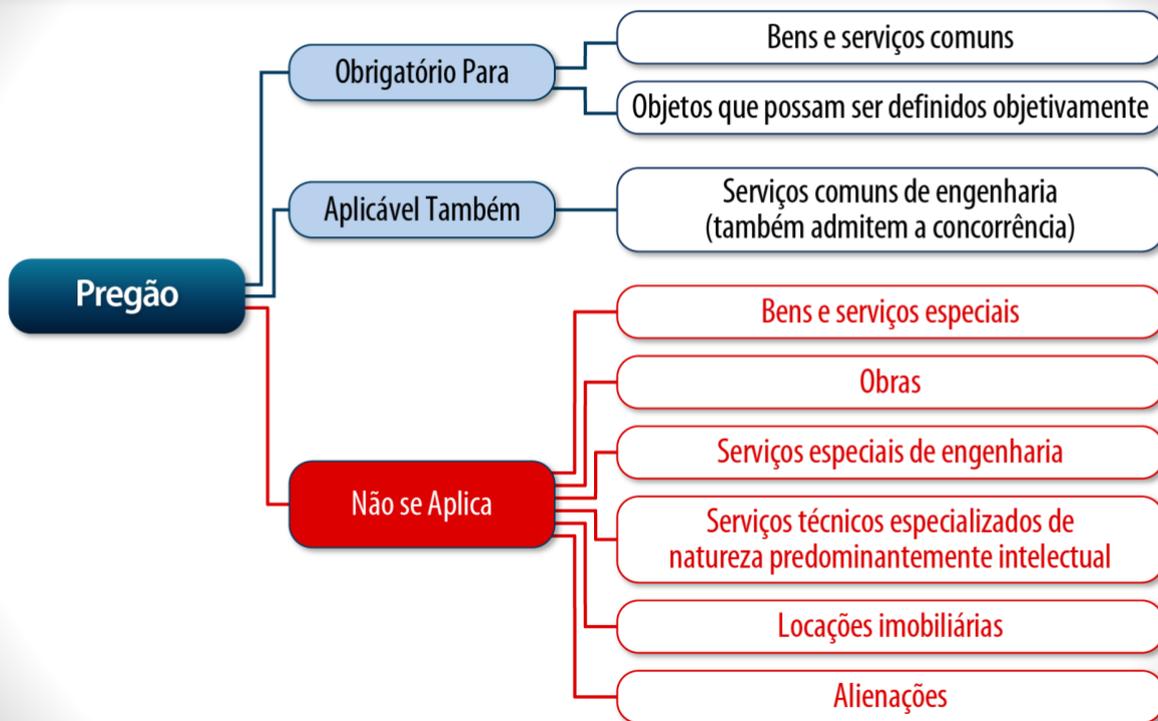
São serviços comuns de engenharia, por exemplo:

- serviços de engenharia consultiva – Acórdão TCU nº 713/2019 – P
- manutenção predial repetidos e rotineiros, a exemplo de ar-condicionado, elevador, predial – Acórdão TCU nº 1.381/2018 – P

No âmbito da União, compete ao agente ou setor técnico da Administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão e definir se o objeto corresponde a obra ou serviço de engenharia (Orientação Normativa AGU nº 54/2014).

Na imagem a seguir apresentamos as principais características do pregão definidas na Lei nº 14.133/2021:

Modalidade de Licitação



Fonte: Elaboração própria a partir de Almeida (2021)

Nessa linha, tem-se admitido o uso do pregão para diversos objetos, inclusive para **muitos cuja aplicação era considerada incabível**, conforme exemplos apresentados a seguir (Amorim e Oliveira, 2019):

- ❖ serviço de call center: Acórdão nº 767/2010-Plenário do TCU;
- ❖ serviço de **tecnologia da informação**: Acórdão nº 2.471/2008 – Plenário do TCU;
- ❖ serviço de auditoria independente: Acórdão nº 1.046/2014 – Plenário do TCU;
- ❖ serviço de fornecimento de infraestrutura para realização de shows: Acórdão nº 6.504/2017 – 2ª Câmara do TCU;
- ❖ serviços de assessoria de imprensa, clipping, media training e monitoramento de redes sociais: Acórdão nº 1.074/2017 – Plenário do TCU;
- ❖ serviço de manutenção predial: Acórdão nº 727/2009 – Plenário do TCU;
- ❖ serviço de engenharia de manutenção do sistema de distribuição de energia elétrica: Acórdão nº 2.314/2010 – Plenário do TCU; e

- ❖ serviço de supervisão e consultoria em engenharia rodoviária: Acórdão nº 2.932/2011 – Plenário do TCU.

Assim como na modalidade concorrência, o § 2º do artigo 17 da Lei nº 14.133/2021 consolida o entendimento jurisprudencial de que os **pregões devem ser realizados sob a forma eletrônica**. Não torna obrigatório, mas preferencial, em que pese a necessidade de motivação expressa para adotar a forma presencial (que deverá ser motivada e a sessão registrada em ata e com gravação de áudio e vídeo).

Em qualquer uma das formas (presencial ou eletrônico), a identificação dos licitantes deve ocorrer apenas no dia, hora e local designados para realização da sessão pública destinada ao recebimento das propostas, respeitados os princípios da impessoalidade e competitividade entre os participantes (§ 3º do art. 25 da Lei nº 14.133/2021).

ESTATAIS

Por força do art. 32, IV, da Lei 13.303/2016, as empresas estatais adotarão preferencialmente a “modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002”.

Em substituição à legislação anterior, deverá ser aplicada a Nova Lei de Licitações, conforme consta no art. 189 do Estatuto. Logo, podemos dizer que a modalidade pregão, da Lei nº 14.133/2021, será aplicada às empresas estatais, como modalidade preferencial para aquisição de bens e serviços comuns.

Isso porque a exigência, em edital licitatório de pregão, de envio de formulário ou recibo preenchido com dados do potencial licitante para formalização de interesse em participar do certame, por ocasião da retirada do edital via internet, configura **tentativa ilegal de identificação dos participantes** antes da data de realização da sessão pública do pregão, desrespeitando-se os princípios da impessoalidade e competitividade (Jurisprudência anterior do TCE/MT presente no Acórdão nº 36/2015).

Ainda sobre o pregão, o trabalho de auditoria desenvolvido pela Controladoria-Geral da União nas licitações realizadas pelas prefeituras de Mato Grosso no exercício de 2018 (Relatório 201900852) chegou a resultados interessantes.

Um dos grandes argumentos em prol da aplicação do pregão na forma eletrônica é a amplitude de participantes. Em regra, a utilização do Pregão Eletrônico como forma de aquisição de bens e serviços comuns possibilita maior competitividade, amplia oportunidades, resultando em maior transparência na utilização dos recursos e no fortalecimento do controle social da gestão pública.

Por ser realizado via *internet*, o Pregão Eletrônico reduz, ainda, o custo de participação dos interessados, que podem competir à distância, de qualquer local do país, o que possibilita aumentar o número de licitantes, inclusive micro e pequenas empresas.

Ainda que, intuitivamente, haja uma percepção de que o Pregão Eletrônico, pelas suas próprias características, privilegia a transparência e aumenta a competitividade, há outros fatores que podem influenciar a participação de interessados em um certame, tais como:

- divulgação ou omissão do valor estimado no edital;
- a quantidade de itens em disputa e o quantitativo previsto para cada item;
- o fato de o objeto encontrar-se devidamente parcelado ou agrupado;
- se trata ou não de cota reservada ou disputa exclusiva entre ME's ou EPPs;
- a eventual existência de cláusulas restritivas à participação;
- as próprias características do objeto, inclusive critérios de sustentabilidade ambiental; e
- o estágio de desenvolvimento do mercado para suprir a demanda do órgão etc.

Com a finalidade de verificar o nível de competitividade dos pregões em Mato Grosso, foram analisados 5.279 pregões realizados pelas prefeituras em 2018, sendo 4.579 Pregões Presenciais e 700 Pregões Eletrônicos, conforme demonstrado a seguir:

MODALIDADE	COMPRAS E SERVIÇOS	OBRAS	OUTROS	CONCESSÃO	TOTAL
CONCORRENCIA	15	38	0	22	75
CONVITE	182	89	0	0	271
LEILAO	0	0	12	0	12
PREGAO ELETRONICO	697	3	0	0	700
PREGAO PRESENCIAL	4560	19	0	0	4579
PREGÃO VENDAS E CONCESSÃO	0	0	0	3	3
RDC	0	0	5	0	5
TOMADA DE PREÇOS	131	510	0	0	641
Total Geral	5585	659	17	25	6286

Fonte: Sistema APLIC do TCE/MT – Dados enviados pelas prefeituras até 28/11/2018.

O volume de recurso envolvidos nesses processos realizados pelas prefeituras de Mato Grosso em 2018 representou o montante de **R\$ 5.626.690.056,83**.

A partir da aplicação de modelos estatísticos, foi identificado que o Pregão eletrônico atrai, em média, 59% [53%; 66%] a mais de licitantes que o Pregão presencial. Em média, o Pregão Presencial realizado pelas prefeituras de Mato Grosso conta com 2,87 licitantes por certame, ao passo que no Pregão Eletrônico a média é de 4,56.

Além disso, foi constatado que em 44,1% dos pregões presenciais, houve participação de apenas 1 (um) licitante. Embora o TCU já tenha se pronunciado no sentido de que não há impedimento legal à participação de um único licitante em licitações realizadas na modalidade Pregão Presencial (Acórdão 408/2008 – Plenário), esse fato por si só pode resultar em contratações antieconômicas para a administração.

Esses resultados confirmam a premissa de que o Pregão Eletrônico contribui para a ampliação da competitividade nos processos licitatórios realizados pelas prefeituras do Estado de Mato Grosso.

Outra questão objeto da auditoria buscou avaliar se o Pregão Eletrônico promove contratações mais vantajosas para a Administração quando comparado ao Pregão Presencial.

Em regra, quanto maior o universo de interessados no pregão, menor é a chance de ações monopolísticas, o que diminui o valor pago pelo bem a ser comprado pelos órgãos e entidades da Administração Pública.

Os resultados dos testes indicaram que, quando comparado ao Pregão Presencial, a eficiência é, na média, 5% maior (entre 4% e 7%, para um nível de confiança de 95%).

Com base nesse percentual, foi analisado o cenário hipotético em que todos os municípios substituíssem integralmente todos os Pregões Presenciais por Pregões Eletrônicos, mantendo a média de eficiência apurada.

Nesse caso, foi estimado que poderia haver uma economia média de **R\$ 172.358.015** (cento e setenta e dois milhões, trezentos e cinquenta e oito mil e quinze reais), sendo que essa economia pode variar entre R\$ 31.043.103,00 a R\$ 313.672.927,00 com 95% de nível de confiança, uma vez que o volume total de valores adjudicados com essas duas modalidades foi próximo de R\$ 3 bilhões.

Além disso, foi verificado que a cada novo licitante presente nos certames, há uma melhora de 2% na eficiência de uma licitação, evidenciando a relação direta entre quantidades de licitantes e eficiência, de maneira estatisticamente significativa e justificando a maior eficiência do Pregão Eletrônico, além de estar em conformidade com o artigo científico empírico já referenciado.

Dessa forma, fica claro que o Pregão Eletrônico tem proporcionado maior eficiência nas licitações realizadas pelas prefeituras de Mato Grosso, na média, 5% superior ao Pregão Presencial.

1.2.3 Concurso

Conforme disposto no inciso XXXIX do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021, concurso é a “modalidade de licitação para 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”, conceito similar ao previsto no § 4 do art. 22 da Lei nº 8666/93, exceto quanto ao critério de julgamento para concurso previsto na NLL e ausência no regime anterior.

É importante deixar claro que a modalidade de licitação denominada concurso não se confunde com o concurso público para contratação de pessoal, previsto no art. 37 da Constituição Federal.

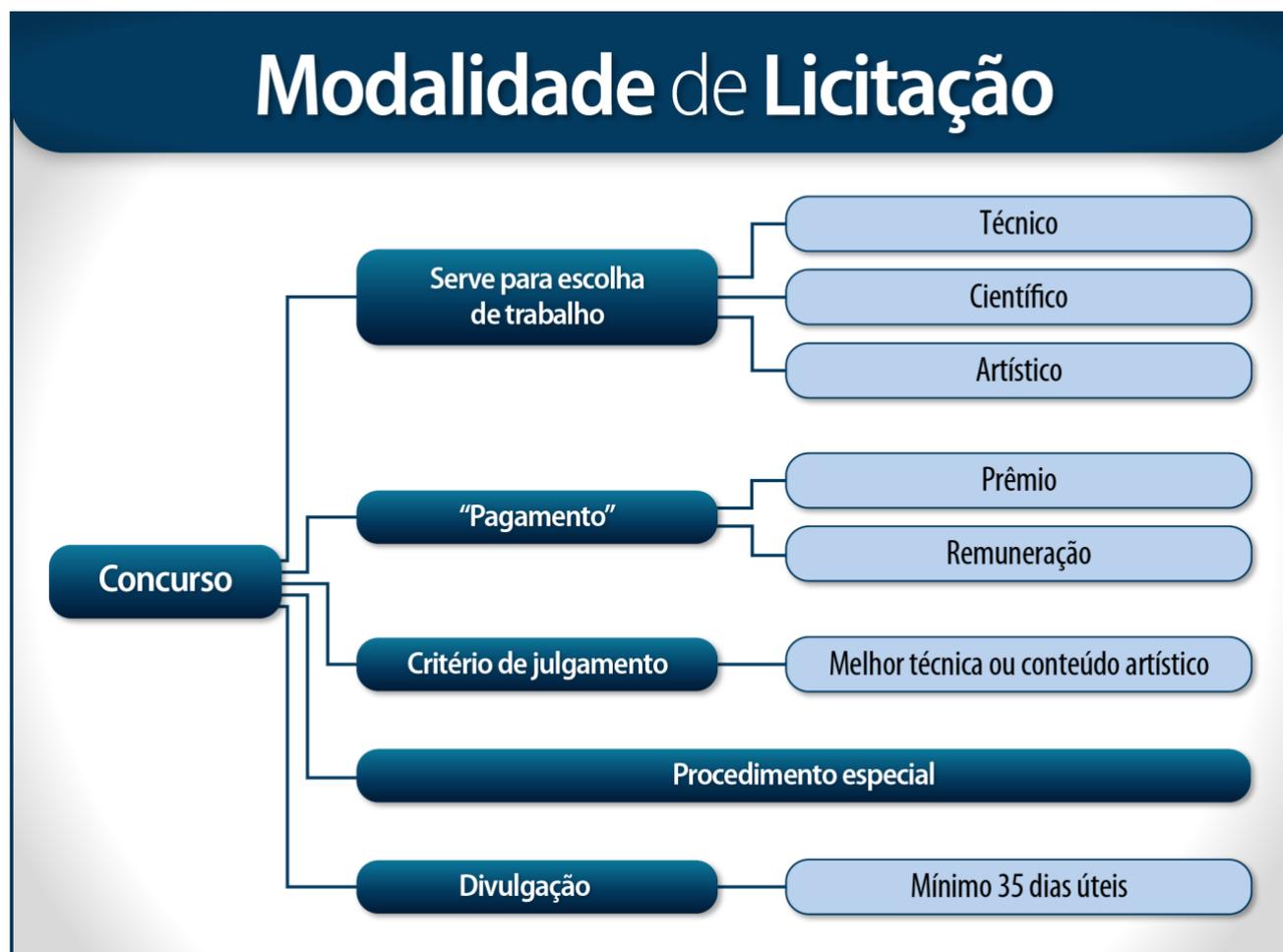
Muitas organizações realizam anualmente concursos que tem por objetivo a escolha de monografias jurídicas, com concessão de prêmios aos primeiros colocados.

Quando se tratar de concurso para a elaboração de projeto, como no caso de projeto arquitetônico, o vencedor deverá ceder à Administração Pública os direitos patrimoniais relativos a ele e autorizar que ele seja executado conforme juízo de oportunidade e conveniência dos agentes públicos responsáveis (parágrafo único do artigo 30).

O artigo 30 da Lei nº 14.133/2021 dispõe que o concurso respeitará as regras previstas no edital, que deverá indicar a qualificação exigida dos participantes, as diretrizes e formas de apresentação do trabalho técnico, científico ou artístico, as condições de realização e o prêmio ou remuneração do vencedor.

Além disso, o critério de julgamento adotado deverá ser a melhor técnica ou conteúdo artístico.

As principais características da modalidade concurso são as seguintes:



Fonte: Elaboração própria a partir de Almeida (2021)

1.2.4 Leilão

É a modalidade de licitação para **alienação** de bens imóveis (casa, prédio, terreno etc.) ou de bens móveis inservíveis (veículos, máquinas e equipamentos) ou legalmente apreendidos (pela Receita Federal, por exemplo) a quem oferecer o maior lance.

Modalidade de Licitação



Fonte: Elaboração própria a partir de Almeida (2021)

O edital do leilão deve ser amplamente divulgado, obrigatoriamente no site oficial e afixado em local de ampla circulação de pessoas na sede da Administração Pública, podendo ser utilizados outros meios que propiciem a ampliação da publicidade e competitividade (§ 3º do artigo 31).

Os interessados em participar do leilão não precisarão se cadastrar previamente e não haverá fase de habilitação. O leilão terá o seguinte rito: fase de lances, fase recursal, pagamento pelo vencedor e homologação, conforme será estipulado em edital (§ 4º do artigo 31 da Lei nº 14.133/2021).

1.2.5 Diálogo Competitivo

O diálogo competitivo é a nova modalidade criada pela Lei nº 14.133/2021 que define no inciso XLII do art. 6 como “a modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos”.

O diálogo competitivo se insere no contexto em que o Estado tem conhecimento da sua necessidade, mas há impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado. A modalidade teve por inspiração a Diretiva da União Europeia nº 2014/24.

A nova Lei reserva o uso do diálogo competitivo apenas para objetos que envolvam inovação tecnológica e alta complexidade, nos quais a Administração precisa de colaboração do mercado para identificar soluções técnicas adequadas e, assim, definir as especificidades do que irá contratar.

Diálogo Competitivo



Fonte: Elaboração própria a partir de Almeida (2021)

Essa modalidade também poderá ser adotada para as licitações de concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas, conforme previsto nos artigos 179 e 180 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos que alteraram a Lei nº 8.987/95 e a Lei nº 11.079/04.

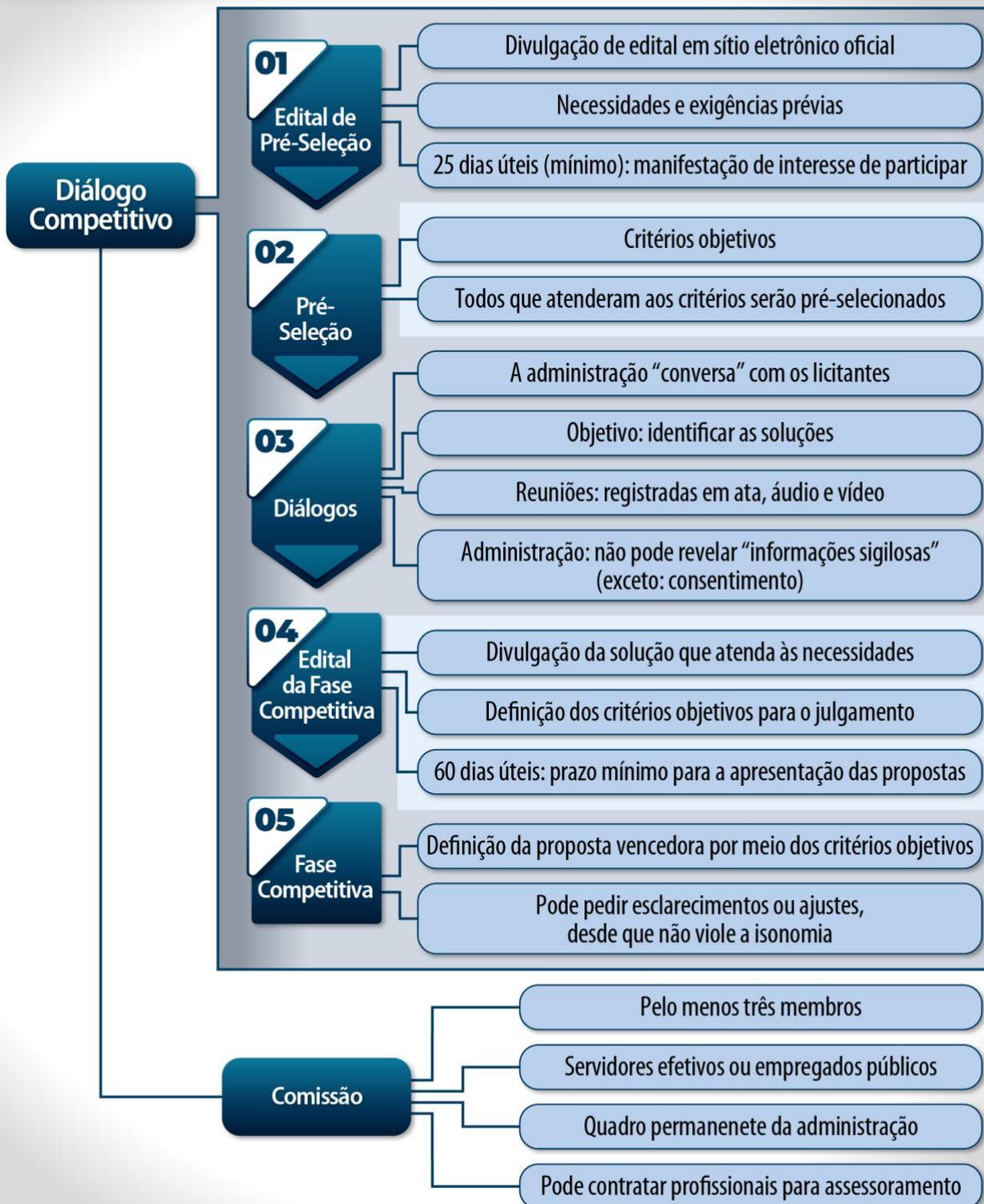
O caso das PPPs é bem ilustrativo das situações que justificam o recurso ao diálogo, pois, nas parcerias entre o público e o privado, o Estado quer uma solução, mas a quer com a colaboração do privado, que irá empreender assumindo parcela considerável dos riscos. Com isso, não será difícil a ocasião em que a autoridade adjudicante não terá conhecimento das soluções que o mercado tem para oferecer (Oliveira, 2021).

Como exemplo de diálogo competitivo, podemos citar a Portaria nº 4.951 da Central de Compras da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, do Ministério da Economia, que designou servidores para comporem a comissão para condução do Diálogo Competitivo nº 01/2021, que tem por objetivo a **contratação de solução para o desenvolvimento de medidas sustentáveis à eficiência energética dos prédios situados na Esplanada dos Ministérios**.

Outro exemplo para ilustrar é a situação em que o Poder Público necessita resolver um problema relacionado a abastecimento de água em determinado município. É bem possível que, dada a particularidade do local, a solução seja revestida de complexidade que impossibilite o Estado de saber qual a alternativa adequada que o mercado tem para suprir a carência de água da localidade (poços artesianos, cisternas, construção de canal para escoar água de um reservatório próximo etc.). Nesse caso, o recurso ao diálogo competitivo é uma possibilidade, pois a dificuldade encontra-se na definição da solução do problema a ser resolvido pela Administração (Oliveira, 2021).

As etapas do diálogo competitivo podem ser sintetizadas conforme imagem apresentada a seguir:

Modalidade de Licitação



Fonte: Elaboração própria a partir de Almeida (2021).

1.3 – Critérios de Julgamento

Critérios de julgamento são os possíveis critérios a serem observados no julgamento das propostas no procedimento licitatório. Os critérios de julgamento das propostas na NLL se equiparam aos **tipos de licitação** contidos no art. 45, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

O art. 33 da Lei nº 14.133/2021 inseriu novos critérios de julgamento em comparação com a Lei nº 8.666/93, a exemplo do maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico e maior retorno econômico, como detalhado a seguir.

1.3.1 – Menor preço

Nesse critério, o vencedor será o licitante que apresentar a proposta com o menor preço. Esse critério já existia na Lei nº 8.666/93, porém foi incluída uma importante exigência de levar em consideração o menor dispêndio, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital.

Para definição do menor dispêndio, poderão ser considerados despesas com manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida (§ 1º do art. 34 da Lei nº 14.133/2021). Como exemplo, podemos destacar a análise do custo total de propriedade de uma alternativa de compra de um veículo popular em comparação com serviço de transporte utilizando aplicativo, considerando um período de 5 (cinco) anos:

Cenário I – Aquisição de um veículo popular					
Ano →	2022	2023	2024	2025	2026
Item ↓					
Aquisição	36.600	-	-	-	-
Combustível	2.331	2.331	2.331	2.331	2.331
Revisões	550	550	550	550	550
Impostos e Taxas	2.240	1.440	1.404	1.368	1.332
Seguros	2.340	1.728	1.383	1.106	885
Custo Total Ano	43.461	6.099	5.817	5.505	5.198
Valor Depreciado	28.800	23.040	18.432	14.746	11.796
CUSTO TOTAL DE PROPRIEDADE					54.284

Fonte: Elaboração própria a partir de Enap, 2021

* Obs. 1: No exemplo hipotético, foram utilizados como parâmetro: i) trajeto ida e volta: 40 km; ii) dias no mês: 20 (vinte); iii) meses no ano (exclui férias): 11 (onze).

* Obs. 2: Custo Total de Propriedade = Soma do Custo Total dos anos 1 (R\$ 43.461,00), 2 (R\$ 6.099,00), 3 (R\$ 5.817,00), 4 (R\$ 5.505,00) e 5 (Custo total do ano 5 de R\$ 5.198,00 – valor depreciado de R\$ 11.796,00, resultando em - R\$ 6.598,00).

* Obs. 3: Para apresentar um exemplo mais realista, foi incluído no cálculo do custo total de propriedade o valor referente à venda do veículo ao final do período quando se tratar de aquisição.

Cenário II – Serviço de transporte por aplicativo					
Ano →	2022	2023	2024	2025	2026
Item ↓					
Custo do trajeto ida	4.840	4.840	4.840	4.840	4.840
Custo do trajeto volta	5.940	5.940	5.940	5.940	5.940
Custo Total Ano	10.780	10.780	10.780	10.780	10.780
CUSTO TOTAL DE PROPRIEDADE					53.900

Fonte: Elaboração própria a partir de Enap (2021)

Considerando os custos totais de propriedade do exemplo hipotético, a utilização de transporte por aplicativo se mostra a solução apta a gerar o resultado mais vantajoso para a Administração, considerando o ciclo de vida do objeto.

Conforme destaca Jessé Torres Pereira Junior, é de esperar-se que de licitação assim estruturada e conduzida resulte em contratação de objetos de qualidade pelo menor preço, abolindo-se a cultura do menor preço por si só, que sempre prevaleceu na Administração Pública brasileira, em detrimento do dispêndio, ou seja, despesas com manutenção, correção, troca, adaptação, reposição que, entre outras providências, acompanham, em regra, a contratação de produtos de qualidade inferior, com a decorrente prevalência do conhecido adágio de que “o barato sai caro”.

Em linhas gerais, a Administração Pública deve estar atenta a outras características da proposta que possam configurar materialmente um melhor preço de contratação. Isso para evitar a adjudicação de ofertas de qualidade ruim, que necessitem de constante manutenção ou que estejam na contramão de medidas que garantam sustentabilidade ambiental, todas circunstâncias que eventualmente acarretarão mais custos aos cofres públicos. Em síntese, o menor preço não poderá ser considerado critério absoluto, devendo ser equacionado com parâmetros objetivos de menor dispêndio (Niebuhr et al., 2021).

Para o TCU, a Administração Pública deve procurar produtos e serviços com a devida qualidade e que atendam adequadamente às suas necessidades. É preciso mudar o paradigma, que infelizmente ainda predomina no campo das aquisições públicas, da busca do “menor preço a qualquer custo”.

Esse paradigma tem levado, muitas vezes, a administração a contratar bens, serviços e obras de baixa qualidade, que não atendem a contento às necessidades e que afetam o nível dos serviços públicos prestados. E, muitas vezes, sequer a aparente economia de recursos que se vislumbrava conseguir efetivamente se concretiza em médio e longo prazos, uma vez que esse tipo de contratação geralmente implica substituições em prazos mais curtos, maiores custos de manutenção etc.

Evidentemente, essa busca pela qualidade não significa descuidar da economicidade ou desconsiderar a necessidade de ampliação da competitividade das licitações. Mas a obtenção de preços de aquisição mais baixos não pode ser atingida às custas da contratação de produtos de baixa qualidade ou de empresas sem condições de prestar serviços adequados. (Acórdão nº 1.225/2014 – P).

1.3.2 – Maior desconto

O julgamento por maior desconto terá como referência o preço global fixado no edital de licitação, e o desconto será estendido aos eventuais termos aditivos. Ele é empregado naqueles casos em que a Administração adota um valor de referência para aplicação do desconto e requer propostas em forma de percentual de desconto incidente sobre esse preço.

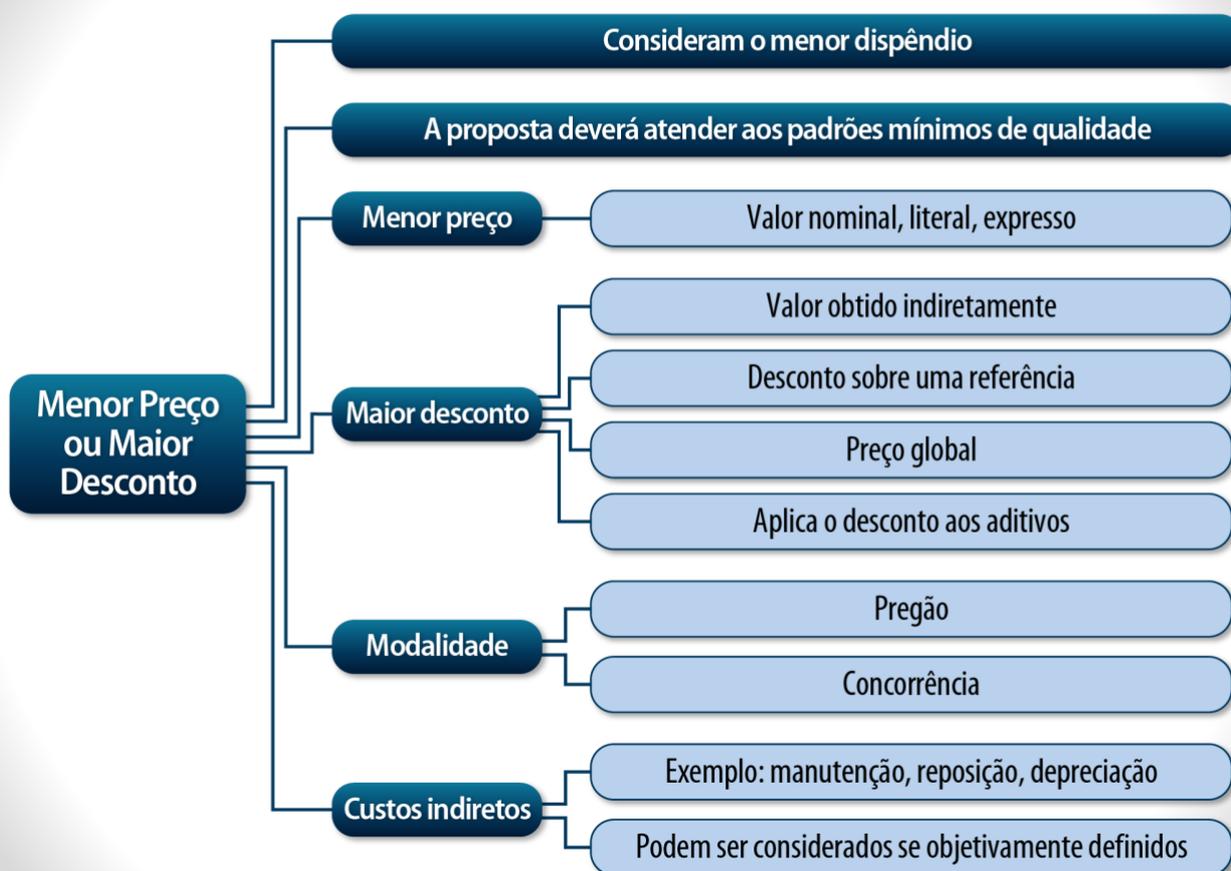
Como exemplo podemos citar as licitações que ocorrem para contratação de combustíveis (maior desconto sobre a tabela da Agência Nacional de Petróleo), livros (preço dos livros listados nos catálogos oficiais das respectivas editoras), peças de automóvel (maior desconto sobre a tabela do fabricante), alimentos perecíveis (maior desconto sobre a tabela CEASA, CEAGESP ou equivalente), passagem aérea.

Mesmo não constando formalmente na Lei 8.666/93, o critério de julgamento maior desconto já era usado na prática da Administração Pública.

Assim como no critério de julgamento menor preço, o maior desconto considerará o **menor dispêndio** para a Administração. E quando for usado este critério de julgamento, o preço estimado ou máximo aceitável deverá constar do edital de licitação (Parágrafo único do art. 24 da Lei nº 14.133/2021).

Esses 2 (dois) critérios de julgamento podem ser assim sintetizados:

Critério de Julgamento



Fonte: Elaboração própria a partir de Almeida (2021)

1.3.3 – Melhor técnica ou conteúdo artístico

O julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico serve para contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, artística ou científica (art. 35 da Lei nº 14.133/2021).

Nesse caso, o julgamento irá considerar somente as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes. Isto é, não haverá atribuição de nota relativamente aos preços formulados pelos interessados, devendo o edital fazer definição clara do prêmio ou remuneração devida aos vencedores do certame.

O edital deverá definir o prêmio ou a remuneração que será atribuída aos vencedores.

Critério de Julgamento



Fonte: Elaboração própria a partir de Almeida (2021)

1.3.3 – Técnica e preço

A definição do vencedor se dará em função de critérios técnicos e dos valores contidos nas propostas, conforme orienta o princípio do julgamento objetivo.

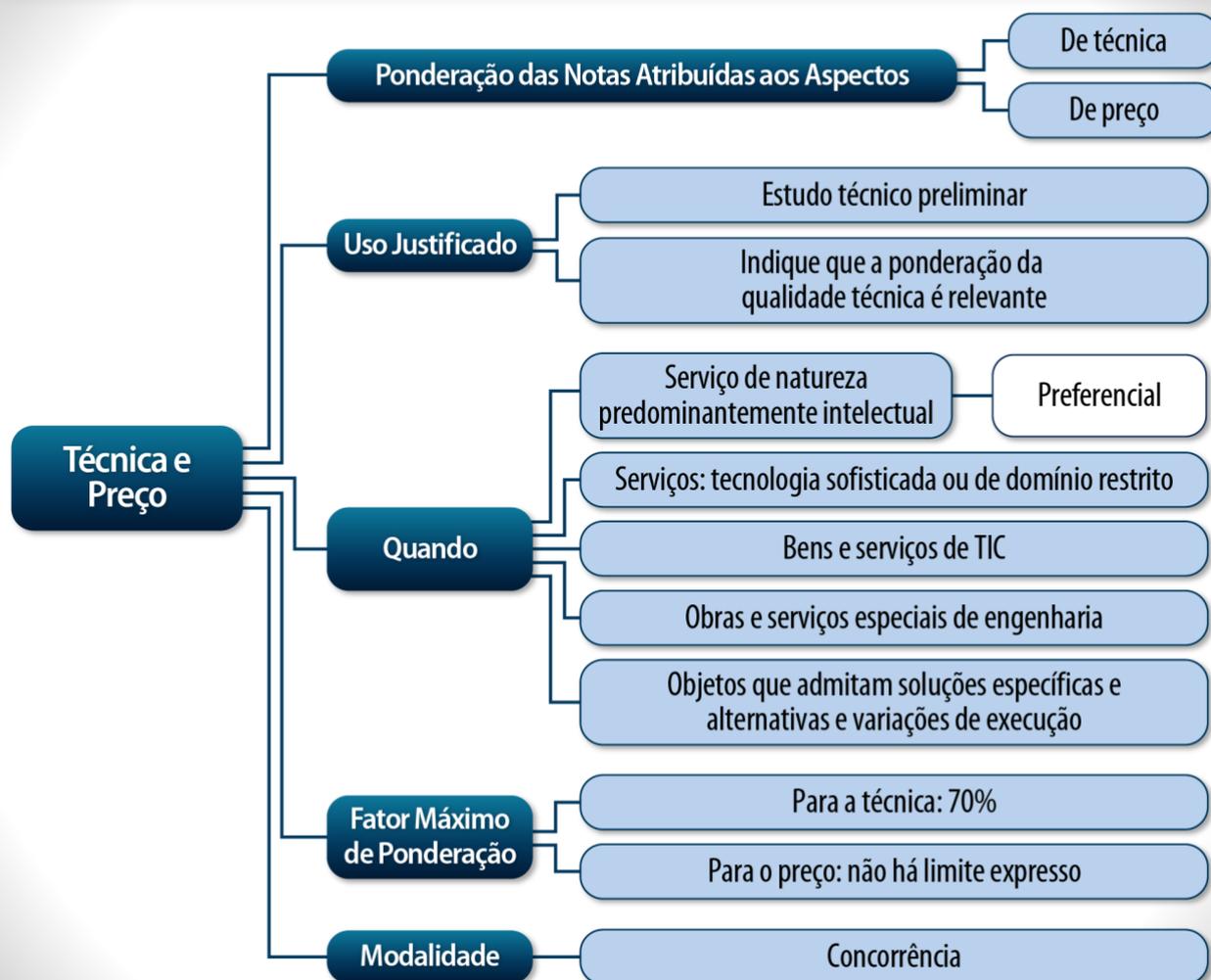
Esse critério de julgamento deve ser utilizado na contratação de serviços técnicos de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e de projetos básicos e executivos.

O julgamento por técnica e preço deve ser precedido de estudo preliminar, que demonstre de maneira consistente que a qualidade técnica das propostas seja destacadamente relevante ao objeto buscado pela Administração Pública (Art. 36 da Lei nº 14.133/2021).

Portanto, esse critério de julgamento se aplica nos casos em que o aspecto técnico se mostra tão ou mais relevante do que o preço desembolsado pela Administração.

A imagem a seguir sintetiza as principais características desse critério de julgamento:

Critério de Julgamento



Fonte: Elaboração própria a partir de Almeida (2021)

1.3.4 – Maior lance

O critério de **maior lance** na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos é exclusivo do leilão, se aplicando somente nos casos de alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos.

1.3.5 – Maior retorno econômico

Segundo art. 39 da Lei nº 14.133/2021, o julgamento por maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, considerará a maior economia para a Administração e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato.

Define-se contrato de eficiência como o contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada (inciso LIII do art. 6º).

O objetivo do contrato de eficiência será proporcionar uma economia à Administração Pública contratante, na forma de redução de despesas correntes.

Segundo glossário da plataforma +Brasil do Ministério da Economia, despesas correntes são despesas de custeio de manutenção das atividades dos órgãos da Administração Pública, como por exemplo: despesas com pessoal, juros da dívida, aquisição de bens de consumo, serviços de terceiros, manutenção de equipamentos, despesas com água, energia, telefone etc.

Estão nesta categoria as despesas que não concorrem para ampliação dos serviços prestados pelo órgão, nem para a expansão das suas atividades.

Para entender melhor o funcionamento desse critério de julgamento, imagine que, em determinado certame, o licitante X se comprometa a reduzir as despesas com energia elétrica em R\$ 100.000,00 (proposta de trabalho), mediante o recebimento de 10% sobre esse montante (proposta de preço). Já o licitante Y se compromete a reduzir as despesas em R\$ 200.000,00, mas mediante recebimento de 20% sobre esse montante.

No caso da proposta do licitante X, o benefício líquido para a Administração será de R\$ 90.000,00 caso a empresa alcance o objetivo a que se comprometeu. No caso da proposta do licitante Y, o benefício líquido será de R\$ 160.000,00.

Nesse contexto, como o critério estabelecido no edital é o do maior retorno econômico, a proposta do licitante Y deve ser selecionada, pois proporciona maior economia para a Administração Pública.

Podemos sintetizar as principais informações sobre esse critério de julgamento da seguinte forma:

Critério de Julgamento



Fonte: Elaboração própria a partir de Almeida (2021)

Por fim, cabe destacar que a Lei nº 8.666/93 tinha um engessamento da definição da estratégia transacional pelos gestores. Com a Nova Lei, o gestor vai poder modelar sua contratação de acordo com a: modalidade, critério de julgamento, modos de disputa e regime de execução, definindo a melhor estratégia para seleção da proposta apta a gerar o resultado mais vantajoso à Administração.

QUAIS CONTROLES VOCÊ PODE IMPLEMENTAR?

I – implementar estruturas e processos de governança, gestão de riscos e controles internos em contratações públicas, a exemplo de comitê de governança, riscos e controles; planos e políticas de governança, riscos e controles na organização, conforme disposto no parágrafo único do art. 11 da Lei nº 14.133/2021;

II – na estruturação da governança, gestão de riscos e controles internos em contratações, adotar o modelo de 3 linhas de defesa previsto no § 1, art. 169 da Lei nº 14.133/2021;

III – instituir centrais de compras, com objetivo de realizar compras em grande escala (art. 181 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos);

IV – para municípios com até 10.000 habitantes, constituir, preferencialmente, consórcios públicos para realização de compras, nos termos do parágrafo único do art. 181 da Lei nº 14.133/2021;

V - instituir instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização de procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços (art. 19, I, III, Lei nº 14.133/2021); e

VI - realizar licitação preferencialmente na forma eletrônica, registrando em ata, gravando em vídeo e anexando no processo quando optar pela forma presencial (art. 17, § 2, da Lei nº 14.133/2021).

SAIBA MAIS

Encontra-se disponível no material complementar do curso o Relatório de Auditoria 201900852 com o resultado da análise comparativa da competitividade, vantajosidade, isonomia e transparência entre o Pregão Eletrônico e o Presencial realizado pelas prefeituras do Estado de Mato Grosso no exercício de 2018 e o Estudo do Banco Mundial sobre compras públicas no Brasil.

SÍNTESE

Nesta aula, vimos que o processo de aquisição é uma atividade estratégica e extremamente relevante no contexto da Administração Pública, envolvendo elevada materialidade de recursos públicos e, em função disso, com muitos riscos de erros e irregularidades.

Estudamos as principais modalidades de licitação, especialmente a concorrência e o pregão e aprendemos sobre os critérios de julgamentos que podem ser adotados em uma licitação.

Também vimos que o Pregão Eletrônico nas prefeituras de Mato Grosso atraiu, em média, 59% [53%; 66%] mais licitantes que o Pregão Presencial no ano de 2018. Isso porque o Pregão Presencial contou com 2,87 licitantes por certame, ao passo que no Pregão Eletrônico a média foi de 4,56.

Finalmente, foi verificado que a eficiência financeira do Pregão Eletrônico em relação ao Presencial é, na média, 5% maior. Isso significa que, se todos os municípios de Mato Grosso substituíssem integralmente todos os Pregões Presenciais por Pregões Eletrônicos, poderia haver uma economia média estimada de **R\$ 172.358.015,00**.

Na próxima aula serão abordadas as fases da licitação e as principais solenidades exigidas para elaboração de um adequado planejamento da contratação.

REFERÊNCIAS

- ACFE. Association of Certified Fraud Examiners. Report to the nations. Global study on occupational fraud and abuse. Government edition. 2018
- ACFE. Association of Certified Fraud Examiners. Beyond Checking the Boxes: Establishing a Fraud Prevention Plan. Anti-fraud global edition. Resource Guide. Fourth quarter, 2019.
- AMORIM, Victor Aguiar J. *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*. 4ª edição, atualizada de acordo com a Lei no 14.133/2021. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2021.
- AMORIM, Victor Aguiar J.; OLIVEIRA, Rafael Sérgio L. de. *O novo pregão eletrônico: comentários ao Decreto 10.024, de 20 de setembro de 2019*. Recife: Portal L & C, 2019.
- BRITO, Eveline Martins; CAPANEMA, Renato. Gestão de riscos de corrupção com base em dados correcionais: uma proposta de metodologia. *Cadernos Técnicos da CGU*, vol 3: Coletânea de Artigos Correcionais, 2022
- CIPFA. Chartered Institute of Public Finance and Accountancy. *Fraud and corruption tracker. National Report*. 2020.
- GAO. United States Government Accountability Office. *Framework for Assessing the Acquisition Function at Federal Agencies*. 2005.
- MOON, Jae M. *The evolution of e-government among municipalities: rhetoric or reality?* Public Administration Review, v. 62, n. 4, p. 424-433, 2002.
- NEIBUHR, Joel de Menezes. *A dispensa de licitação eletrônica é modalidade de licitação disfarçada*. Portal Zênite. 29/07/2021.
- NEIBUHR, Joel de Menezes. *A Lindb esvaziada*. Portal mnadvocacia. 2021b.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 5ª ed. Fórum, 2022.
- OCDE. *Preventing Corruption in Public Procurement*. 2016.
- OCDE. *Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública*. 2017.
- OCDE. *Government at a Glance*. 2019.
- OCDE. *Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil*. 2019.
- OCDE. *Public Procurement in Germany: Strategic Dimensions for Well-being and Growth*. 2019.
- OCDE. *Report on the Implementation of the Recommendation of the Council on Public Procurement*. 2019.
- OCDE. *COVID-19: Competition and emergency procurement*. 2020.
- OCDE. *Combate a cartéis em licitações no Brasil: Uma revisão das Compras Públicas Federais*. 2021
- RIBEIRO, Cássio Garcia; INÁCIO JUNIOR, Edmundo. *O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise*. Texto para Discussão, IPEA, 2019.
- REIS, Paulo R. C.; CABRAL, Sandro. Public procurement strategy: the impacts of a preference programme for small and micro businesses. *Public Money & Management*, v. 35, n. 2, p. 103-110, 2015.

RUSTIARINI, Ni Wayan; NURKHOLIS, Nurkholis; ANDAYANI, Wuryan. Why people commit public procurement fraud? The fraud diamond view. *Journal of public procurement*, v. 19, n. 4, p. 345-362, 2019.

SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberson Roberto de. **Como combater a corrupção em licitações:** detecção e prevenção de fraudes. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SANTOS, Franklin Brasil; PERCIO, Gabriela. *Profissionalização das compras públicas: um caminho inescapável*. In: LOPES, Virgínia Bracarense, SANTOS, Felipe Vilaça Loureiro. *Compras públicas centralizadas no Brasil*, Editora Fórum, 2022

SANTOS, Franklin Brasil. Certificação profissional: uma nova esperança? In: Os desafios e oportunidades na capacitação e certificação de compradores públicos segundo a NLLC. Evento da Rede Capacita Compras, 14/02/2023. Canal Seplag-MG no Youtube, 2023

SOUZA, Kleberson Roberto de. *Influência das estruturas e dos processos de governança e gestão de aquisições no desempenho das compras públicas*. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) - Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2022