

GOVERNANÇA, GESTÃO E PLANEJAMENTO DE LICITAÇÕES NA LEI 14.133/2021

Marçal Justen Neto

LL.M pela LSE – London School of Economics

Sócio da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini

marcalneto@justen.com.br

1. Âmbito de aplicação

A Lei 14.133 foi publicada em 1º de abril de 2021. Aperfeiçoa e consolida regras das Leis 8.666, 10.520 e 12.462 – que ficam revogadas a partir de abril de 2023 – e institui o novo regime de licitações e contratos administrativos.

A Lei 14.133 estabelece normas gerais de licitações e contratos administrativos para o âmbito da Administração Pública direta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Isso significa que a Lei 14.133 não se aplica às estatais. Empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias seguem regidas pela disciplina de licitações estabelecida na Lei das Estatais (Lei 13.303).

A Lei 14.133 se aplica para as licitações que visam à contratação de compras, prestação de serviços, execução de obras, concessão de uso de bens, locação, alienação e contratos de TI.

Permanecem vigentes as leis próprias de licitação para determinados objetos, como para serviços de publicidade (Lei 12.232), concessão de serviços públicos (Lei 8.987) e PPPs (Lei 11.079). As regras da Lei 14.133 se aplicam subsidiariamente às demais normas de licitações (art. 186).

Seguem incidindo nas licitações sujeitas à Lei 14.133 as regras de preferência às microempresas e empresas de pequeno porte, instituídas pela Lei Complementar 123.

No período de dois anos entre 2021 e 2023 conviverão dois regimes licitatórios. A Lei 14.133 já está em vigor, mas ainda não foi regulamentada. Há normas relevantes de governança, gestão e planejamento que demandarão grandes esforços dos agentes públicos a fim de tornar os processos licitatórios mais eficientes.

2. Concepção da lei

A Lei 14.133 é uma espécie de “consolidação da legislação licitatória”. Incorpora muitas das novidades introduzidas pela Lei do RDC, aproveita a disciplina da Lei do Pregão e atualiza o regime da Lei 8.666 a partir da positivação de regras oriundas da aplicação pelos operadores e da interpretação conferida pelo TCU. A Lei mantém a terminologia e a

nomenclatura já consagradas no direito brasileiro, o que facilita a sua compreensão – um exemplo é a expressão “pregoeiro”, expressamente mantida (art. 8º, § 5º).

Em linhas gerais, seguem existindo as modalidades de concorrência e pregão – o convite e a tomada de preços foram extintos. Criou-se uma modalidade chamada diálogo competitivo, inspirada em figura do Direito Europeu, que pode ser adotada em contratações complexas e situações extraordinárias. Mantém-se a previsão de contratação direta, por meio de dispensa ou inexigibilidade de licitação, com alguns ajustes na disciplina.

A Lei 14.133 tem uma disciplina intensa relativamente a gestão pública e a planejamento. Nessa linha, segue uma tendência da Lei do RDC, que se preocupava com as etapas anteriores, com a fase interna e com as atividades que antecedem o lançamento do edital e a efetivação da contratação.

A Lei prestigia o formalismo moderado. Há regras que admitem a correção de meros vícios formais e o aproveitamento dos atos defeituosos quando essa solução produzir as consequências mais adequadas. Ou seja, pretende-se eliminar a “gincanização” da licitação, com a desconsideração de questões que sejam irrelevantes para os objetivos do processo licitatório.

Por fim, há a consagração do modo eletrônico. As licitações e os processos de contratação deverão utilizar os recursos eletrônicos (ex: Internet, assinatura eletrônica com certificado digital etc.). Os atos físicos e presenciais serão excepcionais – mesmo em casos de atos presenciais, há a previsão de conversão para o formato eletrônico, se for o caso. Haverá a instituição de um Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, que reunirá informações sobre todas as licitações regidas pela Lei 14.133.

3. Objetivos do processo licitatório

A licitação tem natureza instrumental. Em suma, sua finalidade é obter a contratação mais vantajosa para a Administração Pública. Não há sentido em promover licitação por si só. Todos os atos devem ter praticados tomando-se em mente que o objetivo é produzir a contratação mais vantajosa.

O art. 11 da Lei 14.133 explicita os objetivos do processo licitatório:

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

- IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Esses objetivos devem orientar a aplicação e a interpretação das regras de todo o procedimento licitatório, em todas as suas fases. A tarefa hermenêutica deverá considerar que a finalidade das regras é promover a contratação mais vantajosa, assegurando a isonomia, em ambiente competitivo, por valores justos e buscando o incentivo à inovação e ao desenvolvimento sustentável.

4. Governança, gestão e planejamento

A Lei 14.133 disciplina a atividade administrativa que antecede a realização dos processos licitatórios. Há uma preocupação intensa com a governança dos órgãos públicos, a gestão, o planejamento e o controle das atividades relacionadas a contratações públicas.

As regras a esse respeito foram inspiradas em disciplina do Ministério do Planejamento (consubstanciada na Instrução Normativa Conjunta 1/2016 MPOG/CGU) e em recomendações proferidas pelo Tribunal de Contas da União para a Administração Pública Federal (Acórdão 2.622/2015-Plenário).

A Lei 14.133 atribui à autoridade superior do órgão ou entidade a competência pela governança das contratações e adoção de medidas necessárias para alcançar os objetivos do processo licitatório (art. 11, parágrafo único).

4.1. Governança e gestão

O artigo 7º impõe à autoridade máxima de cada órgão o dever de estabelecer gestão por competências e designar servidores aptos para atuar nos processos licitatórios. Ou seja, atribui-se explicitamente às autoridades superiores a responsabilidade pelos bons resultados das contratações públicas.

As licitações serão conduzidas preferencialmente por servidores efetivos e que tenham qualificação na área. O art. 7º, inc. II faz referência a cursos promovidos por escola de governo. A disciplina da Lei 14.133 visa a resolver uma deficiência identificada no país. Um estudo divulgado recentemente pela OCDE ("*Fighting Bid Rigging in Brazil: A Review of Federal Public Procurement*"). Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/fighting-bid-rigging-in-brazil-a-review-of-federal-public->) detectou que há uma taxa alta de rotatividade elevada dos ocupantes das funções relacionadas a licitações (73%). A avaliação considera que os agentes públicos desempenham um papel fundamental para o sucesso das licitações e recomendou a instituição de uma carreira própria e programas de capacitação permanentes.

Os servidores designados serão responsáveis pelo planejamento e execução das medidas necessárias para cada processo licitatório. O parágrafo

primeiro do art. 7º estabelece a segregação de funções: o mesmo agente público não pode exercer simultaneamente funções suscetíveis a riscos. Ou seja, não é recomendável que o agente responsável pela fase preparatória seja o mesmo que conduz a licitação nem fiscaliza o contrato.

Os Municípios com até 20 mil habitantes terão prazo até abril de 2027 para implementar as medidas previstas no art. 7º (art. 176).

É proibida a designação de servidores que mantenham vínculos com licitantes ou contratados habituais da Administração (III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.).

Há ainda outras regras de gestão que devem ser instituídas por meio de regulamentos pelos órgãos competentes (artigo 19):

- I - instituir instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços;
- II - criar catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, admitida a adoção do catálogo do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;
- III - instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo;
- IV - instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;
- V - promover a adoção gradativa de tecnologias e processos integrados que permitam a criação, a utilização e a atualização de modelos digitais de obras e serviços de engenharia.

Também há um dever mais intenso de controle interno dos atos por meio da atuação dos agentes de licitação, assessores jurídicos e autoridades superiores (art. 169).

4.2. Planejamento

A Administração deverá elaborar um “plano de contratações anual - PCA”, que deverá ser divulgado via Internet (art. 12, inc. VII). Esse plano se destina a orientar as contratações a serem realizadas, de modo a assegurar a previsibilidade de recursos e orientar o mercado.

Trata-se de uma espécie de “plano plurianual” (CF, art. 165, inc. I) específico para as contratações públicas. A previsão do PCA deverá ser

compatível com as previsões de planos estratégicos e leis orçamentárias, inclusive em face do disposto no “*Art. 150. Nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.*”

5. Conclusão

A aplicação da Lei 14.133 impõe uma mudança de concepção da atividade licitatória. Não é mais cabível considerar cada licitação de modo isolado e autônomo.

É necessário investir na capacitação de pessoal, na especialização dos agentes e na adequação das estruturas. A Lei 14.133 fornece diretrizes para que os órgãos formulem planos conforme suas necessidades e circunstâncias. A partir disso, os órgãos devem instituir procedimentos que assegurem a qualidade das decisões tomadas nos processos licitatórios.

Mas é preciso levar essas medidas a sério. De nada adianta o mero cumprimento burocrático de etapas se não houver um compromisso efetivo dos agentes com a eficiência em todos os atos praticados no processo licitatório.

Informação bibliográfica do texto:

JUSTEN NETO, Marçal. Governança, gestão e planejamento de licitações na Lei 14.133/2021. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 171, maio de 2021, disponível em <http://www.justen.com.br>, acesso em [data].