

REVISTA
INCP
INSTITUTO NACIONAL DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

ANO II
JUN 2024
EDIÇÃO 002

A materialização da
Lei nº. 14.133/2021

INCP
INSTITUTO NACIONAL DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

**PRESIDENTE DO INSTITUTO NACIONAL
DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

Luciano Elias Reis

**DIRETORA DA REVISTA DO INSTITUTO
NACIONAL DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

Michelle Marry Marques da Silva

CONSELHO EDITORIAL

Anderson Sant Ana Pedra

Carolina Zacaner Zockun

Christianne de Carvalho Stroppa

Cristiana Fortini

Daniel Ferreira

Edgar Antônio Chiuratto Guimarães

Fabrcio Motta

Felipe Boselli

José Anacleto Abduch Santos

Luciano Elias Reis

Marcos Antônio Rios Nóbrega

Rodrigo Pironti

COLABORADORES

Grupo JML

Julieta Mendes Lopes

REVISÃO

Diego Ardiles Duarte Ávila

DESIGN & PROJETO GRÁFICO

Studio Bild

Marcela Grassi Mendes de Faria

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	4
VISÃO PRAGMÁTICA ENTRE A CRIAÇÃO DO CARGO DE AGENTE DE CONTRATAÇÃO/ PREGOEIRO E A TRADICIONAL DESIGNAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA COMPLEXA "FUNÇÃO" NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	6
<i>Fabio Vilas Gonçalves Filho e Alcione Silva Quintas</i>	
A VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA ESG NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, EM FACE À NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS.....	19
<i>Caroline Rodrigues da Silva e Ana Paula Assunção Teixeira</i>	
ATAS DE REGISTRO DE PREÇOS GERENCIADAS POR MUNICÍPIOS: POSSIBILIDADE DE ADESÕES POR ÓRGÃOS NÃO PARTICIPANTES E A DESCONSTRUÇÃO DO FEDE- RALISMO DA DESCONFIANÇA FIXADO NO ART. 86, § 3º.....	35
<i>Andryu Antônio Lemos da Silva Junior Thiago Albuquerque Fernandes</i>	
A PADRONIZAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS NA LEI Nº 14.133/21 E A POSSIBILIDADE DE "CARONA" POR OUTRO ÓRGÃO OU ENTIDADE PÚBLICA	55
<i>Christianne de Carvalho Stroppa e Gabriela Verona Pércio</i>	
O USO DO CREDENCIAMENTO COMO MEDIDA DISRUPTIVA PARA O DESENVOLVI- MENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO SUS: SUPERANDO O FALSO PARADIGMA DE EFICIÊNCIA DO PREGÃO.	66
<i>Andryu Antônio Lemos da Silva Junior, Anastácia Nadir Melo de Oliveira e Thiago Albuquerque Fernandes</i>	
ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR: ELEMENTO PRIMORDIAL NO PLANEJAMENTO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	79
<i>Jaqueline Martinez de Oliva</i>	
A NECESSÁRIA PRESERVAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS ATAS DE REGISTRO DE PREÇOS	90
<i>Amanda Guiomarino</i>	
EL CIRCULO VIRTUOSO DE LA COMPRA PÚBLICA.....	101
<i>Daniela Véliz López</i>	

APRESENTAÇÃO

É com enorme alegria e desafio que entregamos a segunda edição da Revista do Instituto Nacional da Contratação Pública.

Após a primeira edição, tivemos um pouco de dificuldades operacionais para concretizar a segunda edição, já que o tempo e a dedicação às atividades do INCP contrastam com outras demais atividades profissionais e pessoais que possuímos.

De todo modo, agora já é realidade que a segunda edição está lançada com a Lei nº 14.133 em plena vigência, o que avulta a relevância para estudos, ensaios práticos, artigos científicos e descrição de experiências vivenciadas no dia a dia da Administração Pública para servir de arrimo aos operadores de contratações públicas brasileiras em geral.


Em nome do Instituto Nacional da Contratação Pública agradeço a todos os autores que escreveram seus artigos e oxalá que sejam lidos e referenciados, porque a escrita é solitária para o autor, mas a leitura deve ultrapassar horizontes e ser compartilhada ao máximo para que as ideias possam ser absorvidas, contrapostas ou criticadas positivamente.

Outrossim, enalteço o trabalho dos membros do INCP que permitiram essa concretização como a Dra. Michelle Marry Marques da Silva, diretora da Revista, e de todos aqueles do Conselho Editorial.

Por fim, desejo um belíssimo proveito aos leitores e deixo um convite aos estudiosos(as) para expressarem as suas inquietudes, reflexões e ensaios nas edições vindouras!

Luciano Elias Reis

Presidente do Instituto Nacional da Contratação Pública



Visão pragmática entre a criação do cargo de Agente de Contratação/Pregoeiro e a tradicional designação para o exercício da complexa “função” na Administração Pública

Por Fabio Vilas Gonçalves Filho e Alcione Silva Quintas

Visão pragmática entre a criação do cargo de Agente de Contratação/Pregoeiro e a tradicional designação para o exercício da complexa “função” na Administração Pública

Por Fabio Vilas Gonçalves Filho¹ e Alcione Silva Quintas²

RESUMO

O artigo objetiva demonstrar resumidamente se há no cenário nacional valorização com o devido reconhecimento de fato e direito para os agentes de contratações, haja vista

1 Mestre em Tecnologia no Espaço Hospitalar pela UNIRIO; MBA em Licitações e Contratos Administrativos; Especialista em Direito Público e Tributário; Especialista em Licitações e Contratações Públicas; Especialista em Gestão Pública e Direito Administrativo; Graduado em Direito; Graduando em Gestão Ambiental - Ex. Chefe da Unidade de Licitações e pregoeiro do HUGG da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Possui mais de 15 (quinze) anos de experiência em compras públicas. Desde 2019 é Perito da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro e membro da Rede de Pregoeiros do Estado do Rio de Janeiro - REDEPREG.

2 Advogada. Especialista em Licitações e Contratos administrativos; Especialista em Gestão Pública; Especialista em Compliance na Gestão Pública; Especialista em Direito do Estado e Administrativo; Especialista em Gestão da Saúde e Administração Hospitalar. Membro da Comissão Especial de Licitações e Contratos da OAB/RJ. Docente e palestrante na área do direito administrativo e licitações. Atualmente é Servidora do Estado do Rio de Janeiro na função de Gerente da Rede de Pregoeiros do Estado do Rio de Janeiro - REDEPREG e Pregoeira Chefe da Subsecretaria de Logística da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão.

as complexas e importantes atribuições que desempenham, bem como quando ocorre “reconhecimento” verificamos enorme discrepância entre os entes de “menor escalão” - Municípios - e os órgãos federais, que não dispensam tratamento isonômico a esses diferenciados profissionais. A demonstração visa principalmente valorizar os agentes no sentido de uma carreira própria para que tenham segurança jurídica no momento das decisões, já que seus trabalhos geram enorme economia para os cofres públicos, contudo ainda não são reconhecidos.

Palavras chaves: Agente de Contratação. Pregoeiro. Gratificação. Cargo Público. Motivação. Reconhecimento.

1. Introdução

A importância das atribuições desenvolvidas pelos agentes de contratações (atores protagonistas na condução das licitações), há tempos já é “reconhecida”, haja vista as grandes responsabilidades e o alto grau de conhecimento multidisciplinar e prático que os agentes devem possuir, já que estão sempre na mira dos órgãos de controle com a possibilidade de sofrerem condenações por “supostas irregularidades” quando na condução dos procedimentos licitatórios. Contudo, apesar do “reconhecimento” que de fato suas atribuições são complexas e primordiais para o funcionamento da máquina pública, isto ainda não foi capaz de trasmudasse, em muitos entes da federação em uma justa contraprestação pecuniária.

É sabido, que há estados e municípios que pagam merecidamente verba de caráter indenizatória aos agentes, todavia não é a regra encontrada em todo território nacional, conforme veremos no decorrer do presente artigo.

A remuneração da “função” de pregoeiro, que é o agente de contratação, quando estiver conduzindo a modalidade de

licitação pregão, de acordo com o artigo 8º, § 5º da Lei nº 14.133/2021, já ocupava o cenário político brasileiro desde o ano 2009, quando da apresentação do Projeto de Lei nº 3.844 de 2009. Na oportunidade de apresentação do Projeto foi realizado um grande estudo sobre a matéria, porém o mesmo foi arquivado em 30/06/2011, conforme consta no site oficial da Câmara dos Deputados Federais.

Em trecho extraído do Projeto Lei, é fácil perceber que os agentes de contratação/pregoeiros exercem atribuições extraordinárias, vejamos:

[...] se estamos falando na **realização de atividades extraordinárias, para além daquelas executáveis em razão do cargo originalmente ocupado por determinado servidor**, necessariamente **há que se falar também em contraprestações extraordinárias, aquelas correspondentes** [...]. (grifamos)

Ora, sem adentrar nos debates doutrinários, sobre a questão dos artigos 7º e 8º da Lei nº 14.133/2021, serem norma geral ou específica, pois o que nos interessa, no momento é reconhecer que de fato os agentes de contratação exercem sim, atribuições extraordinárias, seja a licitação conduzida por servidor ocupante de cargo efetivo, empregado público dos quadros permanentes ou ocupantes de cargo comissionados todos integrantes da Administração Pública.

Alias, é oportuno mencionar, a atecnia legislativa exposta nos artigos supramencionados da Lei nº 14.133/2021 ao aludir, servidor efetivo, pois na realidade o correto seria servidor estável, já que é o cargo que integra o quadro permanente do órgão ou da entidade.

Nessa linha nos ensina o Professor Victor Aguiar Jardim de Amorim (2021, p.101):

[...] o atributo da “**efetividade**” está **relacionada à forma de provimento do cargo público e não ao servidor propriamente**

dito. Todo cargo público, seja efetivo ou comissionado compõe o quadro funcional dos órgãos e entidades, conforme lei que os instituiu. Por ser criado por lei (ato normativo primário), em realidade, **o cargo em si** – e não o servidor – **integra o quadro permanente do órgão ou da entidade** [...]. (grifamos)

2. Cargo e Função

A questão de entender a diferença entre cargo e função será de suma importancia para reconhecer a relevância das atribuições desenvolvidas pelos agentes de contratação/pregoeiros e, conseqüentemente, o porquê do merecimento de uma justa contraprestação pecuniária.

As terminologias cargo e função na administração pública não possuem o mesmo significado e são adotadas para retratar realidades diferentes dentro de cada estrutura organizacional.

A Carta Magna de 1988 em seu artigo 37 discorre sobre a Administração Pública, e observamos no seu inciso II a determinação de que a investidura nos cargos ou empregos públicos se dará mediante a aprovação em concurso público, bem como discorre sobre as funções de confiança no inciso V, estabelecendo que as mesma sejam exercidas exclusivamente, por servidores ocupantes de cargo efetivo, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Vejamos:

Art. 37. [...]: II - **a investidura em cargo ou emprego público** depende de aprovação prévia em **concurso público** de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, **ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;**

[...]

V - as **funções de confiança**, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. (grifamos)

Sob essa ótica, referente ao cargo em comissão, observamos que possui característica de transitoriedade, ou seja, não possui estabilidade, já que seu ocupante poderá ser exonerado *ad nutum* e, a partir de então, ter seu vínculo encerrado com a Administração Pública. Diferentemente, ocorre com o servidor estável, cuja investidura foi através de aprovação em concurso público, que caso esteja ocupando função de confiança e, porventura seja dispensado da mesma continuará a ocupar o cargo originário na Administração Pública.

Vejamos a definição de cargo exposta na lei nº 8.112/1990, por exemplo, que trata do Regime Jurídico do Servidor Público Federal:

Art. 3º Cargo público é o **conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional** que devem ser cometidas a um servidor:

Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para **provimento em caráter efetivo ou em comissão**. (grifamos)

Entendemos, portanto que cargo é o lugar instituído dentro da organização Administrativa para o desenvolvimento das atribuições vinculadas ao cargo efetivo ou em comissão criado por lei.

O professor José Maria Pinheiro Madeira (2008, p. 13) ao comentar o artigo 3º da lei nº 8.112/1990, aduz que: “a expressão cargo é definida como o conjunto de

atribuições e responsabilidades dentro da organização [...], porém vale registrar que todo cargo possui uma função, mas nem toda função pública possui um cargo”.

Na mesma linha o saudoso Hely Lopes Meirelles (1990, p. 361):

[...] cargo público é o **lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria**, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em Lei. **Função é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para execução de serviços eventuais. Todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo. As funções do cargo são definitivas; as funções autônomas são, por índole, provisórias, dada a transitoriedade do serviço que visam a atender.** Daí porque as funções permanentes da Administração devem ser desempenhadas pelos titulares dos cargos, e as transitórias por servidores designados, admitidos ou contratados precariamente. (grifamos)

Já podemos extrair então, por exemplo, que os **agentes de contratação/pregoeiros** exercem funções autônomas, uma vez que **suas atribuições não são definitivas de um cargo específico**, apesar de criadas em lei, entretanto, são atividades extraordinárias desempenhadas, tanto pelo servidor ocupante de cargo efetivo, que já possui as atribuições originárias do seu próprio cargo ou pelo comissionado que exerce atribuição de direção, chefia ou assessoramento, nos termos do artigo 37, V da Carta Magna de 1988.

Alias, vale argumentar que a nomenclaturas “função” de agente de contratação/pregoeiro a nosso sentir é utilizada de forma inadequada, já que

conforme nos ensina Maria Silvia Zanella Di Pietro (2009, p. 519):

[...] só há dois tipos de funções, a) **função exercida por servidor temporário** com base no art. 37, IX, para o qual não se exige, necessariamente, concurso público, porque, às vezes a própria urgência da contratação é incompatível com a demora do procedimento. Regulamento Lei 8.745/93 e, b) **funções de natureza permanente**, correspondente à chefia, direção, assessoramento ou outro tipo de atividade para a qual o legislador crie o cargo respectivo. Art. 37, V, que serão **exercidas exclusivamente por servidor ocupante de cargo efetivo**. (grifamos)

Portanto, o correto deveria ser atribuição de agente de contratação/pregoeiro, tanto é assim que observem o disposto no inciso II do artigo 7º da Lei nº 14.133/2021:

II - **tenham atribuições relacionadas a licitações** e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público. (grifamos)

Evidentemente, que as palavras, atribuição e função são sinônimas, todavia o correto é que nas palavras da professora Di Pietro, só há dois tipos de funções, uma para cargo temporário e outras para serem exercidas exclusivamente por servidor ocupante de cargo efetivo.

3. Gratificações e Concursos

Certo é que as atribuições desempenhadas pelos agentes de contratação/pregoeiro requer um alto nível de responsabilidades, por isso, muitos estados e municípios preveem a possibilidade de pagamento de gratificação a esses profissionais, seja ele ocupante de cargo efetivo ou comissionado.

Com esse entendimento o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais no julgamento do processo nº 1102275, assim ementou:

a) é possível a participação, em comissão de licitação ou em equipe de apoio, de servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, seja pela perspectiva da Lei n. 8.666/1993, da Lei n. 10.520/2002 ou da Lei n. 14.133/2021, desde que na composição sejam atendidos os requisitos especificados em cada diploma legal; b) é possível o pagamento de gratificação aos servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão que participem de comissão de licitação ou equipe de apoio, desde que tal gratificação seja instituída por lei, além de ser necessária a devida previsão orçamentária e adequação ao limite com despesas de pessoal fixado na Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como a observância ao disposto no art. 8º da Lei Complementar n. 173/2020. (grifamos)

Se por um lado, alguns entes da federação – estados e municípios – reconhecem o extraordinário trabalho desenvolvido pelos agentes de contratação/pregoeiros, em âmbito federal não observamos a mesma disposição, a exemplo do Projeto de Lei 3.844 de 2009, supra que foi arquivado na Câmara dos Deputados em 30/06/2011.

Contudo, considerando a autonomia dos entes, assegurada na Carta Magna de 1988, no artigo 18 que dispõe: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

Verificamos que existem estados e municípios que fixaram verba de caráter indenizatória ou gratificação para seus agentes de contratação/pregoeiros, a exemplo de:

ESTADO	ATO NORMATIVO
Estado do Rio de Janeiro	Ato Normativo TJ nº 17 de 2023
Estado do Rio Grande do Norte	Lei Complementar nº 695 de 2022
Estado de Santa Catarina	Lei nº 18.316 de 2021
Universidade do Estado de Santa Catarina	Resolução nº 61 de 2022 do CONSUNI
Estado do Rio Grande do Sul	Lei nº 13.428 de 2010
Estado do Rio de Janeiro	Decreto nº 42.301 de 2010
MUNICÍPIO	ATO NORMATIVO
Município de Campos dos Goytacazes - RJ	Lei nº 9.274 de 2023
Município de Porto Alegre - RS	Decreto nº 21.834 de 2023
Município de Dois Vizinhos - PR	Lei nº 2.608 de 2022
Município de São Paulo - SP	Decreto nº 61.377 de 2022
Município de Sabáudia - PR	Lei nº 685 de 2022
Município de Juruaia - MG	Lei nº 1.536 de 2022
Município de Angra dos Reis - RJ	Lei nº 3.895 de 2019
Município de Ibaiti - PR	Lei nº 839 de 2017
Município de Ipatinga - MG	Lei nº 2.983 de 2011

Vale ressaltar que, diante da autonomia dos entes é possível até mesmo à regulamentação da carreira do agente de contratação/pregoeiro, e nesse sentido, com grande propriedade, Ronny Charles Lopes de Torres (2021, p. 199) aduz:

A regulamentação da carreira específica estaria abrangida pela autonomia administrativa do ente, que pode conceber cargo e regime jurídico próprio a seus servidores, com as peculiaridades necessárias ao exercício do encargo como faz no caso dos médicos, advogados,

contadores entre outros que participam de seu quadro efetivo.

Importante destacar que a criação de um cargo na Administração Pública, decorrerá sempre de lei, que determinará: sua denominação, suas atribuições e remuneração correspondente.

Assim, para ilustrar realizamos uma breve pesquisa e encontramos o seguinte cenário, quanto a processos seletivos para o cargo de agente de contratação/pregoeiro demonstrado na tabela:

ENTIDADE E ANO	CARGO	ESCOLARIDADE	VENCIMENTO
Prefeitura Municipal de Sapezal (MT) Edital n° 001/2023	Pregoeiro	Ensino Superior completo e Curso de Pregoeiro	R\$ 8.512,65
Câmara Municipal de Natal (RN) Edital n°. 001/2023	Assistente Legislativo (ALNS) – Pregoeiro	Nível Superior em qualquer área	R\$ 2.949,80
Câmara Municipal de Porto Real (RJ) Edital n° 01/2022	Pregoeiro	Curso de Nível Superior Completo em Direito, Administração, Gestão Pública ou Economia	R\$ 4.445,83
Prefeitura Municipal de Pirassununga (SP) Edital n° 001/2022	Pregoeiro	Ensino Superior Completo em Direito com Curso de Formação em Pregoeiro ou Ensino Superior Completo em Administração com Curso de Formação em Pregoeiro	R\$ 3.575,05
Município de Araras – (SP) Edital n° 001/2022	Pregoeiro	Ensino Superior Completo	R\$ 4.813,84
Câmara Municipal de Acrelândia (AC) Edital n°001/2022	Agente de contratação / Pregoeiro	Nível Superior Completo + Curso de Pregoeiro + experiência no mínimo de 1 ano	R\$ 1.800,00 + R\$ 400,00 de Auxílio-alimentação
Câmara Municipal de Bocaiúva (MG) Edital n° 01/2021	Pregoeiro	Ensino Médio	R\$ 1.800,00

Percebemos que aos poucos o reconhecimento de fato e de direito está avançando, ainda que em passos tímidos, uma vez que os concursos ilustrados estão na esfera municipal, bem como existe certa discrepância, quanto ao vencimento básico entre os municípios, porém a atitude de criar o cargo de agente de contratação/pregoeiro é salutar.

Outro excelente exemplo, encontramos no Município de Jauru, no estado do Mato Grosso, que por intermédio da lei Complementar 187 de 2022 alterou a nomenclatura do cargo de analista de licitações para agente de contratação/pregoeiro para se adequar a NLLC n° 14.133/2021.

Vale frisar que, mesmo que os vencimentos básicos iniciais, ilustrados na tabela não revelem o tamanho das responsabilidades dos agentes, só o fato de integrar uma carreira, com a possibilidade de progressão funcional trás enorme segurança, o que sem dúvidas, reverberar em eficiência para à Administração Pública, uma vez que teremos agentes muito mais motivados.

Ademais, que os atores protagonistas na condução das licitações estão permanentemente sob a mira dos órgãos de controle, que na hora de multar, em muitos casos, não observam o artigo 22 da LINDB - Decreto-Lei n° 4.657 de 05 de setembro de 1942:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, **serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor** e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º **Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.** (grifamos)

Vejamos, por exemplo, alguns Acórdãos do Tribunal de Contas da União, nos quais foram aplicadas multas aos pregoeiros:

- ACÓRDÃO 2886/2019 – TCU – Plenário: Multa para o Pregoeiro no valor de R\$ 20.000,00
- ACÓRDÃO 2863/2018 – TCU – 2ª Câmara: Multa para o Pregoeiro no valor de R\$ 40.000,00

Sem adentrarmos no mérito dos referidos acordãos, certo é que acreditamos piamente ser desproporcional o valor das respectivas multas, considerando que **em muitos casos**, pelas atribuições extraordinárias que exercem os agentes de contratação/pregoeiros não recebem: capacitação adequada; qualquer tipo de bonificação ou quando recebe algum tipo de bônus, o mesmo não corresponde a complexidade das atribuições desempenhadas e, sobretudo a remuneração referente às atribuições ordinárias do seu cargo de origem é insuficiente para arcar com os valores das multas.

Por outro lado, na esfera federal, não encontramos nada que se refira à criação de cargos, porém mesmo que a passos letárgicos, há gratificações e podemos ilustrar conforme tabela:

ENTIDADE	FUNÇÃO	ATO NORMATIVO	GRATIFICAÇÃO
Controladoria Geral da União Seleção simplificada	Pregoeiro	Edital nº 27/2020	GSISTE - mês
Agência Nacional de Transportes Aquaviários (DF)	Pregoeiro	Edital nº 001/2020	R\$ 2.421,96 - mês
Conselho Federal de Medicina, Regional (SE)	Pregoeiro	Resolução nº 04 de 2015	R\$ 400,00, por sessão cumulada com R\$ 1200,00 de membro da CPL
Conselho Federal de Medicina Veterinária, Regional (PI)	Pregoeiro	Portaria nº 041 de 2021	R\$ 700,00 - mês
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – Unirio	Pregoeiro	Resolução nº 4.072 de 2013	FG -2 - mês

Diante do breve resumo sobre o pagamento de verba de caráter indenizatório em alguns estados e a criação de cargos de agente de contratação/pregoeiro em diversos municípios, cabe uma indagação, é sabido que de acordo com o artigo 176 os municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos para se adequar a inúmeras regras da Lei, contudo, qual é o prazo para o ente federal (União) reconhecer os relevantes trabalhos desses profissionais para pagar uma justa contraprestação pecuniária ou criar o cargo?

4. Conclusão

A lei nº 14.133/2021 no artigo 7º dispõe sobre a gestão por competências, no entanto, a mesma apenas impõe atribuições, ou seja, muito mais trabalho. De outro lado, não vislumbramos, quaisquer benefícios para os agentes.

Vale ressaltar que, gestão deve ser interpretada para além de atribuições, pois gestão também é motivar os recursos humanos.

Segundo Reinaldo Oliveira da Silva (2005, p.141), “existe dois tipos de motivações a **intrínseca** vinculada a recompensas psicológicas, por exemplo, interação social, valorização, e outras; e a motivação **extrínseca** que está relacionada a recompensas tangíveis, como: salários, benefícios adicionais, promoções, ambiente e condições de trabalho”.

Observamos que a Lei nº 14.133/2021 em momento algum, eleva os agentes de contratação/pregoeiros no sentido de incentiva-los ou reconhece que são agentes públicos diferenciados e, por isso precisam ser reconhecidos de fato e de direito, ao contrário a Lei, apenas lhes atribui cada vez mais deveres.

Há que se entender a relevante contribuição que esses profissionais prestam, que com seus conhecimentos

técnico-jurídicos entre outros, o agente de contratação/pregoeiro não desempenha uma mera função passiva (abertura de proposta e exame de documentos), mas lhe cabe inclusive fomentar a competição, o que significa uma economia considerável para a Administração Pública.

O pregoeiro, por exemplo, que é uma espécie do agente de contratação que atua na modalidade pregão necessita ser um agente diferenciado com vasta experiência, haja vista o alto grau de complexidade e de responsabilidades de suas atribuições. Vejamos os argumentos do professor Ronny Charles Lopes de Torres (2014, p.1): quanto à figura do pregoeiro:

O Pregoeiro é um **agente público diferenciado**. Sua atuação **convive com a comunicação entre a realidade pública, com suas prerrogativas e normas de controle**, e a realidade privada do mercado, com suas nuances próprias de competição e de regulação mercadológica. **Essa convivência impõe diversos desafios**, mas também permitem uma expertise e oxigenação de ideias, incomuns ao serviço público em geral. (grifamos)

O ilustre professor, Joel de Menezes Niebuhr (2023, p. 511) aduz com sabedoria que: “a distinção entre agente de contratação e pregoeiro é meramente formal, ou seja, o pregoeiro é uma espécie do gênero agente de contratação, que atua na condução da modalidade pregão”.

Com efeito, a grande questão que nos propusemos levantar para o debate dos estudiosos no presente artigo é a possibilidade de criação do cargo de agente de contratação/pregoeiro, em todos os entes da federação e poderes, que como demonstrado ao longo do texto já é comum em muitos municípios, tendo em vista que reconhecem que as atribuições desses profissionais gera enorme economia para toda Administração Pública.

Vale frisar que, no que tange à economia gerada, a Carta Magna de 1988 no artigo 39, § 7º dispõe:

Art. 39. [...] § 7º. Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação** no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, **inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.** (gfrifamos)

Portanto, com base na própria Carta Magna de 1988, há que se buscar o verdadeiro reconhecimento para agente de contratação/pregoeiro, que como argumenta muito bem Ronny Charles Lopes de Torres (2018, p. 947): “A atividade de pregoeiro [...] cada vez mais [...] complexa. O importante papel desempenhado [...] ultrapassa os limites da burocracia, isto é, das regras estabelecidas pela lei [...]. Ele é o grande negociador”.

Acreditamos que, com a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos as aquisições públicas irão melhorar, todavia, é sabido que os agentes de contratação/pregoeiros são os grandes gerenciadores dos procedimentos licitatórios e, isso exige constante capacitação e dedicação, logo há que se exigir também em contrapartida, sobretudo, o verdadeiro reconhecimento de fato e direito, que caso não seja possível por intermédio de um cargo específico, com todas as garantias, que ao nosso sentir é mais que merecido, seja ao menos por uma justa contraprestação pecuniária, uma vez que com suas atribuições geram enorme economia para todos os entes da federação.

5. Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (DF). Edital de seleção simplificado nº 01/2020. Disponível em:<https://www.gov.br/servidor/pt-br/centrais-de-conteudo/oportunidades/2020/arquivos/edital_pregoeiro_antaq-df.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2023.

AMORIM. Victor Aguiar Jardim de. Modalidades e Ritos Procedimentais da Licitação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.) et al. *Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133/21* - 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ANGRA DOS REIS (RJ). Lei nº 3.895, de 07 de outubro de 2019. Institui Gratificação Especial para os Membros da Comissão Permanente de Licitação, Pregoeiro e Equipe de Apoio, e dá outras providências. Disponível em:<<https://legislacaodigital.com.br/AngradosReis-RJ/LeisOrdinarias/3895>>. Acesso em: 03 abr. 2023.

ATO NORMATIVO TJRJ nº 17/2023, Regulamenta o disposto no § 3º do art. 8º da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre as regras para a atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, o funcionamento da comissão de contratação e a atuação dos gestores e fiscais de contratos, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em:< <http://www4.tjrj.jus.br/ATOSOFIC2/index.html>>. Acesso em: 03 abr. 2023.

ARARAS (SP). Edital de Concurso Público nº 001 de 2022. Disponível em:< <https://abcpc.selecao.net.br/informacoes/2680/>>. Acesso em: 05 mai. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 abr. 2023.

BRASIL. Lei de nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ACÓRDÃO **2886/2019**. Plenário. Relator Ministro. Augusto Sherman. Sessão de 27/11/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2886%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 10 mai. 2023.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ACÓRDÃO 2863/2018. 2ª Câmara. Relator Ministro. André de Carvalho. Sessão de 24/04/2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2863%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 10 mai. 2023.

CAMPOS DOS GOYTACAZES (RJ). Lei nº 9.274, de 05 de abril de 2023. Disciplina a gratificação (Jeton) do Agente de Contratação, do Pregoeiro e do Membro da Equipe de Apoio, de que trata o artigo 8º da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: <<http://leismunicipa.is/0i25c>>. Acesso em: 05 mai. 2023.

CONSELHO REGIONAL DO ESTADO DE SERGIPE (SE). Resolução nº 04, de 01 de outubro de 2015. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/SE/2015/4_2015.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2023.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO ESTADO DO PIAUÍ (PI). Por-

taria CRMV-PI nº 041, de 08 de julho de 2021. Disponível em: <<https://carmv-pi.org.br/wp-content/uploads/2021/11/Portaria-41-gratificacao-pregoeiro.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2023.

CÂMARA MUNICIPAL DE NATAL (RN). Edital de Concurso Público nº. 01/2023. Disponível em: <<https://funcern.br/concursos/concurso-publico-camera-municipal-de-natal-rn/>>. Acesso em: 05 mai. 2023.

CÂMARA MUNICIPAL DE PORTO REAL (RJ). Edital de Concurso Público nº. 01/2022. Disponível em: <<https://www.cmportoreal.rj.gov.br/documento?tipo=2>>. Acesso em: 05 mai. 2023.

CÂMARA MUNICIPAL DE ACRELÂNDIA (AC). Edital de Concurso Público nº 001 de 2022. Disponível em: <<https://portal.ibade.selecao.site/edital/ver/32>>. Acesso em: 05 mai. 2023.

CÂMARA MUNICIPAL DE BOCAIÚVA (MG). Edital de Concurso Público nº 001 de 2021. Disponível em: <https://cotec.fadenor.com.br/concurso?cod_vest=443>. Acesso em: 05 mai. 2023.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Edital de seleção simplificado nº 27 de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/servidor/pt-br/centrais-de-conteudo/oportunidades/divulgacao/cessao-1/2020/julho/edital-n-deg-27_2020_colic_cgu.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS (DF). Projeto de Lei nº 3.844, de 26 de março de 2009. Remuneração da Função de Pregoeiro. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?-codteor=646480>. Acesso em: 05 mai. 2023.

DOIS VIZINHOS (PR). Lei nº 2.608, [?] de 2022 Institui gratificação mensal aos servidores efetivos membros da Comissão Permanente de Licitações, ao Pregoeiro e a Equipe de Apoio ao Pregoeiro do Município de Dois

Vizinhos, e dá outras providências. <<http://leismunicipa.is/xzknl>>. Acesso em: 05 mai. 2023.

IBAITI (PR). Lei nº 839, de 28 de abril de 2017. Institui e regulamenta o pagamento de gratificação especial mensal ao Presidente, Membros da Comissão Permanente de Licitação, Pregoeiro e Equipe de Apoio do Pregoeiro. Disponível em:< <https://ibaiti.pr.gov.br/portal-3266/>>. Acesso em: 05 mai. 2023.

IPATINGA (MG). Lei nº 2983, de 22 de dezembro de 2011. Institui gratificação de função ao pregoeiro e membros da equipe de apoio, no âmbito da administração direta do poder executivo. Disponível em:< <http://leismunicipa.is/dqpbg>>. Acesso em: 05 mai. 2023.

JAURU (MT). Lei Complementar nº 117, de 1º de Março de 2016. Dispõe Sobre o Quadro de Pessoal e Respectivo Plano de Cargos, Carreiras e Vencimentos da Administração Pública do Município de Jauru e dá outras providências. Disponível em: < <http://leismunicipa.is/02qjn>>. Acesso em: 05 mai. 2023.

JURUAIA (MG). Lei nº 1.536, de 7 de outubro de 2022. Cria o cargo de Agente de Contratação, Pregoeiro e a Comissão de Contratação, regulamenta a Equipe de Apoio, concedendo gratificação, nos moldes da Lei Federal de Licitações nº 14.133/2021. Disponível em:< <https://www.juruaiia.mg.gov.br/assets/transparencia/arquivos/licitacao/2ad30f79a70dceac3b4559c7ca5e42cf-lei%201.536%20cria%20cargo%20agente%20de%20cotratacao,%20pregoeiro,%20e%20regulamenta%20equipe%20de%20apoio.pdf>> Acesso em: 05 mai. 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 18ª. ed. São Paulo, Malheiros, 1990.

RESOLUÇÃO nº 61/2022 – CONSUNI. Regulamenta a atividade do Pregoeiro e Responsável Técnico e institui gratificação ao Agente de Contratação com Subdelegação de Autoridade, Agente de Contratação – Pregoeiro e

Agente de Contratação - Equipe de Apoio de que trata o art. 8º da Lei nº 18.316, de 2021, e dá outras providências. Disponível em:<<http://secon.udesc.br/consuni/resol/2022/061-2022-cni.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2023.

RIO DE JANEIRO (Estado). Decreto nº 42.301 de 12 de fevereiro de 2010. Regulamenta o sistema de suprimentos no âmbito do poder executivo do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em:< http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/faces/oracle/webcenter/portalapp/pages/navigation-renderer.jsp?_afLoop=103169417617460200&datasource=UCMServer%23dDocName%3A1390006&_adf.ctrl-state=3oyfn4ds_9>. Acesso em: 05 abr. 2023.

RIO GRANDE DO NORTE (Estado). Lei Complementar nº 695, de 18 de janeiro de 2022. Adequa o funcionamento da gestão de contratos do Estado do Rio Grande do Norte às disposições previstas na Lei Federal nº 14.133, de 01 de abril de 2021 e reestrutura o controle interno do Poder Executivo por meio da criação do setor de integridade e transparência. Disponível em:< <http://www.al.rn.gov.br/storage/legislacao/2022/qr4sjsxivdvn-xupaodxq9tcs2u734.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2023.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Lei nº 13.428, de 05 de abril de 2010. Altera disposição da Lei nº 11.094, de 22 de janeiro de 1998, que extingue cargos no Quadro de Pessoal do Instituto de Previdência do Estado – IPERGS, cria Cargos em Comissão e Funções Gratificadas junto à Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos, com lotação exclusiva na Central de Licitações – CELIC e dá outras providências; cria as Gratificações de Pregoeiro e de Presidente de Comissão Permanente de Licitações e dá outras providências. Disponível em:< <http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2013.428.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2023.

PIRASSUNUNGA (SP). Edital de Concurso Público nº 001 de 2022. Disponível em: < <http://pirassununga.sp.gov.br/Publicacoes/Recursos%20Humanos/Concursos%20Publicos/2022/CP%2001-2022/>>. Acesso em: 05 abr. 2023.

PINHEIRO MADEIRA. José Madeira, *et al.* Servidor público-Comentários à Lei nº 8.112/1990. 3ª ed. Rio de Janeiro. 2009.

PORTO ALEGRE (RS). Decreto nº 21.834, de 09 de janeiro de 2023. Regulamenta o art. 63 da Lei Complementar nº 765, de 8 de julho de 2015, que criou a gratificação de pregoeiro e revoga o Decreto nº 19.189, de 23 de outubro de 2015. Disponível em: < <http://leismunicipa.is/0a5uz>>. Acesso em: 07 abr. 2023.

SABÁUDIA (PR). Lei nº 685, de 23 de fevereiro de 2022. Cria Funções Gratificadas para Equipe de Apoio da Comissão Permanente de Licitação e Pregoeiro e dá outras providências. Disponível em: < <https://www.sabaudia.pr.leg.br/leis/legislacao-municipal/2022/lei-685>>. Acesso em: 07 abr. 2023

SÃO PAULO (SP). Decreto nº 61.377, de 31 de maio de 2022. Regulamenta a gratificação pelo exercício das atribuições de pregoeiro e de agente de contratação, prevista no Capítulo XI da Lei nº 17.722, de 7 de dezembro de 2021. Disponível em: < <http://leismunicipa.is/kuezx>>. Acesso em: 07 abr. 2023.

SANTA CATARINA (Estado). Lei nº 18.316, de 29 de dezembro de 2021. Altera a Lei nº 6.745, de 1985, que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de Santa Catarina, disciplina o regime jurídico da carreira de Auditor do Estado e estabelece outras providências. Disponível em: < http://leis.alexc.sc.gov.br/html/2021/18316_2021_lei.html#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2018.316%2C%20DE%2029%20DE%20dezembro%20DE%202021&text=Alterar%20a%20Lei%20n%C2%BA%206.745,Estado%20e%20estabelece%20outras%20provid%C3%Aancias.>>. Acesso em: 04 mai. 2023.

SAPEZAL (MT). Edital de Concurso Público nº 001/2023. Disponível em: < https://www.sapezal.mt.gov.br/editais/edital_concurso_001-2023_02050125.pdf> Acesso em: 04 mai. 2023.

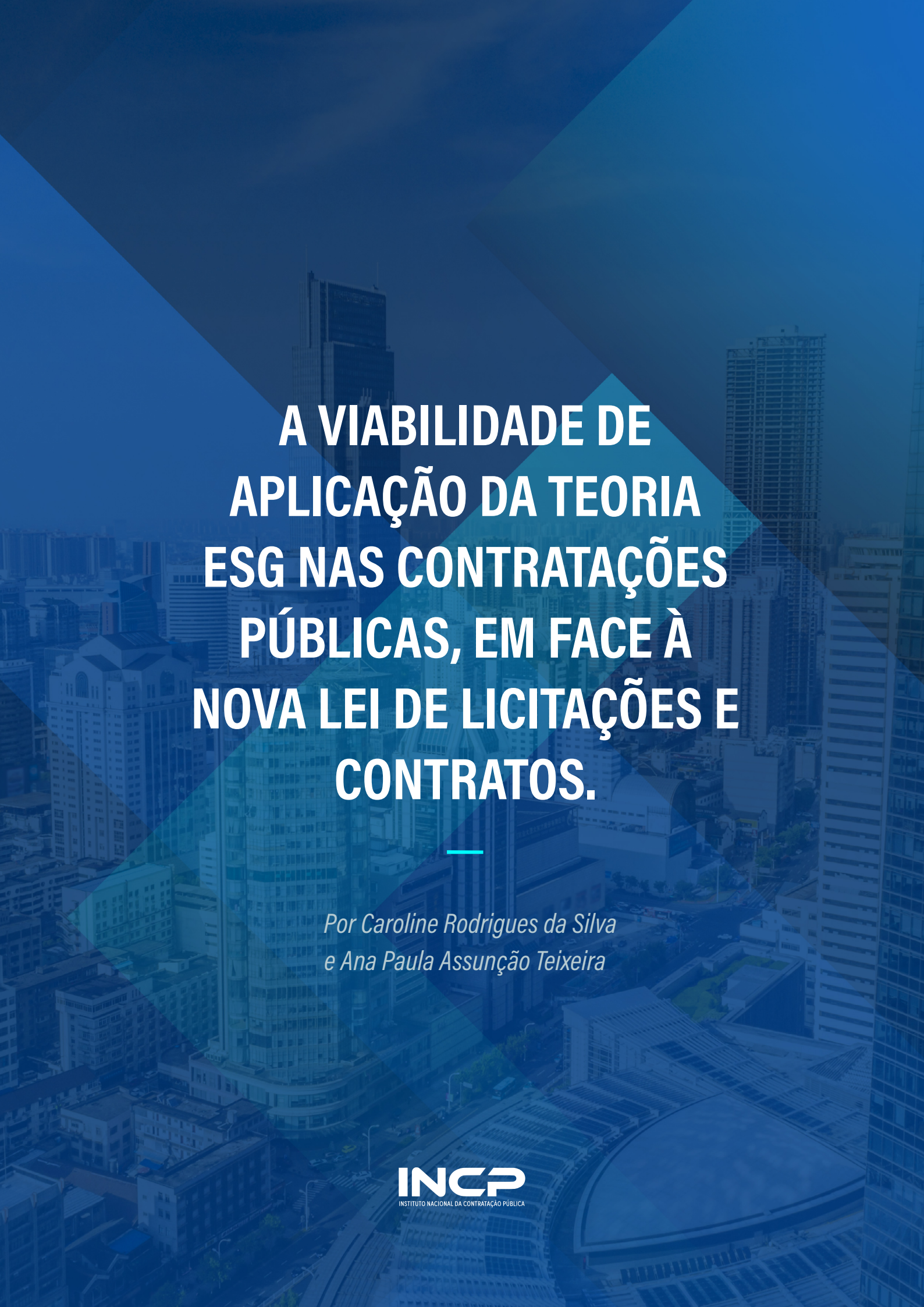
SILVA, Reinaldo Oliveira da. Teorias da Administração. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. SPECTOR, P. E. Psicologia nas organizações. São Paulo: Saraiva 2002.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas/Ronny Charles Lopes de Torres – 12. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Ed. Juspodvm, 2021.

TORRES, Ronny. Charles. Lopes. de. Uso da prerrogativa de saneamento pelo Pregoeiro. Jus Navigandi. Teresina, n.4150, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33739/uso-da-prerrogativade-saneamento-pelo-Pregoeiro>>. Acesso em: 08 mai. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. CONSULTA nº 1102275 – Tribunal Pleno – Relator Conselheiro Adonias Monteiro. 30 de mar. 2022. Disponível em: <<https://mapjuris.tce.mg.gov.br/TextualDadosProcesso/DetalhesExcerto/1102275#!>>> Acesso em: 07 mai. 2023.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UNIRIO. Resolução nº 4.072, de 04 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.unirio.br/proplan/pasta-estrutura-unidades-organizacionais/Boletim022020Unidadesorganizacionais.pdf/view>>. Acesso em: 09 mai. 2023.



A VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA ESG NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, EM FACE À NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS.

*Por Caroline Rodrigues da Silva
e Ana Paula Assunção Teixeira*

A VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA ESG NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, EM FACE À NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS.

Caroline Rodrigues da Silva¹
Ana Paula Assunção Teixeira²

RESUMO

Diante a problemática mundial de esgotamento de recursos naturais e atendimento a compromissos ambientais firmados pelo País, a busca pela compreensão da teoria ESG (*Environmental, social and governance*) como medida de sustentabilidade em corporações

1 Consultora Jurídica. Mestre em Meio Ambiente e Desenvolvimento na UFPR. Especialista em Direito e Gestão das Entidades do Sistema S, pelo IDP-Brasília. Especialista em direito socioambiental pela PUC/PR. Graduada em Direito pela Unicuritiba-PR. Trabalhou na Assessoria Jurídica do SESC/PR; na JML Consultoria e na banca Pironti Advogados. Professora convidada de pós-graduação em licitações da UFPR, da PUC-PR, PUC-SC, EMD, CERS-PE e de especializações em outras faculdades. Autora de diversos artigos e livros sobre o tema licitações, contratos administrativos, ESG, sustentabilidade, gestão de riscos e compliance público.

2 Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade Federal do Pará-UFPA/PA. Especialista em Licitações e Contratos pelo Centro Universitário AMPARENSE-UNIFIA. Graduada em Engenharia Florestal pela Universidade Federal Rural da Amazônia-UFRA/PA. Atualmente, Coordenadora do Núcleo de Gestão de Contratos e Convênios da Secretaria de Saúde do Município de Ananindeua-PA.

e sua aplicação, nos instiga analisar sua viabilidade dentro da administração pública brasileira. Este estudo teve como objetivo investigar a possibilidade em aplicar uma teoria de mercado privado, como a ESG, nas contratações públicas em face do disposto na lei 14.133/2021 de licitações e contratos. Para o objetivo utilizamos análise de documentação indireta realizada em artigos científicos, periódicos, leis, jurisprudências, doutrinas, Guias e Manuais de Órgãos, precedida de pesquisa bibliográfica para fundamentação teórica. Identificou-se que a administração pública, mediante seu poder de compra, apresenta papel importante capaz de impulsionar através de compras e contratações públicas a efetividade da implementação e sucesso da teoria e ESG nas contratações públicas.

Palavras-chave: Contratações sustentáveis, ESG, Governança corporativa, Licitações, Sustentabilidade.

1. INTRODUÇÃO

Nenhum povo ou nação no mundo sobreviveria e se desenvolveria se não fosse pela impulsão dada pelas soberanias, pelo Estado e pela implementação de suas políticas públicas.

A forma como se conduz e se alavanca o desenvolvimento sempre foi a chave mestra que tem a promessa de abrir portas para o enriquecimento de seu povo. Enriquecimento não só monetário, mas também, social, cultural e ambiental. E ameaças aos recursos naturais disponíveis e ao desenvolvimento foram os precursores ao início de discussões em torno de melhorias de condições de vida do homem e de buscas de garantias para o futuro através do desenvolvimento sustentável.

Como consequência da adoção do paradigma do desenvolvimento sustentável em âmbito global, a ONU (Organização das Nações Unidas) elaborou diversos

documentos internacionais não cogentes, tais como a Agenda 2030, um dos mais relevantes, no qual foram adotados os ODS (Objetivos do Desenvolvimento Sustentável), que devem ser implementados de forma integrada, estabelecendo uma série de metas a serem atingidas e avaliadas pelas nações signatárias, entre elas, o Brasil.

A nova lei de licitações e contratos administrativos foi instituída pela lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021 e trouxe uma série de inovações, dentre elas a inserção de mais critérios de sustentabilidade; e apresenta como objetivos de o processo licitatório assegurar propostas que gerem resultados de contratação mais vantajosos, isonomia entre os licitantes, evitar contratações com sobrepreço ou inexequíveis e incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Considerando os tratados assinados para garantias da sustentabilidade e poder de compra de empresas públicas, além da mudança de raciocínios e consciência das populações diante ao atual cenário mundial, a nova lei de licitações e contratos trouxe desafios em suas normas para a administração pública e privada.

Em ambientes corporativos observa-se um aumento do uso da interconectividade entre o desempenho social, econômico e sustentável; interconectividade esta que vem sendo trabalhada por estudiosos através de relatórios corporativos, riscos, governança, desempenhos e a complexidade que isso tudo implica.

A complexidade e a imprevisibilidade entre os fatores de ação relevantes exigem teorizações na busca por uma abordagem multifacetada e interativa para o desenvolvimento sustentável social, ambiental e econômico. E dos ambientes corporativos surgiu e vem espreado uma teoria para incorporar a sustentabilidade

nos processos com governança, e trata-se da teoria ESG (*environmental, social and governance*).

Neste sentido, diante a problemática mundial de esgotamento de recursos naturais e atendimento a compromissos ambientais firmados pelo País, a busca pela compreensão da teoria ESG como medida de sustentabilidade que já vem sendo trabalhada em corporações do mundo todo e sua aplicação, nos instiga a conhecer sobre a viabilidade de aplicação do ESG dentro da administração pública Brasileira.

Para o estudo utilizamos análise de documentação indireta realizada em artigos científicos, periódicos, leis, jurisprudências, Guias e Manuais de Órgãos, precedida de pesquisa bibliográfica para fundamentação teórica e levantamento de informações relevantes ao trabalho e que versam sobre critérios e práticas sustentáveis para contratações.

Dessa forma, este trabalho teve como objetivo investigar se é possível aplicar uma teoria de mercado privado, como a ESG, nas contratações públicas em face do disposto na nova lei de licitações e contratos.

2. SUSTENTABILIDADE

2.1 DEBATES INTERNACIONAIS EM TORNO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O termo desenvolvimento sustentável abriga um conjunto de paradigmas para o uso dos recursos que visam atender as necessidades humanas. Este termo foi cunhado em 1987 no *Relatório Brundtland* da Organização das Nações Unidas que estabeleceu que desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que “satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras

satisfazerem as suas próprias necessidades”. Ele deve considerar a sustentabilidade ambiental, econômica e sociopolítica. Dentro da questão ambiental (água, ar, solo, florestas e oceanos), ou seja, tudo que nos cerca precisa de cuidados especiais para que continue existindo. Portanto, as sustentabilidades econômica e sócio-política só têm existência se for mantida a sustentabilidade ambiental (CÓRDOBA DE TORRESI et al, 2010).

Silva (2021), sustenta a ideia de que a sustentabilidade ambiental é um dever moral que as presentes gerações têm com as gerações futuras, e trata-se de uma lógica de manutenção de vida, no qual para perseguir seu desenvolvimento, os Estados e as populações asseguram a manutenção das florestas, dos recursos híbridos, da qualidade do ar, da vida marinha, da produção mineral, entre outros bens ambientais.

Desta forma, é possível afirmar que a sustentabilidade é um tripé e a busca por seu equilíbrio consideram as dimensões econômica, social e ambiental e objetivam conciliar as demandas contemporâneas, visando a redução de impactos negativos gerados por ações humanas sobre o meio ambiente.

De acordo com Veiga (2010), a preocupação com os recursos naturais tem assumido maior relevância em debates internacionais nas últimas décadas, especialmente pela dinâmica de produção e consumo considerada acima das capacidades de reposição do planeta.

Ferraz (2021), apontou em estudo, debates importantes acerca da sustentabilidade, que vêm sendo realizados pela ONU (Organização das nações Unidas) após a conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente em 1972, na Cidade de Estocolmo, destacando algumas das principais ações, tais como:

- O Relatório de Brundtland em 1987, documento que definiu o termo Desenvolvimento Sustentável;
- A Rio 92, em 1992, na cidade do Rio de Janeiro, onde fora publicada a Declaração do Rio e a Agenda 21, voltadas ao incentivo de ações ao desenvolvimento sustentável;
- A Rio+10, em 2002, que aconteceu na cidade Johannesburgo, onde houve debates sobre a busca por ações voltadas à construção de uma economia mais verde e inclusiva, por meio de processos racionais de produção e consumo;
- A Rio +20, em 2012, realizada na cidade do Rio de Janeiro, onde os debates foram acerca de aspectos relacionados, ao consumo, governança global, sustentabilidade urbana, e economia verde;
- Agenda 2030, para o Desenvolvimento Sustentável, plano de ação sugerido em 2015, que resultou na criação de 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, conhecidos como ODS;
- COP 15, em 2022, definiram ações e iniciativas mundiais focadas na proteção e restauração da natureza.

De acordo com Laloe (2014), a adoção de políticas públicas orientadas à racionalização do uso dos recursos naturais disponíveis e o engajamento social podem ser entendidos como pilares do desenvolvimento mais responsável; e percebidas como uma forma de resposta governamental às demandas sociais locais e de governança global (DECIANCIO; TUSSIE, 2020).

Para Souza *et al.* (2021), a agenda 2030, resultante de reuniões conduzidas pelas Organizações das Nações Unidas, publicada em 2015, é um documento de referência que sintetiza o contexto de governança global no qual 192 países pactuaram para que políticas públicas nacionais sejam organizadas nas próximas décadas. No que resultou ainda, na criação de objetivos para o desenvolvimento sustentável, dentro deste contexto, e o comprometimento dos países envolvidos para o alcance destes objetivos. No Brasil, por exemplo, as políticas públicas têm sido alinhadas, em alguma medida com a governança global (SOUZA *et al.*, 2021).

2.2 GOVERNANÇA COMO ESTRATÉGIA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A governança nas corporações vem apresentando uma proeminência global, uma vez que, sua implementação possibilita uma gestão transparente com comunicação clara; controle das atividades organizacionais; equidade no tratamento dos envolvidos e responsabilização pelas partes afetadas/interessadas nas práticas das organizações, estimulado por normas internacionais que tem incentivado as organizações e Estados a adotarem práticas que considerem todas as partes interessadas (stakeholders) e a redução de danos de diferentes vertentes causados pelas corporações.

Para Bressan (2022), a governança corporativa representa a forma tal qual uma empresa se organiza em relação a sua estrutura societária e de gestão, garantido assim um alinhamento de interesses entre todos os envolvidos, através de práticas como o planejamento estratégico, implementação de órgãos de gestão e controle e programas de compliance. As práticas de governança podem ser alcançadas, também, através da responsabilidade socioambiental e

sustentabilidade ou sustentabilidade da organização responsável.

Segundo Blackburn (2017), a sustentabilidade é uma abordagem de governança que molda a identidade, valores e organização organizacional da empresa e sua cultura.

De acordo com Benedicto *et al.* (2013), o movimento internacional a favor da adoção de práticas de governança, tanto no setor privado quanto na administração pública e a ideia de transportar formas de atuação entre eles, esbarra em questões cruciais, tais quais: os objetivos da administração pública não serem pautados no lucro, tal como na iniciativa privada, e sim na satisfação das necessidades da sociedade, podendo correr riscos ao se realizar a transposição limpa de práticas utilizadas em um desses setores para o outro. Todavia, para o autor, há uma grande proximidade entre os setores quando consideramos a governança em seus três pilares: transparência, prestação de contas (*accountability*) e responsabilidade corporativa.

No Brasil, como no mundo, várias iniciativas conduzem à conformação com práticas de governança. O modelo societal de gestão pública se apresenta como o ideário que mais se aproxima de tal proposta, mas se encontra ainda em construção. Várias iniciativas isoladas, mas não desarticuladas, também apontam para a aplicação dos princípios da governança, sendo de destaque o papel fiscalizador do Ministério Público, o Decreto Presidencial nº 6.021, de 22 de janeiro de 2007, que criou a Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União - CGPAR, a adoção do Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises pelo Conselho Ministerial em 2005, o modelo de participação popular via Conselhos, entre outros. (BENEDICTO ET AL., 2013)

Para Souza e Faria (2017) a governança corporativa na administração pública pode ser aplicada como um instrumento de gestão para o combate à corrupção, improbidade administrativa, prejuízo ao erário, às necessidades sociais, e ao déficit das contas públicas, proporcionando um estímulo a melhores condutas e políticas públicas, pautadas na transparência, na informação, na responsabilidade, na probidade, na ética, na equidade, na *accountability* e na eficiência; podendo a administração pública incluir a participação efetiva dos *stakeholders* em seus processos decisórios, como estratégia para se atingir a boa governança.

Para Pereira (2010), a ação dos *stakeholders* possibilitaria o processamento de ações que poderiam gerar participação mais efetiva dos interessados na administração dos recursos naturais e públicos, proporcionando maior interação social e conseqüentemente resultados mais satisfatórios; visto que, mediante análises, a boa governança pública tem assumido relevância no tocante a questões que envolvem relações complexas existente entre o Estado, o setor privado e o terceiro setor, contudo a administração pública vem trabalhando sua organização estatal para atuar de forma inteligente, capaz de mediar e induzir adequadamente à estratégia de desenvolvimento sustentável e à integração econômica.

3. ESG (ENVIRONMENTAL, SOCIAL AND GOVERNANCE)

3.1 CONCEITO

De acordo com Costa e Ferezin (2021), nas organizações globalizadas muito tem se utilizado o conceito de environmental, social and governance, conhecido por sua forma abreviada de ESG, que resume suas práticas adotadas; este tripé substituiu o fator econômico para o termo governança

corporativa que ampliou a visão e não somente englobou o resultado comercial, como também a transparência nesta divulgação, os comitês de auditoria, a conduta corporativa e o combate à corrupção.

O conceito de ESG (em português, Ambiental, Social e Governança) é um conjunto bastante amplo de questões, desde a pegada de carbono até as práticas trabalhistas e de corrupção, que justificam a criação de critérios e práticas que direcionam o papel e a responsabilidade dos negócios em direção aos fatores ambientais, sociais e de governança corporativa (Irigaray e Stocker, 2022).

No final do ano de 2022 a ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) publicou o primeiro documento normativo oferecendo orientações sobre o ESG. A Associação definiu o termo como o “conjunto de critérios ambientais, sociais e de governança, a serem considerados, na avaliação de riscos, oportunidades e respectivos impactos, com objetivo de nortear atividades, negócios e investimentos sustentáveis” (ABNT 2030:2022, p. 4)

Ainda segundo a normativa nacional, os modelos sustentáveis devem perseguir abordagens inovadoras, tais como, por exemplo, eficiência energética, economia circular, governança robusta, engajamento social, entre outras (ABNT 2030:2022, p. 17).

Neste sentido, as boas práticas ambientais, sociais e de governança (ESG) estão sendo identificadas como oportunidades de resultados positivos derivados de investimentos em questões sociais e sendo incluídas nos planos de gestões das empresas para aprimoramento e competitividade, na medida em que as decisões realizadas pelas grandes companhias não podem mais se basear unicamente em auferir lucros, sem considerar o real impacto de suas atividades no cenário ambiental e social (Farias e Barreiros, 2020).

3.2 ESG NAS CORPORAÇÕES

Segundo Santana (2022), em carta, no ano de 2019, Larry Fink, CEO da BlackRock, o maior fundo de investimentos no mundo, informou que o fundo está cada vez mais investindo em empresas com compromissos com a sustentabilidade. Estudos apontam que empresas socialmente responsáveis têm apresentado impacto positivo em seu desenvolvimento operacional, nos possibilitando observar o movimento ESG crescendo e se tornando cada vez mais necessário nas empresas.

A governança dentro dos padrões ESG, pautada em novos princípios e regras, chega com um novo modelo de gestão que, entre outros aspectos, impõe novas formas de buscar resultados e lucros. Este movimento, já consolidado e em expansão no mundo, efetivamente, está mudando a forma como acontecem as relações sociais e ambientais (ALLIMAND, 2023).

Para os autores Irigaray e Stocker (2022), a emergência e a importância para implantação do ESG atualmente, deve-se a existência de paralelos contínuos que foram traçados entre os riscos imprevistos de uma pandemia e a crise climática que impactaram a economia global, fatores estes que levaram investidores e formuladores de políticas a perceberem a necessidade de acelerar investimentos e o progresso em negócios que priorizem ESG e conseqüentemente o cumprimento dos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), firmados em 2015.

Em decorrência de inúmeras discussões e em meio ao atual cenário mundial, tem surgido um novo consumidor e um novo investidor. Diante a emergência para implantação de um modelo novo de desenvolvimento político, social e econômico e um mercado cada vez mais consciente e exigente, diversas organizações já vêm aderindo práticas de governança

corporativa. A sociedade cada vez mais vem cobrando boa governança corporativa das autoridades governamentais, incluindo prestação de contas, mesmo que ainda não haja configurações caracteristicamente do modelo ideal de governança, diversas adaptações almejam alcançar este objetivo (BENEDICTO *et al.*, 2008; BENEDICTO *et al.*, 2013).

Segundo Costa e Ferezin (2021), a sustentabilidade tem sido vista como fator primordial nas decisões dentro das organizações globalizadas, nas quais índices que mostram a sustentabilidade estão sendo cada vez mais valorizados e discutidos nos ambientes corporativos, atingindo importância até nas bolsas de valores mundiais, fazendo com que as ações de organizações sustentáveis sejam mais rentáveis que de organizações não tão preocupadas com a questão. Para estes autores, é relevante que profissionais da área da comunicação apresentem os aspectos ESG para as organizações, contextualizando saber e conhecimento e objetivando fazer inserções nas culturas locais, visando algo processual que demande troca de saberes e gere resultados positivos a todos.

Para Silva e Santos (2022), o modelo ESG tem movimentado o mundo corporativo e empresas que não incorporarem essas práticas poderão perder valor de mercado, e sofrer outros impactos prejudiciais aos negócios, e CEOs de grandes empresas globais tem transformado os ESG em protagonistas no planejamento estratégico e a propulsão desse novo modal de sustentabilidade empresarial na administração pública.

3.3 APLICABILIDADE DO ESG NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O ESG não é um assunto exclusivo da iniciativa privada. O setor público, por sua própria natureza, trabalha todos os dias com temas ESG por meio de suas ações. Neste

sentido, para Beneton (2022), a criação pelos governos, de maiores condições e regulações necessárias seria o esperado para incentivar investimentos e a adoção de boas práticas pelas empresas.

Para Nardone (2021), considerando a seara pública, medidas relacionadas aos critérios ESG são ações reguladoras e também executoras, voltadas, como por exemplo, à redução do desmatamento e restauração ecológica; licitações de concessões de rodovias sob condições de redução de emissão de carbono; eliminação de processos físicos com utilização de papel; licitações para compras de suprimentos a partir da qualificação/certificação de fornecedores conforme parâmetros sustentáveis; investimento em energias renováveis e maior transparência de atos de gestão; e demonstram que, se a jornada ESG é uma ação coletiva, os governos não podem deixar de participar ativamente.

De acordo com Matias-Pereira (2008), a administração pública no Brasil se encontra em processo de transformação e enfrenta grandes desafios, nos quais, tais mudanças, geralmente são morosas por terem como referencial as organizações privadas, e por existirem características distintas entre os dois setores, o que impede que estas transformações ocorram mais rapidamente.

Para o autor, avaliações sobre o desempenho da administração pública no Brasil indicam que o ponto de estrangulamento se encontra no campo operacional, visto que a administração pública para obter sucesso nas suas políticas públicas depende da competência de seus funcionários. Programas e projetos com deficiências de “gestão” tendem a dificultar o alcance dos objetivos das políticas públicas, além de propiciar a geração de corrupção.

Nardone (2021), aponta que há muito o que se fazer, principalmente quando em relação ao planejamento e execução das

políticas públicas e enfatiza que o que se mostra como indiscutível é que esta nova consciência veio para mudar a sociedade por completo, nos quais os consumidores, investidores e eleitores, estão muito mais atentos às questões enfrentadas pelas práticas ESG, criando uma agenda consistente, motivando a criação de ações e o aperfeiçoamento daquilo que já é feito por meio das políticas públicas.

Mazon e Issa (2022), enfatizam, em estudo, a possibilidade de as empresas estatais se envolverem em ações desse tipo, uma vez que, além da autorização do art. 27 da Lei das Estatais³, trata-se de atuação que vem ganhando cada vez mais espaço entre as empresas privadas, dentro da configuração de um capitalismo que valoriza não apenas a obtenção do lucro empresarial, mas também os impactos positivos que as entidades possuem na coletividade, e dá como exemplo de ações o Programa Petrobras Socioambiental, pelo qual a estatal brasileira atua em comunidades tradicionais como meio de mitigar os impactos sociais e ambientais de sua atuação típica, mostrando-se como importante atuação de empresa estatal no âmbito do ESG.

Para os autores, o Programa foi incorporado às políticas implementadas pela empresa, uma vez que integra o seu planejamento estratégico e consta no Relatório de Sustentabilidade da companhia, como compromisso com o Pacto Global das Nações Unidas, e as ações dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), integrantes da Agenda 2030 das Nações Unidas. Entre as metas dos ODS, encontra-se a 12.7, a qual prevê a promoção de compras públicas sustentáveis como forma de indução do mercado a produzir bens sustentáveis

3 Artigo 27, §2º da lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016: A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa com o mercado em que atuam.

em decorrência do grande poder de compra estatal (Jereissat e Melo, 2020).

O que leva o programa desta estatal ser considerado como um dos exemplos de ação de ESG praticado por empresa estatal Brasileira.

Recentemente o Tribunal de Contas da União, pelo Acórdão 1.205/2023, do Plenário, autorizou a proposta de fiscalização nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, para alterar o questionário conhecido como iGG para torna-lo um instrumento de avaliação das práticas ESG e aferir a aderência das organizações públicas federais a esses processos.

No entanto, o ESG não se restringe às políticas socioambientais de estatais e como objeto de políticas públicas na Administração direta. Há um crescente desenvolvimento de sua aplicação nas contratações públicas, conforme se verá na sequência.

4. NOVO MARCO NORMATIVO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - LEI

14.133/2021

4.1 LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS NA LEI 14.133/2021

O Brasil possui um eixo jurídico ambiental considerado como um dos mais modernos do mundo. Sendo signatário de tratados e convenções internacionais sobre o Meio Ambiente, o Brasil carrega o dever de manter compromissos assumidos e tomar iniciativas e medidas necessárias ao desenvolvimento sustentável.

Na Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, realizada

em 2002 na África do Sul, conferência conhecida como Rio+10, foram estabelecidas medidas para “Produção e Consumo”, como a de “promover as políticas de compras públicas”, que incentiva o desenvolvimento e a disseminação de bens e serviços ambientalmente saudáveis, nas quais se inserem as licitações sustentáveis (Manual de Licitações Sustentáveis do TRF 3º Região, 2016).

De acordo com Silva (2021), licitação é um processo que visa tornar lícita a contratação, ou seja, fazer com que a subsequente contratação esteja pautada nos princípios do regime jurídico-administrativo, os quais estão intimamente conectados aos princípios e valores da nossa Constituição. Ferraz (2002), a definiu como um procedimento administrativo necessário a oferecer as condições mais vantajosas para a administração pública, para celebração de contrato com pessoa física ou jurídica, após realizada uma disputa entre interessados através de formulação e submissão para seleção de suas propostas. Premissas estas, aliadas à preceitos ambientais são conhecidos como licitações sustentáveis.

Para Torres (2011), licitações sustentáveis (ou compras públicas sustentáveis, ou licitações verdes) são licitações que inserem critérios ambientais nas especificações contidas nos editais de licitação para aquisição de produtos, para a contratação de serviços e para a execução de obras, de forma a minimizar impactos ambientais adversos gerados por essas ações.

As Compras Públicas Sustentáveis (CPS) constituem um dos principais temas abordados no Plano de Ação para Produção e Consumo Sustentáveis (PPCS), publicado em 2011 pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA), sendo consideradas como um instrumento apto à promoção de mudanças nos padrões de produção e consumo em âmbito nacional, de forma a torná-los mais sustentáveis, a partir

do uso do poder de compra governamental (CALVACANT *et al.*, 2017).

Desta forma, as CPS contribuem para fomentar, estimular condutas, e ajustar o mercado fornecedor aos parâmetros de sustentabilidade ambiental fixados pela própria administração pública; E denotam a integração sistemática dos critérios de sustentabilidade em todas as atividades e etapas da aquisição de bens, serviços e obras, independentemente da forma de contratação (Manual de Licitações Sustentáveis do TRF 3º Região, 2016).

Ferramentas são fundamentais para a implementação das Compras Públicas Sustentáveis, através do planejamento adequado, conhecimento amplo sobre o mercado, determinação de critérios sistêmicos de sustentabilidade nos editais, realização de avaliação do ciclo de vida e melhoria de forma continuada das especificações de bens e serviços.

De acordo com Calvacanti *et al* (2017), as compras públicas sustentáveis no Brasil vêm contando com considerável evolução ao se observar que partiram de 8,5 milhões em 2011, chegando a 33,4 milhões em 2014, nas aquisições dos órgãos do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais-SIASG, no qual a União Federal apresentou respectivamente entre os anos de 2010 e 2015, os seguintes percentuais de licitações sustentáveis: 0,02%, 0,02%, 0,03%, 0,06%, 0,04%, 0,30%. Segundo os autores, apesar do crescimento, as compras públicas sustentáveis em 2015, apresentaram apenas 0,29% do total das compras governamentais, considerando todas as modalidades de contratação, de acordo com dados obtidos através do Comprasnet do Ministério do Planejamento.

Nascimento (2019), em estudo no ano de 2018, apontou que apenas 0,97% de todas as licitações realizadas pelo governo federal foram identificadas como sustentáveis

pelos gestores públicos, entre 2014 a 2018, o percentual de compras obtidas com critérios sustentáveis cresceu menos de 0,3% pontos percentuais, representando assim menos de 1% do total, o que está longe do ideal, podendo levar o governo a perder oportunidades de gerir recursos de forma mais racional.

A lei Federal 14.133 de 1º de abril de 2021, denominada lei de licitações e contratos administrativos apresenta artigos que visa assegurar garantias para um meio ambiente ecologicamente equilibrado, por meio das licitações e contratações públicas. Este novo marco normativo considerou compromissos ambientais, dos quais tem o Brasil como um de seus signatários de longas datas, se considerarmos a I Conferência das Nações Unidas de Meio Ambiente e Desenvolvimento que foi realizada em Estocolmo e data de 1972.

Segundo o autor Silva (2021), a nova lei, trouxe em sua norma uma sistemática pautada na sustentabilidade ambiental e tal qual a Constituição Federal de 1988, este normativo apresenta dispositivos de tutela ambiental em seu texto, e artigos que objetivam zelar a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Silva (2021), enfatiza que dentre os 23 artigos da Lei 14.133/2021 que aponta para a necessidade de Licitações e Contratações sustentáveis, os mais relevantes são os que apontam para a necessidade de uma mudança de mentalidade nas contratações públicas, destacando o artigo 5º, artigo 11º inciso IV, e artigo 144 da nova lei de licitações. O artigo 5º traz vários princípios, dentre eles, o da promoção ao desenvolvimento nacional sustentável; o artigo 11º que apresenta os objetivos do processo licitatório, e apresenta no inciso IV, o objetivo de incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável; e no artigo 144º quanto aos critérios de sustentabilidade como metas para a contratação de obras, fornecimento de serviços, inclusive de engenharia.

A Lei 14.133/2021 inova em diversos aspectos e quando consideramos o seu viés ambiental e a sustentabilidade entendemos que a assimilação do tema e a internalização deste no ambiente dos processos de contratação será um novo desafio.

4.2 CONTRATAÇÕES PÚBLICAS ALIADAS AO CONCEITO ESG

As compras e contratações públicas, como função administrativa, abrangem as tarefas e respectivos processos de aquisição de bens, serviços, obras de engenharia e alienações. Esses processos tratam, dentre outros atos, do planejamento, da identificação, da pretensão contratual, elaboração de instrumento convocatório e/ou contrato, seleção do fornecedor e acompanhamento contratual.

Inserida na administração pública, essas atividades se apoiam num arcabouço de leis e normas, estrutura organizacional, quadros de pessoal, orçamento, execução financeira e um conjunto de métodos e instrumentos específicos (THAI, 2009, apud FERNANDES, 2016). Além disso, implicam em contínuo relacionamento com o mercado fornecedor de bens e serviços, na forma de transações comerciais e com a sociedade, como objeto de demandas e atenção pública (FERNANDES, 2016).

A administração Pública necessita adquirir produtos e serviços para o funcionamento de seus órgãos e entidades, para assim cumprir seus objetivos legais e prestar serviços para a sociedade e necessita obedecer às regras para sua contratação e aquisição. Devido ao volume de dinheiro público despendido em compras governamentais e sua relevância para a prestação dos serviços públicos, existe uma cobrança da sociedade direcionada para a transparência, probidade, eficiência, legitimidade e *accountability* das compras públicas (COSTA *et al.*, 2021).

Para Schiefler (2022), embora a mensuração do volume das compras públicas e sua representação percentual do PIB serem atividades complexas a serem compreendidas, o mercado de compras públicas dentro de sua realidade brasileira, é um setor extremamente ativo e potente. Para este mesmo autor, o mercado se relaciona com praticamente todas as funções da administração pública, envolvendo quase 1 trilhão de reais anualmente, havendo núcleos de maior notoriedade, a exemplo do governo federal e de algumas de suas estatais.

De acordo com Calvacanti *et al.* (2017), o governo é o principal consumidor da economia nacional, sendo as compras governamentais responsáveis por 20,2% do Produto Interno Bruto Brasileiro (PIB) no ano de 2014 de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), movimentando em torno de 76,56 bilhões de reais apenas para produtos padronizados.

Segundo Pércio (2018), o mercado de compras governamentais correspondeu em média, a 13% do PIB, ao considerar dados da Organização para Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OCDE), significando algo em torno de 850 bilhões de reais gastos somente no exercício de 2017.

Ferraz (2021), em estudo, ao comparar volumes totais das contratações realizadas pelo Poder Executivo Federal, observou o pequeno percentual nacional de compras sustentáveis e o baixo montante de recursos empregados na aquisição de materiais e serviços que causam menores impactos no decorrer do seu ciclo de vida, no qual se observou que estes padrões são assistidos em Instituições federais, em sua totalidade, independente da Unidade Federativa (UF) onde estão sediadas, refletindo, desta forma, ausência ou insuficiência de treinamento de pessoal em âmbito nacional.

Fernandes (2016), em estudo que observou a trajetória das contratações e

compras públicas federais, vislumbrou como dificuldade persistente, as limitações técnicas de toda ordem para constituição de equipes, acúmulo de conhecimento e experiências, construção de identidades profissionais e de jurisdição na área. Para o autor, a trajetória da área de compras e contratações no Brasil é um caso de exemplar fragilidade das capacidades estatais e da estruturação da administração pública, como resultado de condições difíceis e de descontinuidades, a despeito de alguns notáveis avanços.

Devido ao grande poder de compra que tem a administração pública, a mesma pode ser capaz de induzir mudanças nos atuais padrões de produção e consumo para padrões mais sustentáveis. Neste contexto há uma grande oportunidade por meio das compras públicas sustentáveis (CPS), do poder público impulsionar o desenvolvimento nacional sustentável, ao incentivar o desenvolvimento e ofertas de produtos com melhores performances ambientais e sociais (LALOE, 2014).

A teoria ESG direciona como as empresas, em suas múltiplas espécies, devem atuar em campo social, a exemplo, promover tratamento igualitário entre homens e mulheres; conservar o meio ambiente, a exemplo, aproveitar energia fotovoltaica em suas instalações; e cooperar com a sociedade, conservando um espaço público.

Ainda que de forma lenta, os critérios ESG têm chegado às compras públicas, buscando executar melhores práticas ambientais, sociais e de governança, no Brasil, já tomando como dianteiras as Estatais, que com a Lei das Estatais (13.303) de 2016, estabelece que as empresas públicas precisam ter programas de integridade e de *compliance*.

Para Oliveira e Santos (2015), por ser um novo paradigma no setor público e envolver um tema de alta complexidade, as dúvidas e imprecisões são recorrentes e

requerem um grande esforço em pesquisas e no desenvolvimento de tecnologias que garantam clareza de critérios, avaliação sistemática de seus resultados e impactos, transparência e controle público dos processos.

Para Maffini e Marçal (2021), é possível o Estado atuar como indutor de comportamento por meio da modelagem de investimentos pensados sob a égide do cumprimento das diretrizes ESG, sendo, para tanto, juridicamente viável e conveniente o emprego das licitações e das contratações públicas como instrumentos fomentadores de certos comportamentos almejados pela sociedade. Para os autores, trata-se de um fenômeno de externalidade própria dos processos licitatórios, em razão do qual o conceito de vantajosidade, outrora circunscrito a parâmetros endoprocessuais, passa a ser considerando por muitas vezes, a partir de aspectos extraprocessuais.

Aprofundando-se na leitura da Lei nº 14.133/21, o legislador estabeleceu de plano que um dos objetivos do processo licitatório é o de analisar a vantajosidade da proposta em relação ao ciclo de vida do objeto (Art. 11, I), em uma visão holística e integral de todos os processos que compõem a cadeia produtiva do objeto, até sua disposição final, além de incentivar o desenvolvimento nacional sustentável (Art. 11, IV).

Dispôs a lei que a alta administração do órgão ou entidade será responsável pela governança das contratações, estruturando processos que permitam a avaliação, o direcionamento e o monitoramento das contratações para alcance dos objetivos citados acima, demonstrando vinculação direta com a teoria ESG.

Em artigo, Vinícius (2021) ainda aponta as exigências de que projetos relativos a obras ou serviços a serem licitados contemplem parâmetros ambientais, socioambientais e de acessibilidade (Art. 11,

IV; Art. 144; Art. 18, XII; Art. 147, inciso II); que as organizações que tenham sido condenadas por exploração de trabalho infantil, submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo ou contratação de adolescentes nos casos vedados pela legislação trabalhista nos 5 anos anteriores à divulgação do edital de licitação sejam proibidas de participar do certame (Art. 14 VI); que a fase preparatória da licitação considere impactos ambientais e medidas mitigadoras (Art. 18, XIII); e ainda, o edital poderá exigir que percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por mulheres vítimas de violência doméstica e oriundos ou egressos do sistema prisional (Art. 25, § 9º, I e II).

Nos pilares social e de governança ainda se aponta os critérios de desempate entre duas ou mais propostas, sendo, dentro outros, o desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade de gênero no ambiente de trabalho (Art. 60, III) e o desenvolvimento de programa de integridade (Art. 60, IV).

Ainda se destaca no texto da Lei a possibilidade de vincular a melhoria no desempenho ambiental do contrato à possibilidade de remuneração variável (Art. 144).

Por fim, benefícios à coletividade e ao meio ambiente são vislumbrados na avaliação prévia à decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato (Art. 147, II, III e IX).

Diante ao que a nova lei de licitações e contratos contempla incorporando a teoria ESG em sua disposição, a concretização somente será possível com o engajamento dos órgãos privados e públicos para tal; pois de um lado se temos a exigências no âmbito privado, do outro, caberá ao poder público respeitar as três esferas do ESG, expedindo, dentre outras ações, regulamentos para uma melhor concretização destes pilares.

5. CONCLUSÕES

O presente estudo nos permite concluir que os desafios globais em garantir a sustentabilidade de seus recursos naturais e tratados internacionais por diversos países engajados neste objetivo em comum, tem provocado mudanças de mentalidade e hábitos, direcionando olhares e ações em busca de resultados que equilibrem o ambiental, o social e a governança.

Foi possível observar que a busca traz à tona conceitos e teorias como a do ESG ao permitir que em ambientes corporativos, esta teoria possa ser utilizada como estratégia de gestão, por englobar aspectos que garantam a sustentabilidade podendo ser aplicada em âmbito privado e público, apesar da diferença de objetivos entre os dois setores, visto que, de um lado temos o interesse pela lucratividade e no âmbito público temos como objetivo satisfazer as necessidades da população.

A administração pública através de seu poder de compra apresenta papel importante capaz de impulsionar através de compras e contratações públicas a efetividade da implementação e sucesso da teoria e ESG, na qual, a lei de licitações e contratos 14.133/2021 trouxe muita consistência em seus artigos sobre este tema, tais como a análise do ciclo de vida do objeto como elemento da vantajosidade da proposta, o atendimento à políticas públicas ambientais e sociais, o incentivo ao desenvolvimento de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho da empresa licitante, o desenvolvimento de programas de integridade, o estabelecimento de cotas na execução do objeto de mulheres vítimas de violência doméstica e de oriundos ou egressos do sistema prisional, dentre outras iniciativas, nos possibilitando perceber que o poder público, através de regulamentações e aplicabilidade da lei, muito tem a contribuir com o real desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

- ABNT PR 2030: Ambiental, social e governança (ESG) – Conceitos, diretrizes e modelo de avaliação e direcionamento para organizações / Associação Brasileira de Normas Técnicas. – Rio de Janeiro: ABNT, 2022.
- ALLEMAND, Luiz Cláudio. Artigo: Os impactos do ESG no setor corporativo. 2023. Disponível em: <http://indes.com.br/news/artigoesg>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2023.
- BENETON, Marco Antonio Hatem. A aplicação do sistema ESG ao processo de formação das leis: Adaptação do processo legislativo ao mundo contemporâneo para o enfrentamento de novos desafios no setor público. Revista Jurídica Profissional, v.1, n. 1, 2022.
- DE BENEDICTO, S. C.; RODRIGUES, A. C.; ABBUD, E. L. Governança corporativa: uma análise da sua aplicabilidade no setor público. In: ENCONTRO NACIONAL DE ENGENHARIA DE PRODUÇÃO, 28, 2008, Rio de Janeiro. Anais... Rio de Janeiro: ENEGEP, 2008.
- DE BENEDICTO, S. C.; GUIMARÃES JÚNIOR, E. S.; PEREIRA, J. R.; DE ANDRADE, G. H. Governança corporativa: uma análise da aplicabilidade dos seus conceitos na Administração Pública. Organizações Rurais & Agroindustriais, v. 15, n. 2, p.286-300, 2013.
- BLACKBURN, W.R. The Sustainability Handbook: The Complete Management Guide to Achieving Social, Economic and Environmental Responsibility; Earthscan: New York, NY, USA, 2007.
- BRESSAN, Monica. O G do ESG: a relação entre a governança corporativa e a sustentabilidade ambiental. 2022. Disponível em: <https://www.rhportal.com.br/artigos-rh/esg-sustentabilidade-ambiental>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2023.
- CALVACANTI, D.; OLIVEIRA, G.; D'AVIGNON, A.; SCHNEIDER, H.; TABOULCHANAS, K. Compras públicas sustentáveis: diagnóstico, análise comparada e recomendações para o aperfeiçoamento do modelo brasileiro. Brasília: Cepal; MMA, 2017, p. 16.
- CÓRDOBA DE TORRESI, S. I.; PARDINI, V. L.; FERREIRA, V. F. O que é Sustentabilidade. Editorial, Química Nova, São Paulo, v. 33, n. 1, 5, 2010.
- COSTA, E.; FERREZIN, N.B. ESG (*Environmental, social and corporate governance*) e a Comunicação: O tripé da sustentabilidade aplicado às organizações globalizadas. Revista ALTERJOR, São Paulo, ano 11, v.02, ed. 24, 2021.
- COSTA, F. B.; COSTA, S. G.; BERARDO, K. A.; ARRAIS, T. C. F. Compras Públicas: Uma análise a partir dos trabalhos publicados no EnANPAD e EnAPG de 1997 a 2019. Revista Humanidades e Inovação, v. 8, n. 51, p. 113-121, 2021.
- DECIANCIO, M.; TUSSIE, D. Globalizing Global Governance: Peripheral Thoughts from Latin America. Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences, v. 13, n. 1, p. 29-44, 2020.
- FARIAS, A. J.; BARREIROS, N. Análise da Adoção da ASG (ambiente, social e governança) no mercado brasileiro e internacional. DIGE-Direito Internacional e Globalização Econômica, v. 7, n. 7, p. 38-52, 2020.
- FERNANDES, C. C. C. A organização da área de compras e contratações públicas na administração pública federal brasileira: O elo frágil. Revista Serv. Público, Brasília, 67 (3), p. 407-432, 2016.
- FERRAZ, L. R. Dez anos das licitações sustentáveis no Brasil: Distância entre a previsão legal e a prática. Revista Gestão e Desenvolvimento, Novo Hamburgo, v. 18, n. 2, p. 114-131, mai./ago.2021.
- FERRAZ, L. Licitações: Estudos e práticas. 2 ed. Rio de Janeiro: Esplanada (Adcoas), 2002.
- IRIGARAY, Hélio Arthur Reis; STOCKER, Fabricio. ESG: Novo conceito para velhos problemas. Editorial. Cad. EBAPE BR, v. 20, n. 4, 2022.

JEREISSATI, L. C.; MELO, A. J. M. As contratações públicas sustentáveis e a implementação da meta 12.7 dos objetivos para o desenvolvimento sustentável (ODS) no Brasil: Avanços e retrocessos. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 10, n. 3, p. 491-5194, 2020.

LALOE, F. K. Arcabouço jurídico para compras públicas sustentáveis no Brasil e o uso de rotulagens e certificações. Projeto Sustainable Public Procurement and Ecollabeling (SPPEL). Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA, 2014.

MAFFINI, Rafael. MARÇAL, Thaís. ESG e o projeto de nova lei geral de licitações e contratos administrativos, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341604/esgeo-projeto-de-nova-lei-geral-de-licitacoescontrato>. Acesso em: 29/03/2023;

MATIAS-PEREIRA, J. Administração pública comparada: uma avaliação das reformas administrativas do Brasil, EUA e União Européia. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 42, n. 1, p. 61-82, Jan./fev. 2008.

MAZON, Cassiano; ISSA, Rafael Hamze. Adoção e Implementação das práticas ESG (Environmental, social and governance) pelas empresas Estatais: O programa Socioambiental da Petrobras e a preservação das comunidades tradicionais. Cadernos da Escola Paulista de Contas Públicas. 2022. Disponível em: <http://tce.sp.gov.br/epcp/cadernos>. Acesso em: 16/03/2023.

NARDONE, JOSÉ PAULO. As práticas ESG e a Gestão Pública. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. 2021. Disponível em: <http://tce.sp.gov.br/publicações>. Acesso em: 16/03/2023.

NASCIMENTO, Talita. Compras sustentáveis do Governo representam menos de 1% do total. Estadão: Portal do Estado de São Paulo, São Paulo, Economia & Negócios,

2019. Disponível em: <https://estadao.com.br/economia/governanca>. Acesso em 30 de janeiro de 2023.

OLIVEIRA, B. C. S. C. M.; SANTOS, L. M. L. Compras públicas como política para o desenvolvimento sustentável. Revista de Administração pública, v. 49, n. 1, jan./fev. 2015.

PEREIRA, José Matias. A governança corporativa aplicada no setor público brasileiro. Administração Pública e Gestão Social, Viçosa, v. 2, n. 1, p. 110-135, 2010.

PÉRCIO, Gabriela. A importância das compras públicas no Brasil. Revista Jus Navigandi. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5536, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66680>. Acesso em 19 de janeiro de 2023.

SANTANA, D. T. R. Movimento ESG, 2022. Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/movimento-esg>. Acesso em 27/03/2023.

SCHIEFLER, E. Estatísticas do mercado público: As compras públicas representam 12% do PIB. São Paulo: Schiefler advocacia, 2022. Disponível em: <https://schiefler.adv.br/pib-nacional/> Acesso em 17 de janeiro de 2023.

SILVA, Caroline Rodrigues; SANTOS, Jander Leal. A teoria ESG nas contratações públicas – Observatório da nova lei de licitações, 2022. Disponível em www.novaleilicitacao.com.br, acesso em 12 de janeiro de 2023.

SILVA, C. S. G. A sustentabilidade ambiental na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 12/01/2023.

SOUZA, L. M. C. G.; FARIA, E. F. Governança corporativa na Administração pública brasileira: Um processo em construção. Revista jurídica Direito & Paz, São Paulo SP, Ano IX, n 37, p. 273-292, 2º semestre, 2017.

DE SOUZA, A. C. M.; XAVIER, L. S.; MELLO, J. A. V. B. Compras públicas sustentáveis: uma revisão sistemática. Barú, Goiânia, v.7, e.8726, 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Acórdão 1205/2023 – PLENÁRIO.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3º REGIÃO. Manual de licitações sustentáveis da Justiça Federal da 3º Região, São Paulo: Tribunal Regional federal da 3º Região, 2016, 27 p.

TORRES, R. L. Licitações Sustentáveis: a importância e o amparo constitucional e legal. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasil, ano 43, nº 122, p. 104, 2011.

VINÍCUS, Lauber. ESG na nova lei de licitações e contratos administrativos. Disponível em: <https://laubervinicius.jusbrasil.com.br/artigos>. Acesso em: 29/03/2023.

**ATAS DE REGISTRO DE PREÇOS
GERENCIADAS POR MUNICÍPIOS:
POSSIBILIDADE DE ADESÕES POR
ÓRGÃOS NÃO PARTICIPANTES
E A DESCONSTRUÇÃO DO
FEDERALISMO DA DESCONFIANÇA
FIXADO NO ART. 86, § 3º.**

*Por Andryu Antônio Lemos Da Silva Junior
e Thiago Albuquerque Fernandes*

ATAS DE REGISTRO DE PREÇOS GERENCIADAS POR MUNICÍPIOS: POSSIBILIDADE DE ADESÕES POR ÓRGÃOS NÃO PARTICIPANTES E A DESCONSTRUÇÃO DO FEDERALISMO DA DESCONFIANÇA FIXADO NO ART. 86, § 3º.

Andryu Antônio Lemos Da Silva Junior¹
Thiago Albuquerque Fernandes²

RESUMO: Trata-se de artigo que tem o objetivo de possibilitar ao leitor uma interpretação crítica acerca do parágrafo terceiro do art. 86 da Lei Federal 14.133/21, bem como sua máxima aproximação da conformidade com a Constituição Federal.

Maio de 2023 | RECIFE – PE

1 Advogado e Consultor, Especialista em Planejamento e Gestão Pública, Especialista em Licitações e Contratos Administrativos. Gerente Jurídico de Licitações e Contratos no Município do Jaboatão dos Guararapes

2 Advogado, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pós-graduado com MBA em Gestão Pública. Subprocurador Geral do Município do Jaboatão dos Guararapes.

1. INTRODUÇÃO

A gestão de compras adotada, atualmente, tem um papel estratégico dentro das instituições. De acordo com Nunes & Lucena³, para qualquer organização, o setor de compras deve se constituir como um dos segmentos principais para o alcance dos objetivos estratégicos organizacionais.

Para o setor público não seria diferente, e mais, além de um papel para o alcance dos objetivos estratégicos, o sistema de compras, ao contrário das empresas privadas, que têm ampla liberdade de escolha nas decisões sobre suas aquisições e necessitam de um setor de compras eficiente para minimizar seus custos e maximizar seu lucro⁴, no o setor público possui normas rígidas de processamento com vistas a isonomia e a impessoalidade e seus resultados refletem em desenvolvimento econômico e social do país, como podemos depreender dos princípios elencados no art. 5º do recém publicado estatuto nacional de licitações e contratos, a Lei 14.133 de 2021, vejamos:

Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da **legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência**, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, **da competitividade, da proporcionalidade**, da celeridade, da economicidade e **do desenvolvimento nacional sustentável**, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdu-

3 NUNES, J.; LUCENA, R.L.; SILVA, O.G. Vantagens e desvantagens do pregão na gestão de compras no setor público., Brasília, abr./jun. 2007.

4 Ibidem.

ção às Normas do Direito Brasileiro). **(grifos nossos destacando os princípios que fundamentam a afirmação dita neste parágrafo).**

A Administração Pública brasileira possui sua base normativa prevista na Constituição Federal do Brasil de 1988, estabelecendo em seu art. 37 os princípios gerais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, este último inserido por meio Emenda Constitucional nº 19 de 1998, que José Afonso da Silva define aponta que a “eficiência administrativa é atingida pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais), para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade dos usuários”⁵.

Necessitando de grande vulto de aquisições de bens e contratação de serviços, para alcançar um bom desencadeamento de suas atividades, a Administração Pública torna-se alvo bastante almejado por profissionais e empresários de diversos ramos. Assim, para que tal interesse se torne vantajoso para o Estado inciso XXI do supramencionado art. 37 da CF/88 determina que, **em regra**, as contratações **deverão ser precedidas de processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**.

Além de tudo isto, a demasiada cobrança social por decisões e ações públicas e governamentais, com capacidade de atendimento ágil e de boa qualidade, ou seja, de forma eficiente, força a Administração Pública a buscar as melhores formas de gerenciamento dos negócios públicos fazendo com que o ato de governar a máquina administrativa pública se inserira numa série de desafios modernos como a velocidade nas negociações, a competição global no mercado, sendo ainda mesclado a esses

fatores as cobranças de bons resultados, com eficiência e velocidade nas ações, resultando tudo isto na concretude do “desenvolvimento econômico, na ambiência democrática”⁶.

Deve-se ressaltar, inicialmente, que a Administração Pública, ao realizar qualquer tipo de compra pública, deve buscar o interesse público primário sob o manto estabelecido pelo princípio da legalidade, garantindo, de tal forma, uma gestão eficiente na alocação dos recursos públicos empregados para o desenvolvimento da política pública planejada.

Nesse diapasão de observância do princípio da legalidade, o legislador federal exerceu seu papel estabelecido pelo art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal de 1988, que determinou que a **normas gerais de licitação e contratação**, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI.

Após quase três décadas de vigência do regime instituído pela Lei nº 8.666/93 como a normas gerais de licitação e contratação, tivemos a aprovação pelo Senado Federal do PL nº 4.253/2020, dando surgimento à denominada “Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, sancionada no dia 01 de abril de 2021.

A Lei nº 14.133/2021 sob o manto constitucional do art. 22, inciso XXVII, inaugurou um novo regime geral das contratações públicas para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo também os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, quando no desempenho da função administrativa.

Nesse sentido, faz-se mister alertar para um fato nesse novo regime de

5 SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Editora Malheiros, 2000 p. 655.

6 JUND, Sérgio. Administração, Orçamento e Contabilidade Pública. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2007, p. 04.

contratação: a importância do instituto da padronização. A Lei nº 14.133/2021 elencou em diversos dispositivos o instituto da padronização, a exemplo dos artigos 40, 41, 47 e 75, como forma de estabelecer uma maior governança e eficiência às contratações governamentais.

Padronizar significa igualar, uniformizar, adotar um modelo. Importante, de início, apontar que, mesmo não descrito no art. 5 da Lei nº 14.133/2021, a padronização está posta como princípio a ser observado pela Administração Pública⁷, cabendo aos órgãos públicos, sempre que possível, adotar um modelo padronizado previamente.

A Nova Lei de Licitações e Contratos, traz uma inovação no tocante à padronização. O § 1º do seu art. 43 estabelece ser “permitida a padronização com base em processo de outro órgão ou entidade de nível federativo igual ou superior ao do órgão adquirente, devendo o ato ser decidido pela adesão a outra padronização ser devidamente motivado, com indicação da necessidade da administração e dos riscos decorrentes dessa decisão.”⁸

Outra importante inovação, não quanto ao instituto como um todo mas sim parte de seu procedimento, foi a regulamentação dando, enfim, um caráter legal, de um procedimento que vinha sendo polemizado e já amplamente discutido nos âmbitos dos órgãos de controle e dos tribunais superiores do Poder Judiciário, que foi a possibilidade de órgãos e entidades realizarem aquisições e contratações de serviços, e até obras, por meio de adesões a atas de registro de preços licitadas por outros órgãos e entidades e não participadas deste processo licitatório pelo órgão ou entidade aderente, a chamada adesão por “órgão não

participante” ou, popularmente apelidado de “adesão carona”, presente em seu art. 86.

No entanto, apesar das referidas inovações e contribuições elencadas pelo novo marco legal das contratações públicas, o legislador federal surpreendeu ao fixar no § 3º, do art. 86, uma restrição ao instituto da adesão, tendo sido estabelecido uma limitação subjetiva com relação a adesão às atas de registro de preços gerenciadas pelos entes municipais para órgãos denominados “não participantes” da Ata de Registro de Preços.

Tal prática discriminatória, restou denominada pela doutrina como federalismo da desconfiança, tendo em vista a falta de razoabilidade e legitimidade no estabelecimento de uma norma materialmente específica, a qual claramente acarretará um impacto catastrófico na implementação e desenvolvimento de políticas públicas de forma eficiente e sustentável por parte dos entes municipais.

Assim, levanta-se as seguintes problematizações questionantes: **a)** o dispositivo do § 3º do art. 86 da Lei Federal nº 14.133 de 01 de abril de 2021, ao omitir de seu rol de possibilidades a “ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciadora municipal”, desautorizou impositivamente e expressamente o procedimento de adesão, na condição de órgão não participante, pois, para tais atas ou pode-se interpretar como uma possibilidade aberta à regulamentação local? **b)** há uma competência legislativa constitucional para que a união delimite tal limitação para as atas de registro de preços municipais? **c)** reafirmando a questão anterior, há o devido respeito ao pacto federativo quando o Poder Legislativo da União estabelece um regramento nacional que frustra claramente possibilidades locais de contratação por se entender que as atas de registro de preços municipais possuem uma maior serventia para outros entes também

7 MARÇAL, Thais; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Estudo Sobre A Lei 14.133/2021- Nova Lei De Licitações E Contratos Administrativos/ coordenadores Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Thais Marçal - São Paulo: Editora Jus Podivm, 2021. Pág. 82.

8 Idem ibidem.

municipais? **d)** tal matéria regulamentada poderá ter caráter nacional, fazendo parte de um rol aceitável de matérias passíveis de regulamentação legal por meio da denominada “norma geral”? **e)** Afinal, por qual razão uma ARP municipal não poderia ser aderida por outros entes?

Diante do cenário apresentado, o presente texto se propõe apresentar algumas reflexões e eventuais dilemas que possa resultar na hipótese de que uma interpretação equivocada do pacto federativo brasileiro, bem como de sua conformidade com a Constituição Federal, e da referida norma por parte dos agentes públicos e órgãos de controle, poderá acarretar na gestão das contratações públicas municipais.

2. DO PROCEDIMENTO AUXILIAR DE REGISTRO DE PREÇOS NA DOCTRINA BRASILEIRA E DAS NORMAS “GERAIS” ESTABELECIDAS NA LEI Nº 14.133/2021 SOBRE O TEMA.

O processo de contratação pública, para formação do registro de preços no Brasil, bem como sua licitação, inicialmente nos remonta ao Código de Contabilidade da União, instituído por meio do Decreto nº 4.536, de 28 de Janeiro de 1992. O revogado Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que antecedeu a Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993 (Lei Geral de Licitações), dispunha a respeito do sistema de registro de preço.⁹

9 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. O sistema de registro de preços recepcionado e aperfeiçoado pela nova lei das licitações e contratações. – Belo Horizonte: Fórum, 2022.p.124.

O regime do sistema de registro de preço previsto no art.15 da Lei nº8.666/93 foi preliminarmente regulamentado na órbita da Administração Pública Federal pelo Decreto nº 2.743, de 21 de agosto de 1988, tendo sido posteriormente revogado pelos Decretos Federais nº 3.931/2001 e nº 4.342/2022, por meio dos quais foram acrescentadas: a) a possibilidade de a Administração Pública Federal utilizar o sistema de registro de preços para serviços; b) a seleção de fornecedores através da recém criada modalidade licitatória denominada de pregão.

Dentre os objetivos do sistema de registro de preços estão, certamente, a celeridade e a economicidade, decorrentes principalmente da possibilidade de realizarem-se sucessivas e contínuas contratações do mesmo objeto através de um único procedimento licitatório.

O Decreto nº 3.931/2001, posteriormente foi revogado pelo Decreto nº 7.892/2013, de 23 de janeiro de 2013, o qual vigorou durante todo o período de vigência do antigo regime normativo licitatório instituído pela Lei nº 8.666/93, disciplinando de forma exaustiva as modalidades autorizadas e todo o procedimento a ser seguido pelos gestores públicos, acaso adotem o sistema de registro de preço nas contratações públicas.

2.1 DO CONCEITO E DAS CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA.

Inicialmente, cabe esclarecer o conceito de registro de preços na doutrina brasileira, tendo em vista que o mesmo é alvo de diversas polêmicas no sentido de que se deve ser considerado ou não um procedimento auxiliar, ou apenas um instrumento de formalização de preços dos eventuais fornecedores interessados.

Nas lições do Prof. Ronny Charles¹⁰, o registro de preços é um procedimento auxiliar que facilita a atuação da Administração em relação a futuras contratações. Em sentido contrário, os professores Jessé Torres e Marinês Dotti¹¹ defendem que o sistema de registro de preços não configura, propriamente, um procedimento auxiliar à licitação ou à contratação direta. Na verdade, constitui-se em um conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos à prestação de serviços, obras, aquisição e locação de bens para contratações futuras.

Dirimindo o referido embate doutrinário, a Lei nº 14.133/2021, no inciso IV, do artigo 78, determinou o registro de preços como sendo um procedimento auxiliar das licitações e contratações regido pelo referido diploma legal.

A doutrina costuma elencar que as principais finalidades do Sistema de Registro de Preços são a maior celeridade e a economicidade decorrentes, principalmente, da possibilidade de realizar-se sucessivas e contínuas aquisições do mesmo objeto por meio de um único procedimento licitatório.

Comungando com o referido entendimento doutrinário, o Tribunal de Contas da União tem vários acórdãos proferidos pelo plenário, incentivando o uso do SRP como forma de evitar o fracionamento das aquisições públicas e como mecanismo de eficiência, economicidade, celeridade e vantajosidade para Administração Pública. Em alguns casos, a mencionada Corte de

Contas recomendou a utilização do SRP como medida eficiente.¹²

Esse procedimento auxiliar é extremamente útil para superar as dificuldades orçamentárias que, por ventura, assolam a grande totalidade dos entes da federação brasileira, tendo em vista a desnecessidade de prévio bloqueio orçamentário ou eventual nota de empenho para a utilização do SRP. Além disso, trata-se de uma solução inteligente de planejamento e organização na logística de aquisição de bens e serviços no setor público. Porquanto, entre outros benefícios, reduz significativamente os custos de estoque, pois, com a adoção do SRP, a Administração passa a deter um estoque virtual sem a necessidade dos gastos com armazenagem, pelo que a doutrina denominou como sendo modalidades de aquisição do tipo *just in time*.¹³

O Sistema de Registro de Preços possui algumas características específicas que foram consolidadas ao longo dos anos pela doutrina, jurisprudência e normativos infralegais. Nesse sentido, seguem algumas características elencadas pela doutrina do Prof. Juliano Heinen¹⁴:

- a. Desnecessidade de prévia dotação orçamentária. Pois nas licitações realizadas através do sistema de registro de preços, é dispensada a prévia dotação orçamentária;
- b. Facultatividade da Contratação, tendo em vista que não há obrigatoriedade da contratação,

10 TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. Salvador: JusPodivm, 2021. p.480.

11 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. O sistema de registro de preços recepcionado e aperfeiçoado pela nova lei das licitações e contratações. – Belo Horizonte: Fórum, 2022.p.137.

12 TCU. Acórdão 472/1999-Plenário, relator Ministro Valmir Campelo. TCU. Acórdão 1095/2007-Plenário, relator Ministro Marcos Vinicius.

13 BITTENCOURT, Sidney. Contratando sem Licitação. São Paulo: Almedina, 2016. P.198. TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. Salvador: JusPodivm, 2021. p.480

14 HEINEN, Juliano. Comentários À Lei de Licitações e Contratos Administrativo. Salvador: JusPodivm, 2022. p.555.

o fornecedor, não é detentor de direito líquido e certo;

- c. Preferência para o preço registrado. Embora não haja obrigatoriedade da contratação, o licitante é detentor da preferência, acaso a Administração resolva efetuar a contratação;
- d. Adoção Facultativa; A adoção do SRP, não deve ser tido como obrigatoria;
- e. Utilização para atendimento de diversas pretensões contratuais;
- f. Ata de Registro de Preços. O procedimento licitatório o qual se utiliza do SRP, produz um documento vinculativo, de natureza obrigacional, denominado Ata de registro.-

2.2 DA VANTAJOSIDADE E DA ECONOMICIDADE NA UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.

O Constituinte de 1988, ao elencar no art. 37, caput, e no inciso XXI, a obrigatoriedade da realização do prévio procedimento licitatório público, com estabelecimento de regras isonômicas e impessoais para todos os eventuais interessados, tem como finalidade precípua a contratação de bens ou serviços, de maneira mais vantajosa e eficiente para Administração Pública, garantindo, de tal forma, a preservação da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Em atenção aos referidos princípios constitucionais expressos, a Lei nº 14.133/2021 elencou, em seu artigo 5, diversos princípios que, por ventura, devem imantar os procedimentos licitatórios e auxiliares, a exemplo de: planejamento, economicidade, celeridade, eficácia e eficiência.

Nesse sentido, tanto a Doutrina pátria¹⁵ quanto a jurisprudência das diversas Cortes de Contas apontam diversos benefícios na utilização do Sistema de Registro de Preços. Partindo de tal premissa, passa-se a dispor sobre as vantagens da utilização do SRP:

- a. **Afastar o fracionamento de despesas, tendo em vista a possibilidade da contratação de forma parcelada, a medida que forem sendo descentralizados os recursos orçamentários;**
- b. **Evita-se a contratação emergencial do objeto, em virtude da existência de preços e fornecedor registrados;**
- c. **Celeridade nas contratações e otimização de gastos em decorrência da redução do número de licitações, ou seja, realiza-se um único procedimento licitatório ou contratação direta para a formação do registro de preços;**
- d. **Redução de estoque, tendo em vista que a entrega do objeto realizar-se na medida em que as requisições forem efetuadas pela Administração;**
- e. **Possibilidade de adquirirem-se bens com prazos de validade ou de garantia sempre atualizados;**
- f. **Possibilidade de agruparem-se, numa mesma licitação, vários órgãos e entidades públicas, com interesse na aquisição do mesmo objeto, elevando-o em quantidade e favorecendo a oferta de propostas com valores reduzidos proporcionado pela economia de escala;**
- g. **Diminuição do número de procedimentos licitatórios e redução de custos;**

15 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. O sistema de registro de preços recepcionado e aperfeiçoado pela nova lei das licitações e contratações. - Belo Horizonte: Fórum, 2022.p.143 a145.

Destarte, restaram devidamente circunstanciados e pacificados os benefícios emanados da utilização do Sistema de Registro de Preços, não havendo qualquer tipo de fundamento contrário que venha a inviabilizar sua utilização.

2.3 DAS CONDIÇÕES E DOS PARÂMETROS LEGAIS PARA UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS NA LEI Nº 14.133/2021 E O CASE DA REGULAÇÃO DO TEMA NO MUNICÍPIO DO JABOATÃO DOS GUARARAPES - PE.

O legislador federal, na tentativa de uniformizar, diga-se de passagem legitimamente, tendo em vista a ausência de uma normatização geral no âmbito da famigerada Lei nº 8.666/93, estabeleceu na Lei nº 14.133/2021, dispondo nos seguintes termos:

Art. 82. O edital de licitação para registro de preços observará as regras gerais desta Lei e 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 §5º do artigo 82 define as condições que, por ventura, devem ser observadas para a adoção do SRP, contratação de bens e serviços, inclusive nas obras e serviços de engenharia:

ART. 82, §5º O sistema de registro de preços poderá ser usado para a contratação de bens e serviços, inclusive de obras e serviços de engenharia, observadas as seguintes condições:

I - realização prévia de ampla pesquisa de mercado;

II - seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento;

III - desenvolvimento obrigatório de rotina de controle;

IV - atualização periódica dos preços registrados;

V - definição do período de validade do registro de preços;

VI - inclusão, em ata de registro de preços, do licitante que aceitar cotar os bens ou serviços em preços iguais aos do licitante vencedor na sequência de classificação da licitação e inclusão do licitante que mantiver sua proposta original.

No mesmo sentido, o Decreto Municipal nº 08, publicado no Diário Oficial do Município, no dia 11 de Fevereiro de 2023, estabeleceu os seguintes requisitos para utilização do SRP no âmbito da Prefeitura Municipal do Jabotão dos Guararapes:

DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

Art. 13. Os órgãos ou entidades da Administração Pública Municipal direta e indireta do Jabotão dos Guararapes poderão se utilizar do Sistema de Registro de Preços como instrumento auxiliar às contratações.

Art. 16. Se não participarem do procedimento previsto no *caput* do artigo anterior, os órgãos e entidades da Administração Pública Municipal do Jabotão dos Guararapes poderão aderir à ata de registro de preços na condição de não participantes, observados os seguintes requisitos:

- I. apresentação de justificativa da vantagem da adesão, inclusive em situações de provável desabastecimento ou descontinuidade de serviço público;
- II. demonstração de que os valores registrados estão compatíveis com os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 da Lei Federal nº 14.133/21;
- III. prévias consulta e aceitação do órgão ou entidade gerenciadora e do fornecedor.

§ 1º. Poderão ainda, desde que cumpridos os requisitos indicados no *caput* e seus incisos, os órgãos e entidades da Administração Pública, aderirem, na condição de órgão não participante, a ata de registro de preços gerenciadas por órgãos do Governo Federal, de governos estaduais e do Distrito Federal, ficando vedada a participação em atas de registros de preços gerenciadas por governos municipais.

§ 2º. As aquisições ou as contratações que tratam este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos dos itens registrados na ata e, na totalidade, ao dobro do quantitativo de cada item registrado.

Art. 17. O edital de licitação para registro de preços observará as regras gerais da Lei Federal nº 14.133/21 e deste Decreto Municipal, bem como deverá dispor sobre: ()

Destarte, exercendo legitimamente sua competência constitucional, a referida Administração Pública Municipal regulamentou, no seu âmbito de atuação, a utilização do **SRP**. Sendo assim, vinculou todos os seus órgãos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, devendo os agentes públicos municipais vincularem seus procedimentos licitatórios às respectivas normas específicas.

3. DO PACTO FEDERATIVO BRASILEIRO E AS EVENTUAIS COMPETÊNCIAS DOS ENTES FEDERATIVOS.

O federalismo teve suas primeiras origens nos Estados Unidos. Surgiu como resposta à necessidade de um governo eficiente em vasto território que, ao mesmo

tempo, assegurasse os ideais republicanos que vingaram com a Revolução de 1776.¹⁶

Os antigos Estados soberanos confederados deixaram de ser soberanos, mas conservaram a sua autonomia, entregando a uma nova entidade, a União, poderes bastantes para exercer tarefas necessárias ao bem comum de todos os Estados reunidos. Passaram, por outro lado, a compor a vontade da União por meio de representantes do Poder Legislativo.¹⁷

Provisoriamente, a Federação, no Brasil, surgiu com o Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889, decreto esse instituidor, também, da forma republicana de governo. A consolidação veio com a primeira constituição republicana de 1891, que em seu art. 1º estabeleceu: “A nação Brasileira adota como forma de governo, sob o regimento representativo, a República Federativa proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpetua e indissolúvel das suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brazil”.

As Constituições posteriores mantiveram a forma federativa de Estado, porém, “não se pode deixar de registrar o entendimento de alguns, segundo o qual, nas Constituições de 1937 e de 1967, bem como durante a vigência da Emenda n. 1/69, tivemos no Brasil somente uma Federação de fachada”¹⁸

Preceitua o art. 1.º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que a **República Federativa do Brasil** é formada pela união **indissolúvel** dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado

16 MENDES, Gilmar Ferreira, Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

17 Idem ibidem.

18 MENDES, Gilmar Ferreira, Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

Democrático de Direito, sendo que o *caput* de seu art. 18 complementa, estabelecendo que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a **União**, os **Estados**, o **Distrito Federal** e os **Municípios**, todos **autônomos**, nos termos desta Constituição”.

A Constituição Federal atua como fundamento de validade das ordens jurídicas parciais e central. Ela confere unidade à ordem jurídica do Estado Federal, com o propósito de traçar um compromisso entre as aspirações de cada região e os interesses comuns às esferas locais em conjunto. A Federação gira em torno da Constituição Federal, que é o seu fundamento jurídico e instrumento regulador.¹⁹ Deve-se ressaltar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como cláusula pétrea a forma de Estado Federal.

É a Carta Magna que explicitará a repartição de competências entre a ordem central e as parciais.

Como no Estado Federal há mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território e sobre as mesmas pessoas, impõe-se a adoção de um mecanismo que favoreça a eficácia da ação estatal, evitando conflitos e desperdício de esforços e recursos. A repartição de competências entre as esferas do federalismo é o instrumento concebido para esse fim.

A repartição de competências consiste na atribuição, segundo a Constituição Federal, para cada ordenamento de uma matéria que lhe seja própria.

Os Estados assumem a forma federal, tendo em vista razões de geografia e de formação cultural da comunidade. Um território amplo é propenso a ostentar diferenças de desenvolvimento de cultura

19 MENDES, Gilmar Ferreira, Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

e de paisagem geográfica, recomendando, ao lado do governo que busca realizar anseios nacionais, um governo local atento às peculiaridades existentes. O federalismo tende a permitir a convivência de grupos étnicos heterogêneos, muitas vezes, com línguas próprias, como é o caso da Suíça e do Canadá. Atua como força contraposta atendências centrífugas.

O federalismo, ainda, é uma resposta à necessidade de se ouvirem as bases de um território diferenciado, quando da tomada de decisões que afetam o país como um todo.

A fórmula opera para reduzir poderes excessivamente centrípetos. Aponta-se, por fim, um componente de segurança democrática presente no Estado federal. Nele, o poder é exercido segundo uma repartição não somente horizontal de funções – executiva, legislativa e judiciária –, mas também vertical, entre Estados-membros e União, em benefício das liberdades públicas.²⁰

Nesse sentido, pode-se afirmar que, como forma de preservar as características inerentes aos Entes Federativos, os quais fazem parte da Federação Brasileira, exige-se que sejam preservadas prerrogativas relacionadas à autonomia, a exemplo da autonomia para regulamentação administrativa da gestão municipal, ainda que a extensão das competências materiais dos municípios dependa do que o contexto histórico indica como interesse local.

20 Nesse sentido, Ulrich Karpen, *Federalism*, in *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p. 207. Da mesma forma a visão clássica de Madison, expressa no n.10 de *O federalista*.

3.1 DO CONCEITO DOUTRINÁRIO REFERENTE ÀS NORMAS MATERIALMENTE GERAIS E MATERIALMENTE ESPECÍFICA.

Nesse ponto, é importante que se dê relevo ao que a doutrina afirma sobre os conteúdos possíveis de uma norma geral, seja sob um prisma positivo, ou seja, aquilo que efetivamente deve constar em uma lei nacional com normas gerais, seja sob um prisma negativo, pela orientação sobre o que não se pode considerar como norma geral.

Isso porque, como diz Fernanda Dias Menezes de Almeida:²¹ “de fato, existem, a propósito, conceituações para todos os gostos, construídas a partir da tentativa ora de identificar os elementos constitutivos das normas gerais, ora de caracterizá-las negativamente, dizendo o que elas não são ou não podem conter”

Assim, os estudos dogmáticos sobre o tema começam pela simples afirmação de que o que se entende por normas gerais é o delineamento fundamental sobre o tema versado. É o quanto entendia Pinto Ferreira, por exemplo, ao asseverar: “A União legisla disciplinando o direito que considera como fundamental, porém os Estados suprem as lacunas.”

O mesmo entendimento parece ser o corroborado por Roque Antônio Carraza²², quando afirma sobre o conteúdo das normas gerais: “ora, estabelecer normas gerais é apontar as diretrizes, os lineamentos básicos: é operar por sínteses, indicando e resumindo. Nunca descendo a assuntos da economia interna, do peculiar interesse das pessoas políticas”

21 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Direito Constitucional*. 5ª ed. atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 324.

22 CARRAZA, Roque Antônio. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990, Vol. 2, p. 114.

Entretanto, se entende ser pouco esclarecido, em termos de clareza de definição, ao afirmar-se que normas gerais são delineamentos fundamentais ou o mero apontamento de diretrizes operando por sínteses. Afinal, nesse passo, ficam sem respostas as questões conceituais que se originam dessa pretensa explicação, ou seja, o que se entende, pois, por questões fundamentais que a União pensa ser cabíveis? O que se deve entender por apontamento de diretrizes operando por sínteses?

Portanto, ao que se percebe, essa primeira tentativa de delimitação conceitual material das normas gerais criaria mais problemas que soluções, servindo, entretanto, de início de investigação.

Outra espécie de tentativa de conceituação material positiva das normas gerais é dada por doutrinadores que as entendem como veiculadas por leis quadro, como normas não exaustivas. É o exemplo de Raul Machado Horta, que dizia “(...) a competência da União consistirá no estabelecimento de normas gerais, isto é, normas não exaustivas (...). A lei de normas gerais deve ser uma lei quadro, uma moldura legislativa.”²³

Ainda, arremata o mesmo autor²⁴, sobre o disposto no art. 24, § 1º, CF/88: **A primeira regra fixa a natureza e o conteúdo da legislação federal na área das normas gerais. isto é, normas não exaustivas, normas incompletas, de modo a não esgotar na competência a matéria da legislação concorrente.**

Tal definição já parte de outro pressuposto, portanto, qual seja, o de que a lei da União, lei nacional, deverá veicular normas que se dirijam à atividade legislativa, formulando uma “moldura” de possibilidades para o regramento do tema pelos entes federativos.

23 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Direito Constitucional. 5ª ed. atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 324.

24 Idem ibidem, p. 326.

Acredita-se que, a partir dessa concepção, seja possível elaborar uma compreensão mais concretizante acerca do conceito de normas gerais para fins de exercício da competência concorrente da União.²⁵

Pois bem, essa ideia de leis quadro foi bem trabalhada por **J. J. Gomes Canotilho**²⁶, que entende como uma das funções da própria Constituição a de ser uma ordem-quadro, permitindo, dentro de balizas gerais, principiológicas, que o legislador infraconstitucional possa adequar a normatividade ao pluralismo social vigente e mutável. Confira-se o pensamento do autor sobre o tema:

Para ser uma ordem aberta a constituição terá de ser também uma ordem-quadro, uma ordem fundamental e não um código constitucional exaustivamente regulador. (...) A constituição pode e deve fixar não apenas uma estadualidade juridicamente conformada mas também estabelecer princípios relevantes para uma sociedade aberta bem ordenada. (...) Sendo assim, a ordem-quadro fixada pela constituição é necessariamente uma ordem parcial e fragmentária carecida de uma atualização concretizante quer através do ‘legislador’ (interno, europeu e internacional) quer através de esquemas de regulação ‘informais’, ‘neocorporativos’, ‘concertativos’, ou ‘processualizados’ desenvolvidos a nível de vários subsistemas sociais (econômico, escolar, profissional, desportivo).

25 DRIGO, Leonardo Godoy. Competências legislativas concorrentes: o que são normas gerais? Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3620, 30 mai. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24557>. Acesso em: 13 mar. 2023.

26 CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1418.

A autocontenção dos textos constitucionais no sentido de se limitarem a definir uma ordem essencial constitucional básica prende-se com o assinalado fenômeno da pluralização dos mundos e pluralização dos pontos de vista característicos das chamadas sociedades pós-modernas.

Destarte, apropriando-se do pensamento do supracitado Doutrinador sobre o tema, pode-se dizer que, no que tange às normas gerais, tem-se que as mesmas devem consubstanciar-se em normas de uma lei quadro, ou seja, de uma lei que vise tão somente fornecer os princípios que guiarão a atividade legislativa futura sobre a matéria. Trata-se, dessa forma, de lei sobre conteúdo de outras leis, criada pela União e dirigida à atividade jurídica legiferante dos demais entes federativos.

Nesse sentido, essas normas gerais serão regras que veiculam princípios, conferindo carga valorativa estruturante a ser seguida pelo legislador infraconstitucional dos entes federativos, que legislarão de forma concorrente sobre a matéria disciplinada dessa forma.

Coadunando com o supracitado entendimento, o Prof. José Afonso da Silva afirma em sua obra tem sido uma questão tormentosa definir o que são 'normas gerais', para circunscrever devidamente o campo de atuação da União. Diremos que 'normas gerais' são normas de leis, ordinárias ou complementares, produzidas pelo legislador federal nas hipóteses previstas na Constituição, que estabelecem princípios e diretrizes da ação legislativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Por regra, elas não regulam diretamente situações fáticas, porque se limitam definir uma normatividade genérica a ser obedecida pela legislação específica federal, estadual e municipal: direito sobre direito, normas que traçam diretrizes, balizas, quadros à atuação legislativa daquelas unidades da Federação.

(...) porque justamente a característica da legislação principiológica (normas gerais, diretrizes, bases), na repartição de competências federativas, consiste em sua correlação com competência suplementar (complementar e supletiva) dos Estados.

Pode-se dizer, portanto, que normas gerais são princípios jurídicos voltados à atividade do legislador e que pautarão sua atuação na concretização, conforme a pluralidade dos interesses regionais ou locais envolvidos, dessas mesmas normas gerais, agora, descendo às minúcias fáticas da matéria legislada.

Não se estará diante de normas gerais, dessa forma, quando houver regulação expressa de fatos relacionados diretamente à matéria que se disciplina, pois tal tarefa cabe ao legislador regional ou local e, até mesmo federal. Porém, nesse caso, também será submetido às mesmas normas gerais.

Isso porque o instrumento de veiculação de tais normas pouco importará, já que a União, quando legisla sobre normas gerais em termos de competência concorrente, exerce essa competência enquanto representante do Estado Federal, nada impedindo que, no mesmo diploma, inclua disposições específicas de observância no âmbito exclusivo federal, porém sempre submetidas às normas gerais expedidas para os demais entes federados.

3.2 DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA ESTABELECEM NORMAS GERAIS RELACIONADAS AS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

De acordo com o inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação. Nesse sentido, podemos afirmar que compete aos outros **Entes**

Federativos, editar normas específicas acerca da matéria.

Destarte, todos os entes federativos podem editar leis sobre licitação, embora devam respeitar as normas gerais traçadas pela União.

O respeito ao princípio federativo impõe que se garanta uma margem de autonomia ao ente da federação, o que leva a discussões sobre a constitucionalidade de alguns dispositivos que, claramente, estabelecem regramentos materialmente específicos.

O Prof. Ronny Charles, em sua obra²⁷, afirma que de tal disposição constitucional pode-se extrair algumas premissas, dentre elas: se consideradas específicas, as regras existentes na legislação federal apenas vinculam a União, permitindo regramento diferente por Estados, Distrito Federal e Municípios; em outra diapasão, quando tratar sobre matéria geral, a legislação federal não pode restringir a sua normatização às relações jurídicas contratuais da União, tendo em vista que fraudaria a competência constitucionalmente estabelecida pelo Constituinte de 1988.

Caminha, também nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na ADI 3059/RS, definindo que a competência legislativa do Estado-Membro para dispor sobre licitações e contratos administrativos respalda a fixação por lei, de preferência para a aquisição de softwares livre pela Administração Regional, sem que se configure usurpação da competência legislativa da união para fixar normas gerais relacionadas ao tema debatido.²⁸

A Lei nº 14.133/2021 firma-se como norma geral de licitações e contratos, cumprindo a competência legislativa

27 TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 44.

28 Idem, ibidem, p. 46.

estabelecida pela Constituição Federal, em seu artigo 22. No entanto, requer salientar, que a referida Lei não possui regras de conteúdo apenas geral, mas também específico, o que repercutirá na amplitude de sua aplicação obrigatória pelos demais entes.

Segundo as lições do Prof. Ronny Charles²⁹, a verificação de que um determinado dispositivo de uma lei federal de licitações possui caráter específico, não impele necessariamente a uma interpretação de inconstitucionalidade do mesmo. O dispositivo terá validade constitucional, mas, no que tange ao regramento específico, sua disposição não afetará ou vinculará os outros entes federativos (Estados, Municípios e DF), mas apenas a União. Obviamente, na hipótese de um dispositivo federal que tente reger apenas as relações contratuais ou procedimentais específicas, adentrando nas minúcias relativas aos outros entes que não a União, haverá inconstitucionalidade.

Deve-se concluir que caberá à Lei Federal o estabelecimento de regras com caráter nacional, aplicando-se a todos os entes da federação. No entanto, no que for matéria específica, estabelecendo as minúcias relacionadas aos procedimentos administrativos referentes aos demais Entes Federativos, caberá a estes, o estabelecimento de suas regras específicas, sob pena de quebra do pacto federativo.

3.3 DA AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DOS MUNICÍPIOS E DA EVENTUAL LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO ESTABELECIMENTO DE NORMAS MATERIALMENTE ESPECÍFICA.

Desde a entrada em vigor dos preceitos normativos descritos na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, têm sido constantes os debates no âmbito

29 Idem, ibidem, p. 51.

acadêmico e dos órgãos públicos relacionados aos diversos Entes Federativos e demais Poderes existentes na república federativa do Brasil. Refere-se à obrigatoriedade de aplicação de diversas normas existentes na Lei Federal nº 14.133/2021, tendo em vista que diversos dispositivos adentram na competência dos Municípios para estabelecimento de normas materialmente específicas, relacionadas ao tema das contratações públicas municipais.

Apesar de ser um tema de altíssima relevância, com diversas discussões entre doutrinadores e agentes públicos, que por ventura militam no âmbito das contratações públicas, ao examinar diversas bibliografias, percebe-se que os autores não tratam com a devida profundidade e complexidade que o tema requer, com exceção das obras publicadas pelo Prof. Ronny Charles e por Marçal Justen Filho, as quais aprofunda o tema com as devidas minúcias necessárias.

O Prof. Marçal Justen Filho afirma, em sua obra³⁰, que um dos princípios mais importantes da Constituição é a Federação, ressaltando, ainda, que as normas gerais não são instrumentos para restrição da autonomia federativa.

Assevera, também, o referido Doutrinador, que não seria possível a validade e a vinculação de normas gerais editadas pela União que invadissem a autonomia federativa, notadamente no que tange à organização, ao funcionamento, aos assuntos de interesse local e à competência dos organismos administrativos de tais entes.³¹

Em seu artigo primeiro, a referida legislação federal define que “estabelece normas gerais de licitação e contratação para administrações públicas diretas, autárquica e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. No entanto, restou evidenciado em diversos dispositivos

da referida Lei que não há apenas regras de conteúdo geral, mas também específico, o que repercutirá na amplitude de sua aplicação obrigatória, pelos demais entes.

Em sua obra “Leis de Licitações Públicas Comentadas”, o Prof. Ronny Charles defende que o texto legal da Lei Federal nº 14.133/2021, de forma mais intensa do que outrora fora feito pela famigerada Lei Federal nº 8.666/93, avançou para definir regramentos específicos, detalhando procedimentos, indicando competências, entre outros pormenores.

Nesse sentido, afirma o nobre Doutrinador, que eventual permissão à regra descrita no artigo primeiro guindaria esses dispositivos materialmente específicos à qualidade de norma geral, permitindo que o legislador federal ordinário contrariasse frontalmente a competência legislativa privativa definida pelo Constituinte (restrita apenas às normas gerais), avançando sobre matéria (específica) outorgada aos demais entes federativos e, por conseguinte, afrontando o próprio princípio da autonomia federativa.³²

Pode-se citar como exemplos diversos dispositivos tratados na nova lei de licitações e contratos que extrapolam a competência da União para estabelecer normas gerais, como: regras relativas ao formato de comissão, à denominação das comissões, à designação dos servidores envolvidos no procedimento, à definição de competências, aos regramentos específicos relativos aos procedimentos auxiliares das contratações. São normas que, claramente, não devem ser estabelecidas como de observância obrigatória por parte dos demais entes, cabendo a regulamentação de forma distinta sem que haja qualquer tipo de questionamento referente a constitucionalidade das referidas normas.

30 JUSTEN FILHO, MARÇAL. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. P.287.

31 Idem, ibidem.

32 TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 48.

Deve-se ressaltar que, no âmbito da Lei nº 8.666/93, o legislador federal se utilizou do mesmo artifício, classificando todas as normas como sendo de sua competência material “geral”, tendo a jurisprudência e doutrina pátria realizado o exercício hermenêutico de interpretar, conforme a Constituição, os dispositivos da mencionada legislação.

4. DO INSTITUTO DE ADESÃO À ATA DE REGISTRO E DA INTERPRETAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DA LEI Nº 14.133/2021 CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

4.1 DO CONCEITO E DA NATUREZA JURÍDICA DA ADESÃO.

Segundo o Prof. Ronny Charles³³, pode-se conceituar a adesão como sendo uma hipótese de dispensa licitatória, tendo em vista que o carona não participou do procedimento licitatório prévio. Sendo assim, pode-se afirmar que a adesão tem natureza jurídica de uma hipótese anômala de dispensa.

O Legislador federal, atento às polêmicas discussões a respeito do tema, resolveu afastar definitivamente as críticas existentes relativas à constitucionalidade do instituto da adesão, tendo sido estabelecidos os critérios no artigo 86, §2º, da Lei nº 14.133/2021:

Art. 86. O órgão ou entidade gerenciadora deverá, na fase preparatória do processo licitatório, para fins de registro de preços, realizar procedimento público de intenção de registro de preços para, nos termos de

33 TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. Salvador: JusPodivm, 2021. p.507.

regulamento, possibilitar, pelo prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis, a participação de outros órgãos ou entidades na respectiva ata e determinar a estimativa total de quantidades da contratação.

(...)

§2º Se não participarem do procedimento previsto no caput deste artigo, os órgãos e entidades poderão aderir à ata de registro de preços na condição de não participantes, observados os seguintes requisitos:

- I. apresentação de justificativa da vantagem da adesão, inclusive em situações de provável desabastecimento ou descontinuidade de serviço público;
- II. demonstração de que os valores registrados estão compatíveis com os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 desta Lei;
- III. prévias consulta e aceitação do órgão ou entidade gerenciadora e do fornecedor.

Não resta dúvida de que o instituto da adesão, popularmente conhecido como “carona”, trata-se de um importante instrumento de efficientização e padronização das contratações públicas e que a sua utilização, nos casos adequados, deve ser vista pelos gestores públicos como uma medida de boas práticas de gestão.

4.2 DOS LIMITES LEGAIS FIXADOS PELA LEI 14.133/2021 E DA LEITURA DE SEU §3º DO ART. 86 COM A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, como nítida norma de caráter específico, o §3º do art. 86 da Lei nº 14.133/2021, estabelece

ser vedada aos órgãos e às entidades da Administração Pública Municipal a adesão à ARP gerenciada por órgão ou entidade municipal. Não há novidade quanto a esse ponto, tendo em vista que, claramente ultrapassando os limites constitucionais estabelecidos pelo Constituinte de 1988, a União, unilateralmente, adentra na autonomia administrativa dos demais Estados, Distrito Federal e Municípios, transmitindo, para uma norma geral, dispositivos idênticos aos existentes no Decreto Federal nº 7.892/2013.

Nesse ponto, tem consolidado a doutrina majoritária no sentido que esta regra deve ser interpretada como uma norma materialmente específica, haja vista a ausência de justificativa legítima para tal restrição ao uso da adesão que, conforme mencionado anteriormente, possui natureza jurídica de contratação direta.

Pois, para que seja interpretada como uma norma geral através da qual a sua criação só pode ser feita pelo Legislador Federal, exige que a União, ao dispor sobre o tema, o faça sem discriminação com os demais entes federativos, sob pena de se conviver com um pacto federativo de desconfiança entre Entes Federativos existentes na federação brasileira.³⁴

Nesse sentido, comunga-se com o Prof. Victor Amorim, que afirma que deve ser conferida ao §3º uma interpretação conforme à Constituição da República, Porquanto, a conclusão pela impossibilidade de adesão de ARP municipal atentaria contra a estrutura federativa do Estado Brasileiro, constituindo um *discrimen* injustificado em relação a um dos entes da Federação – o Município –, autônomo como os demais.³⁵

34 TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. Salvador: JusPodivm, 2021. p.510

35 AMORIM, Victor. Disponível no sítio: <https://www.novaleilicitacao.com.br/AMORIM, Victor. A adesão de ata de registro de preços municipais na nova Lei de Licitações: por uma necessária interpretação conforme à Constituição do §3º do art. 86 da Lei nº 14.133/2021.>

Afinal, por qual razão uma ARP municipal não poderia ser aderida por outros entes?

Ainda que se diga que o “legislador” buscou proibir a chamada “adesão verticalizada”, não há razão para vedar adesão de ARP municipal por parte de um outro órgão municipal. Em outras palavras: mesmo que se acredite na tese da proibição da adesão verticalizada, ela não seria aplicável a entes da mesma natureza (Município). Logo, o raciocínio tendente à proibição de adesão seria contraditório em vista de sua premissa central.

De toda forma, em termos substanciais, a norma do §3º seria de cunho específico, não obstante, pois, que Estados, Distrito Federal e Municípios, em sua legítima competência normativa concorrente sobre a matéria, trate o assunto de maneira diversa em relação a suas respectivas estruturas organizacionais.

Partindo do referido método hermenêutico, o Município do Jaboatão dos Guararapes, utilizando-se da sua competência constitucional, regulamentou o procedimento de registro de preços e a adesão através do Decreto Municipal nº 08/2023, publicado no dia 11 de Fevereiro de 2023, o qual legitima nos artigos 15 e 16, a adesão por parte de órgãos não participantes à ata de registro de preços formalizadas por órgãos pertencentes à Administração Direta, Autárquica e Fundacional.

Sendo assim, não vislumbra-se qualquer tipo de inconstitucionalidade ou ilegalidade em eventual procedimento de adesão a atas pertencentes ao Município do Jaboatão dos Guararapes, tendo em vista a previsão existente no normativo municipal.

Com relação à adesão a ARP pertencentes a Municípios distintos, entende-se que o supracitado decreto não elencou essa possibilidade, apesar de não haver qualquer tipo de ilegalidade caso os

normativos, que porventura regulamentem a Lei nº 14.133/2021 nos Estados-Membros, Distrito Federal e Município, façam previsão distinta.

5. CONCLUSÃO

Aborda-se, no presente artigo, a discussão central em torno da polêmica “vedação”, constante no parágrafo § 3º do art. 86 da Lei Federal nº

14.133 de 01 de abril de 2021, que resultou na interpretação, por inteligência da expressa literalidade de tal dispositivo, da impossibilidade ocorrer em contratação de obras, bens e serviços por meio do processo de adesão, como órgão não participante, em atas de registro de preços gerenciadas por órgãos e entidades municipais.

Assim, surgiram algumas problemáticas ao longo do texto, tais como:

a) o dispositivo do § 3º do art. 86 da Lei Federal nº 14.133 de 01 de abril de 2021, ao omitir de seu rol de possibilidades a “ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciadora municipal”, desautorizou impositivamente e expressamente o procedimento de adesão, na condição de órgão não participante, pois, para tais atas ou pode-se interpretar como uma possibilidade aberta à regulamentação local? **b)** há uma competência legislativa constitucional para que a união delimite tal limitação para as atas de registro de preços municipais? **c)** reafirmando a questão anterior, há o devido respeito ao pacto federativo quando o Poder Legislativo da União estabelece um regramento nacional que frustra claramente possibilidades locais de contratação por se entender que as atas de registro de preços municipais possuem uma maior serventia para outros entes também municipais? **d)** tal matéria regulamentada poderá ter caráter nacional, fazendo parte de um rol aceitável de matérias passíveis de regulamentação legal

por meio da denominada “norma geral”? **e)** Afinal, por qual razão uma ARP municipal não poderia ser aderida por outros entes?

Nesse sentido, se propôs a apresentação de algumas reflexões e eventuais dilemas que possam resultar na hipótese de que uma interpretação equivocada do pacto federativo brasileiro, bem como de sua conformidade com a Constituição Federal, e da referida norma por parte dos agentes públicos e órgãos de controle, poderá acarretar na gestão das contratações públicas municipais.

Para percorrer o caminho proposto na hipótese formulada, bem como responder os questionamentos problematizados, inicia-se a abordagem discorrendo sobre o procedimento auxiliar do sistema de registro de preços, macro tema central que envolve a discussão em tela, bem como realizando uma análise do debate doutrinário das normas “gerais” estabelecidas na lei nº 14.133/2021.

Assim, trabalha-se o conceito e as características do Sistema de Registro de Preços na doutrina e na jurisprudência, bem como as condições e os parâmetros legais para sua utilização, as vantagens e a economicidade de sua utilização e, por fim, apresenta-se o *case* da regulação do tema no Município do Jaboatão dos Guararapes – PE, por meio do seu Decreto Municipal nº 08/2023.

Após a abordagem do macro tema geral, o sistema de registro de preços, passa-se a discutir uma temática reflexa que pauta as problematizações apresentadas, o pacto federativo brasileiro e as eventuais competências dos entes federativos.

Para aprofundar o tema, expõe-se o conceito doutrinário referente às normas materialmente gerais e materialmente específica, bem como a competência da União para estabelecer normas gerais relacionadas a licitações e contratos administrativos.

Defende-se a temática da autonomia administrativa dos municípios e da eventual legitimidade constitucional através do estabelecimento de normas materialmente específica.

Abordado o macro tema central, bem como a temática transversal que perpassa o ceio da fundamentação para atingir o objetivo de repostas às problemáticas levantadas, finaliza-se a discussão teórica no quarto ponto deste artigo com análise do instituto de adesão à ata de registro e da interpretação conforme a constituição dos dispositivos da Lei nº 14.133/2021, precipuamente sob a ótica conceitual e da natureza jurídica do instituto da “adesão”, bem como dos limites legais fixados pela supracitada lei e da utilização do instituto na interpretação conforme a Constituição Federal no §3º, do art. 86.

Assim, pode-se depreender as seguintes conclusões:

- a. que caberá à lei federal o estabelecimento de regras com caráter nacional, aplicando-se a todos os entes da federação. No entanto, no que for matéria específica, estabelecendo as minúcias relacionadas aos procedimentos administrativos, referentes aos demais entes federativos, caberá a estes, o estabelecimento de suas regras específicas, sob pena de quebra do pacto federativo;
- b. que restou evidenciado, em diversos dispositivos da Lei 14.133/21, que não há apenas regras de conteúdo geral, mas também específico, o que repercutirá na amplitude de sua aplicação obrigatória, pelos demais entes;
- c. que, ainda que se diga que o “legislador” buscou proibir a chamada “adesão verticalizada”, não há razão para vedar adesão de ARP municipal por parte de um outro órgão municipal. Em outras palavras: mesmo que se acredite na tese da proibição da adesão verticalizada, ela não seria aplicável antes da mesma natureza (Município). Logo, o raciocínio tendente à proibição de adesão seria contraditório em vista de sua premissa central.
- d. que, em termos substanciais, a norma do §3º do art. 86 da Lei nº 14.133/21 seria de cunho específico, não obstante, pois, que Estados, Distrito Federal e Municípios, em sua legítima competência normativa concorrente sobre a matéria, trate o assunto de maneira diversa em relação a suas respectivas estruturas organizacionais.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Direito Constitucional. 5ª ed. atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

AMORIM, Victor. Disponível no site: <https://www.novaleilicitacao.com.br/AMORIM>, Victor. A adesão de ata de registro de preços municipais na nova Lei de Licitações: por uma necessária interpretação conforme à Constituição do §3º do art. 86 da Lei nº 14.133/2021.

BITTENCOURT, Sidney. Contratando sem Licitação. São Paulo: Almedina, 2016. P.198.

CARRAZA, Roque Antônio. Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2002.

DRIGO, Leonardo Godoy. Competências legislativas concorrentes: o que são

normas gerais?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n.

3620, 30 mai. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24557>. Acesso em: 13 mar. 2023.

HEINEN, Juliano. Comentários À Lei de Licitações e Contratos Administrativo. Salvador: JusPodivm, 2022.

JUND, Sérgio. Administração, Orçamento e Contabilidade Pública. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2007.

LENZA, Pedro. Direito constitucional – 25. ed. – São Paulo: SaraivaEducação, 2021.

MARÇAL, Justen Filho. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARÇAL, Thaís; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Estudo Sobre A Lei 14.133/2021- Nova Lei De Licitações E Contratos Administrativos/ coordenadores Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Thaís Marçal - São Paulo: Editora Jus Podivm, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira, Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

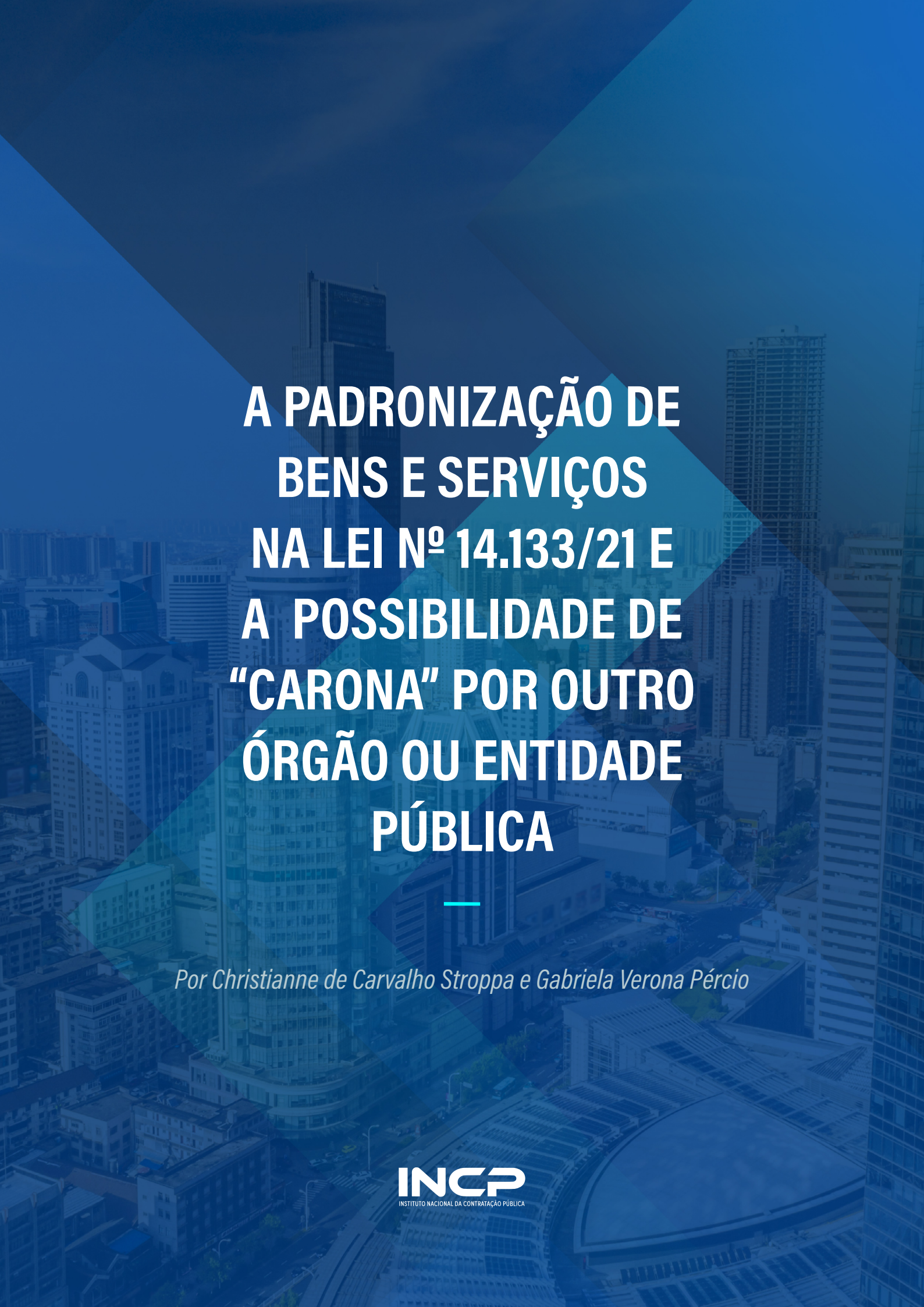
NUNES, J.; LUCENA, R.L.; SILVA, O.G. Vantagens e desvantagens do pregão na gestão de compras no setor público:, Brasília, abr./jun. 2007

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Mariângela Restelatto. O sistema de registro de preços recepcionado e aperfeiçoado pela nova lei das licitações e contratações. – Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. Salvador: Jus Podivm, 2021.

TCU. Acórdão 472/1999-Plenário, relator Ministro Valmir Campelo.



A PADRONIZAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS NA LEI Nº 14.133/21 E A POSSIBILIDADE DE “CARONA” POR OUTRO ÓRGÃO OU ENTIDADE PÚBLICA

Por Christianne de Carvalho Stroppa e Gabriela Verona Pércio

A PADRONIZAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS NA LEI Nº 14.133/21 E A POSSIBILIDADE DE “CARONA” POR OUTRO ÓRGÃO OU ENTIDADE PÚBLICA

Christianne de Carvalho Stroppa¹
Gabriela Verona Pércio²

1. Introdução

A padronização nas contratações públicas não é assunto novo. Com efeito, a Lei nº 8.666/93 já previa que as obras e serviços destinados aos mesmos fins teriam projetos padronizados (art. 11) e que as compras, sempre que possível, deveriam atender ao

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

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

princípio da padronização (art. 15). Não é de agora, também, que se fala, por exemplo, em padronização de especificações e catálogos de padronização, institutos co-relacionados e pré-existentes à Lei nº 14.133/21, já utilizados no âmbito de alguns órgãos e entidades, ainda que precariamente.

Em nosso sentir, a ausência de maiores detalhes, especialmente quanto ao procedimento, assim como as questões relacionadas à indicação de marca, outro assunto bastante sensível³, podem ter dado causa à inexpressividade de seu uso prático.

A Lei nº 14.133/21 trouxe, novamente, o tema à superfície, mantendo a padronização como princípio a ser observado no planejamento das contratações públicas.⁴ Por outro lado, a Lei inovou ao tratar sobre aspectos do processo de padronização⁵, ainda que de forma sucinta e sem afastar a possibilidade de regulamentação.

É certo, para nós, que não se trata de um novo instituto, diferente do que já se sabia ou dizia sobre ele. Entretanto, o contexto da nova Lei renova a necessidade de estudá-lo e compreendê-lo de modo suficiente para que

3 Tendo como fundamento o princípio constitucional da isonomia, a indicação da marca sempre foi algo tormentoso para a Administração Pública. Desejada fervorosamente por aqueles que fazem uso dos objetos adquiridos por meio de licitações e que sofrem com sua má qualidade, não pode ser sinônimo de restrição indevida à competição, sendo admitida, entre outras hipóteses, antes mesmo da Lei nº 14.133/21, em caso de existência de processo de padronização devidamente implementado (Vide Acórdão nº 1.553/2008 - TCU/Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti; Acórdão nº 2.829/2015 - TCU/Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas; Acórdão nº 113/2016 - TCU/Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas; e Súmula nº 270 do TCU).

4 Vide art. 40, inc. V, alínea “a” e art. 47, inc. I, ambos da Lei nº 14.133/21.

5 “Art. 43. O processo de padronização deverá conter:

I - parecer técnico sobre o produto, considerados especificações técnicas e estéticas, desempenho, análise de contratações anteriores, custo e condições de manutenção e garantia;

II - despacho motivado da autoridade superior, com a adoção do padrão;

III - síntese da justificativa e descrição sucinta do padrão definido, divulgadas em sítio eletrônico oficial.”

possa, com a devida aplicação, doravante, produzir a esperada eficiência e eficácia. Não deverão ser desprezadas as construções doutrinárias que permitam levar a cabo regulamentos que possibilitem a integral aplicação da Lei e o alcance dos resultados por ela visados, em especial no tocante ao processo de padronização, mas um de seus aspectos chama atenção de um modo especial, pela natureza legitimamente inovadora: o §1º do art. 43 da Lei nº 14.133/21, possibilita a adesão a padronização já realizada “por outro órgão ou entidade de nível federativo igual ou superior”.⁶ Tal mecanismo, ainda que timidamente tratado no texto da Lei, possui um expressivo potencial para a produção de grandes benefícios.

2. A padronização na Lei nº 14.133/21

De acordo com o art. 40, inc. V, alínea “a” e o art. 47, inc. I da nova Lei, o planejamento das compras e serviços *deverá* atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho. Assim, mesmo não contido no rol de princípios enumerados no art. 5º, a padronização é, sem dúvida, um princípio a ser observado pela Administração Pública em suas contratações.⁷ A utilização da expressão “deverá” impõe a necessidade

6 “Art. 43. ...

§ 1º É permitida a padronização com base em processo de outro órgão ou entidade de nível federativo igual ou superior ao do órgão adquirente, devendo o ato que decidir pela adesão a outra padronização ser devidamente motivado, com indicação da necessidade da Administração e dos riscos decorrentes dessa decisão, e divulgado em sítio eletrônico oficial.”

7 Sob um enfoque mais amplo, é possível entender o princípio da padronização não apenas relacionado ao processo de padronização de especificações de objetos, mas, também, à padronização de documentos a ele relacionados. É nítido em diversos dispositivos da Lei nº 14.133/21 a intenção de, por meio de modelos de documentos, estabelecer padrões a serem observados e, assim, minimizar erros e melhorar a eficiência do processo de contratação.

de justificar, satisfatoriamente, eventual impossibilidade de sua observância.⁸

A regra é de suma importância pois, em linha de consonância com o princípio do planejamento, define que qualquer contratação seja avaliada, planejada, programada e realizada considerando o dever de evitar a aquisição de bens diferentes nos seus elementos componentes, na qualidade, na produtividade e na durabilidade, com implicações diretas e imediatas no estoque, na manutenção, na assistência técnica, nos custos, no controle e na atividade administrativa.⁹

Padronizar significa igualar, uniformizar, adotar um modelo. O princípio da padronização, por sua vez, impõe que sejam estabelecidas e observadas regras e procedimentos básicos que levem à adoção de um padrão, previamente fixado por satisfazer às necessidades das atividades que estão a seu encargo. As contratações de bens e serviços, portanto, não devem ser simplesmente executadas, mas planejadas e decididas antes de sua realização, sempre

8 A respeito do tema, ainda sobre as disposições da Lei nº 8.666/93, observem-se as lições de Toshio Mukai: “[o] que está estatuído no art. 15, I não constitui uma faculdade do poder público de imprimir a padronização. O verbo **deverá** denota que o legislador desejou que sempre nas compras fossem atendidos os aspectos relativos ao **princípio da padronização**. Entendemos que a padronização é obrigatória em todos os casos onde existam possibilidades para tanto, inclusive para bens de consumo.” (SOUTO MAIOR FILHO, Marcos Antônio. Princípio e processo de padronização e a utilização de marca. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 322, 25 maio 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5220>. Acesso em: 5 jul. 2022).

9 Em parecer dado para a Companhia Vale do Rio Doce, em 25 de novembro de 1994, Toshio Mukai asseverou, tendo como fundamento a Lei nº 8.666/1993: “Ao interpretarmos o dispositivo podemos concluir que o princípio da padronização não é uma mera faculdade conferida pela lei ao administrador. Em absoluto não. Trata-se, sim, de um dever a ele imposto. A padronização é, portanto, a regra que será excepcionada somente quando as condições intrínsecas do bem a ser adquirido impedirem sua execução.” (MUKAI, Toshio. Parecer inédito dado para a Companhia Vale do Rio Doce em 25 de novembro de 1994. *Informativo Licitações e Contratos – ILC*, Zênite, Consulta em Destaque – 628/66/AGO/99)

segundo esse princípio e as finalidades de interesse público que se busca alcançar.

Em síntese, cabe à Administração estabelecer um padrão próprio para a qualidade de suas contratações, por meio da padronização prévia de especificações.¹⁰ Mas,

10 Acerca da vantajosidade da padronização, como apontado por Marçal Justen Filho:

a) é um importante instrumento de racionalização da atividade administrativa, com redução de custos e otimização da aplicação de recursos. Significa que a padronização elimina variações tanto no tocante à seleção de produtos no momento da contratação como também na sua utilização, conservação etc;

b) há menor dispêndio de tempo e de esforços na ocasião da contratação, eis que a Administração já conhece as características técnicas da prestação. Não há necessidade de longos exames para selecionar a melhor opção;

c) todas as contratações posteriores serão efetuadas de acordo com as linhas mestras predeterminadas.

d) há ganhos no curso da execução do contrato;

e) os servidores públicos não precisam ser treinados para novas técnicas ou características desconhecidas dos objetos;

f) as providências de conservação e manutenção são idênticas às praticadas no passado;

g) não há necessidade de multiplicação de estoques de peças de reposição, material de consumo etc., eis que esse conjunto de bens pode ser utilizado, de modo indistinto, para a totalidade dos produtos obtidos por meio de contratações. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 295)

Eduardo Azeredo Rodrigues aponta que “A padronização deve ser resultado da experiência da Administração nas aquisições de produtos e utilização de serviços, com vistas a repercutir nas futuras contratações, que deverão ser pautadas pelas constatações predeterminadas. Uma das principais vantagens que a padronização pode proporcionar, sob os aspectos técnico e econômico, é o aproveitamento do *know-how* utilizado na manutenção e conservação dos novos produtos – tendo por paradigma as experiências anteriores – bem como o uso dos mesmos insumos que passarão a atender não só aos antigos equipamentos como a todos os novos, padronizados. Deve-se destacar, entretanto, que padronização não se confunde com escolha de marca, demais de que se admite apenas excepcionalmente a exclusividade de marca, quando for tecnicamente justificável. A padronização tem o objetivo de definir características referentes às especificações técnicas e de desempenho de determinado gênero de produtos que são almejadas pela Administração Pública, o que pode resultar na conclusão de que determinadas marcas atendem ao tipo de padronização adotado ou, até mesmo, apenas determinado fabricante oferece o produto que se coaduna com os padrões pretendidos. Pode também haver a conclusão motivada e circunstanciada no sentido de que a homogeneidade de produtos adquiridos, ainda que existam similares no mercado, é a única solução que satisfaz ao interesse público, sob as perspectivas da economicidade e eficiência. Nessa última hipótese, óbice não há que a Administração conclua pela escolha de determinada marca, sendo esta a única que ostenta as características compatíveis com a padronização adotada, ou desde que haja justificada necessidade de adoção de apenas uma marca. (RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O princípio da padronização*. Disponível em: https://www.zenitefacil.com.br/pesquisaDocumento?task=GET_DOCUMENTO&idDocumento=28C27477-71BF-40AC-9261-2B80B4B3048B. Acesso em: 5 jul. 2022)

a padronização não deve ser utilizada como fim em si mesma; não se deve “padronizar por padronizar”.¹¹ Toda e qualquer padronização de especificações deve ser justificada no processo. A sua racionalidade – e, também, a racionalidade de sua imposição como princípio – está, justamente, nos benefícios que ela pode proporcionar à Administração Pública, considerando a natureza do objeto e do mercado em que ele se insere, assim como os custos envolvidos.¹² Portanto, caberá realizar processo de padronização quando, analisadas todas as variáveis, este for o caminho apto a trazer melhores benefícios.¹³

11 Por isso, tem razão Raul Armando Mendes quando ensina que a padronização só deve ser adotada se oferecer real interesse para os serviços públicos, que sua adoção não deve ficar ao alvedrio do administrador e que a falta da comprovação das vantagens pode ensejar a sua anulação administrativa ou judicial e a responsabilização do agente que a determinou. A padronização, seja pela escolha de uma marca, seja pela entronização de um modelo próprio, não pode ser meio, instrumento, para beneficiar ou prejudicar fornecedores. (MENDES, Raul Armando. *Comentários ao estatuto federal das licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 41.)

12 Até porque, como ensina Justen Filho, “a Administração deverá ter em vista aquisições passadas e futuras. A padronização aplica-se não apenas a uma compra específica, especialmente quando se trate de bem de vida útil continuada. Ao selecionar o fornecedor para produtos não consumíveis, a Administração deverá ter em vista produtos semelhantes que já integram o patrimônio público, como também deverá prever eventuais futuras aquisições. Somente assim a padronização produzirá os efeitos desejados, consistentes na redução de custos de manutenção, simplificação de mão-de-obra etc.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 295.)

13 É certo que, contudo, que sempre que um mecanismo racionalizador das compras puder ser usado em benefício da Administração Pública, qualquer bem por ela desejado pode e deve ser padronizado. É a lição que se retira sem maior dificuldade da precisa afirmação de Hely Lopes Meirelles, quando prescreve que “O princípio da padronização impõe que as compras de materiais, equipamentos e gêneros de uso comum na Administração se realizem mediante especificações uniformes, que, dentre outras coisas, busquem compatibilizar a técnica com o desempenho e igualar as condições de manutenção e assistência técnica.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 66.)

2.1 Padronização e indicação de marca na Lei nº 14.133/21

A indicação de marca é tema conexo à padronização. Por meio desse processo é possível não apenas padronizar características de certos objetos, mas, também, em algumas situações, a marca dos objetos a serem adquiridos pela Administração. Ao se indicar a marca, garante-se a padronização exata dos objetos futuros com aqueles já existentes. Porém, por configurar uma restrição à competição, precisa estar justificada no processo, considerando a natureza dos objetos e os fins a serem alcançados.¹⁴ Assim, não se descarta que a padronização de especificações possa conduzir à padronização de uma marca específica, desde que lastreada por, conforme o caso, estudos, laudos, perícias e pareceres técnicos, em que as vantagens para o interesse público fiquem clara e sobejamente demonstradas.

A Lei nº 14.133/21 segue, rigorosamente, essa linha de raciocínio. O já referido princípio da padronização inclui considerar a “a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho”. Ainda, o art. 41, inciso I prevê a indicação de marca em caráter excepcional, desde que formalmente justificada, em quatro hipóteses, entre elas, “em decorrência

14 O Tribunal de Contas da União, por meio da Decisão nº 1.196/2002, Plenário, encampou o entendimento de que a indicação da marca é admissível para fins de padronização, se acompanhada por razões de ordem técnica. Ainda, segundo a corte de contas federa: “A indicação de marca somente é aceitável para fins de padronização, quando o objeto possuir características e especificações exclusivas, mediante a apresentação de justificativa fundamentada em razões de ordem técnica” (Acórdão nº 62/2007, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa); “A indicação de marca na especificação de produtos de informática pode ser aceita frente ao princípio da padronização previsto no art. 15, inciso O, da Lei nº 8.666/1993, desde que a decisão administrativa que venha a identificar o produto pela sua marca seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa a opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a Administração” (Acórdão nº 2.376/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Vileça).

da necessidade de padronização do objeto”.¹⁵ A doutrina já entendia, com fundamento na Lei nº 8.666/93, que a aquisição de produto de marca determinada, com exclusão de similares, era possível nesta situação, cabendo à Administração demonstrar que a adoção da marca busca apenas atender o interesse público, afastando as predileções ou aversões pessoais do administrador.¹⁶

A questão que se põe controversa diante de uma disposição bastante confusa da nova Lei é se a padronização da marca poderia levar à contratação – reiterada – de fornecedor exclusivo. Em princípio, havendo justificativas admissíveis para a fixação de uma determinada marca como padrão, em tese, não haveria óbice a tanto. Ressalta-se em favor de tal raciocínio, em caráter comparativo, que a contratação com um

15 Muito embora a Lei não coloque de maneira expressa que o objeto da licitação deve ser caracterizado de forma adequada, sucinta e clara, seus dispositivos sugerem que a descrição do objeto deve ser simples e sem maiores detalhes, ressaltados aqueles necessários à sua perfeita caracterização (vide arts. 18, 25 e 150). O objeto deve ser descrito de forma que revele a exata necessidade do Poder Público, com todas as características indispensáveis, afastando-se aquelas irrelevantes e desnecessárias, que apenas restringem a competição.

A indefinição do objeto, além de dificultar a obtenção dos resultados pretendidos pela Administração, lesa o princípio da isonomia, pois a falta de clareza impede a elaboração de uma proposta objetiva e, conseqüentemente, a precisão nos demonstrativos de custo, necessária para se concorrer em igualdade de condições. Assim, a descrição precisa do objeto da licitação, com a indicação de suas características técnicas, visa alcançar plenamente o princípio da igualdade (vide Súmula 177 do Tribunal de Contas da União) Somente de posse de todas as informações sobre o produto a ser licitado é que os interessados poderão disputar o certame em igualdade de condições. A falta de clareza do objeto da licitação também fere o princípio do julgamento objetivo, pois não haverá condições de comparar as propostas ofertadas nem de demonstrar que o preço proposto é compatível. Em suma, pode-se dizer que a falta de definição correta e clara do objeto da licitação ofende, sobremaneira, o princípio fundamental da licitação, que é a competição. Nesse contexto, a indicação de marca pode ser admitida, conforme doutrina e jurisprudência assente, para a identificação e definição adequada do objeto pretendido na licitação, melhorando as condições de competição.

16 Na Lei nº 14.133/21, a palavra “marca” aparece sete vezes: em cinco é admitida sua indicação, mesmo que excepcionalmente, e apenas em duas é vedada.

mesmo fornecedor por um período longo ou indeterminado não é mais vista com ressalvas pela nova Lei, desde que permaneça atendendo ao interesse público. É o que se extrai da previsão para contratos com prazos bastante alongados, contida nos arts. 106 e seguintes da nova Lei, e para contratos com prazo indeterminado, referentes a serviços prestados em regime de monopólio. Então, em si e por si, o fato de haver uma contratação com um único fornecedor perdurando por um longo período de tempo não se põe como obstáculo, enquanto aquela marca estiver atendendo aos padrões de qualidade estabelecidos – que podem, a qualquer tempo, ser revistos. A nova Lei não trata do assunto diretamente, mas estabelece, no seu art. 40, §3º, inciso III, que o parcelamento não será adotado quando o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo. A disposição é bastante confusa e, interpretada à luz do que estabelece os parágrafos anteriores do mesmo artigo, parece levar à regra de que, para os estritos fins do processo de padronização, não caberá dividir o objeto (parcelar) quando esta divisão levar a uma marca fornecida por um único particular. Isso porque, conforme estabelece o inc. III do §2º, na aplicação do parcelamento deverão ser considerados o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado, o que seria incompatível com a padronização de uma marca nessas condições. Não se afasta, contudo, a possibilidade que outra interpretação, mais restritiva, seja extraída, qual seja, a de que o inciso III do §3º do art. 40 pressupõe a inviabilidade de padronização de marca quando for exclusiva de um fornecedor. Qualquer que seja o entendimento, a regulamentação da questão se põe como fundamental para criar um ambiente seguro para os operadores da norma.

Ainda a propósito deste tema, é imprescindível que sejam verificadas as diferentes soluções existentes e produzidas as justificativas para amparar a escolha

da Administração, de forma que atenda o interesse público. Não há reprovação legal à utilização de marca como meio de identificação de um objeto escolhido por suas qualidades ou propriedades intrínsecas, podendo, em nosso entender, levar a uma situação de inviabilidade absoluta de competição. A avaliação deve ser, no entanto, relativa às suas especificações, concluindo-se que são as únicas aptas a gerar o padrão de qualidade pretendido pela Administração. A marca não pode, portanto, ser a causa motivadora da escolha, mas pode ser a consequência de uma decisão que se funda em características específicas do objeto padronizado.¹⁷

Em relação à descrição do objeto com características exclusivas ou com indicação de marca, têm o TCU, ao decidir sobre a questão, buscado confrontar a razoabilidade dessa restrição à competitividade com o interesse público. Sua jurisprudência caminha na direção de se admitir a indicação de marca como parâmetro de qualidade do objeto a ser licitado, desde que a Administração demonstre, de forma efetiva, que pretende dar continuidade à utilização de determinada marca já adotada, ou utilizar marca mais conveniente ou padronizar marca no serviço público.¹⁸

17 Marçal Justen Filho, ao tratar do tema no contexto da Lei nº 8.666/1993, ensina que “[a] vedação do § 5º (art. 7º) conjuga-se com o art. 25, inciso I, a cujo conteúdo se remete. É possível a contratação de fornecedores exclusivos ou a preferência por certas marcas, desde que essa seja a solução mais adequada para satisfazer as necessidades coletivas. Não se admite a opção arbitrária, destinada a beneficiar determinado fornecedor ou fabricante. A proibição não atinge, obviamente, a mera utilização de marca como instrumento de identificação de um bem – selecionado pela Administração em virtude de suas características intrínsecas. O que se proíbe é a escolha do bem fundada exclusivamente em uma preferência arbitrária pela marca, processo psicológico usual entre os particulares e irrelevante nos limites do direito privado.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 252)

18 Vide TCU. Acórdão nº 1.547-22/2004 – 1ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues e TCU. Acórdão nº 300/1998 – 1ª Câmara, Rel. Min.-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.

2.2 O catálogo eletrônico de padronização de compras, obras e serviços

A observância do princípio da padronização envolve e exige a criação e utilização de um catálogo eletrônico de padronização, conforme se extrai do art. 19 da Lei nº 14.133/21. Uma vez instituído, sua não utilização deverá ser justificada por escrito e anexada ao respectivo processo.¹⁹ Os diferentes órgãos e entidades poderão instituir cadastro próprio ou, a seu critério, utilizar o catálogo instituído pelo Poder Executivo Federal.²⁰ Em qualquer caso, o catálogo eletrônico de padronização integrará o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).²¹

O catálogo eletrônico de padronização é, pois, um sistema informatizado de gerenciamento centralizado e com indicação de preços, destinado a permitir a padronização de objetos serem adquiridos pela Administração Pública.²² Estará disponível para licitações²³ com julgamento pelos critérios menor preço ou maior desconto, contendo a documentação e os procedimentos próprios da fase interna, assim como as especificações dos respectivos objetos.²⁴ A especificação do objeto no termo de referência deverá se dar, preferencialmente, a partir do catálogo

eletrônico de padronização²⁵, que também conterá os produtos que houverem sido pré-qualificados nos termos do art. 80 da Lei nº 14.133/21.

Esse conjunto de objetos previamente especificados e padronizados a partir de níveis satisfatórios de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança, aferidos em experiências concretas e procedimentos objetivos, tende a melhorar a qualidade dos objetos contratados pela Administração e, conseqüentemente, a qualidade do gasto público.

2.3 O processo de padronização

Claramente, a padronização de objetos é um instrumento de eficiência da atividade administrativa, com redução de custos e otimização da aplicação de recursos, já que elimina variações tanto no tocante à seleção de produtos no momento da contratação como também na sua utilização, conservação, etc.²⁶

Para obtê-la, o art. 43 da Lei nº 14.133/21 impõe a observância de um processo, com alguns elementos obrigatórios, quais sejam: a) parecer técnico sobre o produto, consideradas especificações técnicas e estéticas, desempenho, análise de contratações anteriores, custo e condições de manutenção e garantia; b) despacho motivado da autoridade superior, com a adoção do padrão e c) síntese da justificativa e descrição sucinta do padrão definido, divulgadas em sítio eletrônico oficial.

Nota-se que o procedimento, o rito por meio do qual o processo de padronização se desenrolará, ficará a critério da Administração, que poderá regulamentá-lo. O regulamento deverá identificar, de forma clara, as formalidades para início e

19 Vide art. 19 da Lei nº 14.133/21.

20 Vide art. 19, inciso IV da Lei nº 14.133/21. A Portaria SEGES/ME nº 938, de 2 de fevereiro de 2022, institui o catálogo eletrônico de padronização do Poder Executivo Federal. Segundo estabelece, “[O]s órgãos e entidades da Administração Pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, quando executarem recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, deverão observar as regras desta Portaria.”

21 Vide §2º do art. 174 da Lei nº 14.133/21.

22 Vide art. 6º, inciso LV da Lei nº 14.133/21.

23 Não se vislumbra óbice à sua utilização nas contratações diretas igualmente, sempre que possível.

24 Vide §1º do art. 19 da Lei nº 14.133/21.

25 Vide art. 40, §1º, inciso I da Lei nº 14.133/21.

26 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 567.

término do procedimento, suas fases e os objetivos a serem alcançados em cada uma delas, prevendo, ainda, formas alternativas de divulgação dos seus resultados, como, por exemplo, no site do próprio órgão. Salienta-se que o processo, contudo, não poderá prescindir dos elementos listados, que poderão apenas sofrer apenas variações atreladas à natureza do objeto a ser padronizado – bem, serviço ou obra. Em linhas gerais, sugere-se:²⁷

1ª Fase: designação de comissão

2ª Fase: análise e diagnóstico da situação atual

3ª Fase: apuração das necessidades administrativas e exame de alternativas

4ª Fase: instauração do processo administrativo de padronização

5ª Fase: instrução do processo, incluindo a realização de testes, se necessário

6ª Fase: análise e relatório conclusivo

7ª Fase: despacho motivado da autoridade competente

8ª Fase: publicidade

Note-se que o processo de padronização não é contencioso, razão pela qual não se pode permitir que interessados tenham participação efetiva na defesa de seus produtos ou na impugnação dos que lhes

são concorrentes. Poderão, sim, contestá-lo pelos meios cabíveis, caso entendam haver qualquer ilegalidade, mas não reclamar sua participação durante o transcurso do processo.

A padronização, em si, pressupõe-se vantajosa para a Administração, o que não afasta, contudo, a necessidade de, no processo respectivo, ser avaliado o benefício econômico direto e as vantagens indiretas provenientes da padronização daquele determinado objeto.

A efetiva padronização requer a instituição “oficial” de um padrão, ou seja, a autoridade competente deverá declarar, em despacho fundamentado, a adoção do padrão conforme apurado no processo administrativo. Assim, no momento desta avaliação, a autoridade poderá: a) acolher o relatório e adotar o padrão; b) devolver o processo à Comissão para que realize diligência eventualmente entendida necessária; c) motivadamente, arquivar o processo caso discorde da padronização sugerida.

Por fim, o ato que instaurar a padronização – decreto, portaria ou ato da Mesa – deverá ser publicado em sítio eletrônico oficial,²⁸ após o que será possível adquirir o bem padronizado por meio de licitação, dispensa ou inexigibilidade, conforme o caso.

3. A possibilidade de adesão ao processo de padronização de outra Administração

Conforme já mencionado, a Lei nº 14.133/21 traz uma inovação no tocante à padronização. O § 1º do seu art. 43 estabelece

27 Sugestões com base no art. 43 da Lei nº 14.133/21 e nas pontuações efetuadas por Diogenes Gasparini, ao analisar hipótese específica com fundamento na Lei nº 8.666/93. (GASPARINI, Diogenes. Padronização - somente será legal se de seu processo de institucionalização restarem, como no caso, devidamente comprovadas suas vantagens administrativa, técnica e econômica. A exclusividade comprovada na prestação dos serviços de manutenção (retirada, recuperação e reinstalação) do equipamento padronizado é razão suficiente para a inexigibilidade de licitação. Disponível em: https://www.zenitefacil.com.br/pesquisaDocumento?task=GET_DOCUMENTO&idDocumento=DA2FA0CB-4A78-40A1-B039-E012796B0318&idAba=166&termoPesquisa=PADRONIZA%C3%87%C3%83O&termosCorrelatos=true&visaoEstendida=false&palavraContexto=AMPLO&expressao=true&termoURL=true. Acesso em: 5 jul. 2022).

28 Segundo o inciso III, do art. 43 da Lei, deve-se divulgar em sítio eletrônico oficial, a síntese da justificativa e descrição sucinta do padrão definido.

ser “permitida a padronização com base em processo de outro órgão ou entidade de nível federativo igual ou superior ao do órgão adquirente, devendo o ato que decidir pela adesão a outra padronização ser devidamente motivado, com indicação da necessidade da Administração e dos riscos decorrentes dessa decisão, e divulgado em sítio eletrônico oficial.” Significa que um órgão ou entidade poderá, valendo-se de padronização já implementada por outro, decidir padronizar o mesmo objeto, nos mesmos termos. Haverá, pois, um “aproveitamento” do processo de padronização alheio, mediante decisão fundamentada.

O procedimento, ao que nos parece, é similar à adesão ao sistema de registro de preços, razão pela qual também nos referimos a ele como “carona”. Por tal razão, possui potencial para produzir grandes benefícios, mas também, enseja cuidados.

Com efeito, a economia processual proporcionada pelo simples fato de ser possível aderir a uma padronização preexistente é algo a se comemorar. Isso fica ainda mais evidente quando se pensa na realidade de pequenas organizações, com estruturas mais reduzidas e demandas quantitativamente menores. Contudo, não se pode perder de vista que a padronização ocorre a luz de interesses específicos de uma dada organização e, por isso, a “carona” exige prévia avaliação da conveniência e a oportunidade de adotar os padrões estabelecidos pelo órgão ou entidade a cujo processo se pretende “aderir”.

Especialmente quando se estiver diante de padronização que conduza a uma determinada marca e/ou a um determinado fornecedor, haverá que se ter maior cuidado. Uma mesma marca pode se mostrar insuperável para atender o interesse público de uma organização, mas não ser estritamente necessária para atender ao interesse de outra, perdendo-se, pois, neste caso, a justificativa necessária à restrição da competição.

Sendo assim, a Administração que pretender aderir a uma padronização preexistente deverá demonstrar, em processo interno, o seu cabimento, considerando as próprias necessidades. O referido processo deverá conter parecer técnico que avalie a compatibilidade da padronização com a realidade da Administração, considerando eventuais riscos dela decorrentes²⁹, bem como despacho motivado da autoridade competente, de modo similar ao que estabelecem os incisos I e II do art. 43 da Lei.

Não é relevante, em nosso ver, o fato de a padronização ter sido realizada por Administração de outra esfera de governo, na chamada “adesão vertical”, desde que, rigorosamente, o modelo estabelecido atenda às necessidades da Administração aderente, com os cuidados acima mencionados.

Assim como ocorre no processo de padronização, a decisão de aderir e, portanto, padronizar as características ou a marca de determinado objeto com base em processo de padronização de outro órgão ou entidade deverá ser objeto de ato material e formalmente competente, conforme a natureza da Administração. A partir dela, os processos de contratação ocorrerão oportunamente, mediante licitação, dispensa ou inexigibilidade, conforme o caso.

29 Numa análise preliminar, podem ser identificadas algumas situações: a) o objeto não atender plenamente às necessidades da Administração; b) adquirir-se objeto de determinada marca, sem que haja justificativa suficiente para tanto, no âmbito das necessidades da Administração aderente; c) contratar-se por meio de inexigibilidade de licitação sem que a necessidade exclusiva de um determinado objeto seja efetivamente demonstrada no âmbito da Administração aderente; d) elevação de custos pela ausência de competitividade, já que há a possibilidade de que os licitantes apresentem propostas superiores às que formulariam se existisse um universo mais amplo de participantes da licitação.

4. Conclusão

A Lei nº 14.133/21 não muda a essência do instituto da padronização, já previsto na Lei nº 8.666/93, mas acrescenta em aspectos operacionais, o que deverá funcionar como incentivo a sua utilização.

Contudo, a Lei prevê os elementos essenciais do processo de padronização, mas não o seu procedimento, ou seja, o passo a passo para sua implementação, o qual deverá ser regulamentado pelas respectivas administrações que pretendam dele se beneficiar.

A novidade mais expressiva trazida pela nova Lei é a possibilidade de “adesão” ou “carona” em padronizações preexistentes, implementadas por outras Administrações. Esse novo instituto pode ser visto com bons olhos, diante do peculiar efeito de amplificar os benefícios da padronização a um maior número de organizações, reduzindo custos e externalidades negativas eventualmente decorrentes da falta de preparo de agentes, relacionada à condução do procedimento. Há que se ter cuidado, entretanto, para que a adesão seja corretamente motivada, especialmente demonstrando-se que a padronização a que se pretende aderir é compatível com as necessidades da Administração aderente e que não há risco de ofensa a normas e princípios que regem as contratações públicas, especialmente diante de padronização de marca que possa levar à contratação de um único fornecedor.

Referências

GASPARINI, Diogenes. “Padronização - somente será legal se de seu processo de institucionalização restarem, como no caso, devidamente comprovadas suas vantagens administrativa, técnica e econômica. A exclusividade comprovada na prestação dos serviços de manutenção (retirada, recuperação e reinstalação) do equipamento padronizado é razão suficiente para a inexigibilidade de licitação.” Disponível em: https://www.zenitefacil.com.br/pesquisaDocumento?task=GET_DOCUMENTO&idDocumento=DA2FA0CB-4A78-40A1-B039-E-012796B0318&idAba=166&termoPesquisa=PADRONIZA%C3%87%C3%83O&termosCorrelatos=true&visaoEstendida=false&palavraContexto=AMPLO&expressao=true&termoURL=true. Acesso em: 5 jul. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Licitação e contrato administrativo*. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MENDES, Raul Armando. *Comentários ao estatuto federal das licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MUKAI, Toshio. Parecer inédito dado para a Companhia Vale do Rio Doce em 25 de novembro de 1994. *Informativo Licitações e Contratos - ILC, Zênite, Consulta em Destaque - 628/66/AGO/99*

PEDRA, Anderson. OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. AMORIM, Victor. O Projeto da Nova Lei de Licitações e a Espada de Dâmocles: sanção versus veto e uma tentativa de contribuição ao PL nº 4.253/2020. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: 5 jul. 2022.

RODRIGUES, Eduardo Azeredo. O princípio da padronização. Disponível em: https://www.zenitefacil.com.br/pesquisaDocumento?-task=GET_DOCUMENTO&idDocumento=-28C27477-71BF-40AC-9261-2B80B4B3048B. Acesso em: 5 jul. 2022.

SANTOS, José Anacleto Abduch. A aplicação da nova Lei de Licitações depende da criação do Portal Nacional de Contratações Públicas? *Zênite Fácil*, categoria Doutrina. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 5 jul. 2022.

SOUTO MAIOR FILHO, Marcos Antônio. Princípio e processo de padronização e a utilização de marca. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 322, 25 maio 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5220>. Acesso em: 5 jul. 2022.

O USO DO CREDENCIAMENTO COMO MEDIDA DISRUPTIVA PARA O DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO SUS: SUPERANDO O FALSO PARADIGMA DE EFICIÊNCIA DO PREGÃO.

*Por Andryu Antônio Lemos da Silva Junior,
Anastácia Nadir Melo de Oliveira e Thiago Albuquerque Fernandes*

O USO DO CREDENCIAMENTO COMO MEDIDA DISRUPTIVA PARA O DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO SUS: SUPERANDO O FALSO PARADIGMA DE EFICIÊNCIA DO PREGÃO.

*Andryu Antônio Lemos da Silva Junior¹,
Anastácia Nadir Melo de Oliveira² e Thiago
Albuquerque Fernandes³*

RESUMO: Trata-se de artigo que tem o objetivo de possibilitar ao leitor uma nova forma de enxergar as contratações públicas voltadas para a saúde pública, com a reflexão sobre uso do procedimento auxiliar de credenciamento como medida eficiente implementação de políticas públicas pelo SUS.

PALAVRAS-CHAVES: Nova Lei de Licitações e Contratos. Procedimento Auxiliar. Credenciamento. Marketplace. Fornecimento de Medicamentos.

Junho de 2023 | RECIFE – PE

1 Advogado e Consultor, Especialista em Planejamento e Gestão Pública, Especialista em Licitações e Contratos Administrativos. Gerente Jurídico de Licitações e Contratos no Município do Jaboatão dos Guararapes.

2 Agente de Contratação em exercício no Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos, Bacharel em Administração Pública pela Universidade Estadual da Paraíba, Especialista em Licitações e Contratos Administrativos.

3 Advogado, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Pós-graduado com MBA em Gestão Pública. Subprocurador Geral do Município do Jaboatão dos Guararapes.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 definiu, em seu artigo 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Para atingir este objetivo, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com as diretrizes de descentralização, atendimento integral e participação popular, respeitando os princípios de universalidade, integralidade e igualdade, firmados na própria Constituição.⁴

A forte pressão de movimentos civis e sociais, na década de 80, fez com que a Constituição Federal de 1988 dedicasse um capítulo inteiro à saúde, prevendo que ela deveria ser universal, gratuita e de acesso igualitário a todos.⁵

Como é cediço, o direito à saúde constitui direito fundamental, tendo sido fixado como cláusula pétrea na atual conjuntura constitucional, nos termos do Art. 60,

§4º do mesmo diploma⁶, o que significa, portanto, que não pode ser alterado nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição (PEC).

De tal sorte, o SUS, enquanto um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, visa concretizar o direito fundamental à saúde previsto constitucionalmente, que não somente prevê a saúde enquanto direito de todos, mas como um dever do Estado.

Nos termos das pesquisas realizadas pelo Ministério da Saúde⁷, o SUS é o único

4 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 Junho.2023

5 Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2021-1/setembro/maior-sistema-publico-de-saude-do-mundo-sus-completa-31-anos>.

6 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 Junho.2023.

7 Ibidem.

sistema de saúde pública do mundo que atende mais de 190 (cento e noventa) milhões de pessoas - 80% delas dependem, exclusivamente, dos serviços públicos para qualquer atendimento de saúde. Apesar disso, todos podem usar o SUS, gratuitamente, porque seus princípios são a integralidade, a igualdade e a universalidade.

Ao longo dessas décadas de existência, o SUS avançou historicamente com medidas como a descentralização e a municipalização de ações e serviços, o fortalecimento da atenção básica; a ampliação de ações de prevenção a doenças; o investimento em pesquisa e desenvolvimento científico-tecnológico de equipamentos e insumos estratégicos, como vacinas e medicamentos; o desenvolvimento de sistemas de informação e de gestão para monitorar resultados; a ampliação no número de trabalhadores em saúde e a maior participação e controle social, por meio da atuação efetiva dos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde.

Entretanto, apesar de se concretizar enquanto um modelo de política pública a ser seguido, o Sistema Público de Saúde Brasileiro ainda enfrenta desafios. É neste ponto, que as licitações e contratos deste setor merecem atenção.

O modelo burocrático das contratações públicas, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, tem sido alvo constante de críticas pelos gestores públicos, em virtude das inúmeras dificuldades enfrentadas na instrumentalização dos processos de contratação, como único caminho necessário para o desenvolvimento das políticas públicas.

O impacto provocado pela pandemia de Covid-19 acentuou o referido cenário, ocasionando inflação alta e generalizada nos hospitais gerais do SUS pelo Brasil, com aumentos de até 528% nos preços de materiais médico-hospitalares e 410% no de medicamentos usados para tratar os

doentes. A conclusão é de uma pesquisa inédita liderada pelo Instituto Brasileiro das Organizações Sociais de Saúde (Ibross) e realizada em parceria com a GO Associados. O Ibross representa 21 Organizações Sociais que mantêm contratos de gestão com estados e municípios brasileiros.⁸

Com o surgimento da Nova Lei Geral de Licitações e Contratos, Lei Federal nº 14.133/2021, publicada no dia 01 de abril de 2021, volta à tona novamente, o drama dos gestores em busca de soluções para superar as burocracias e a ausência de efetividade no modelo de compras públicas adotado pelos diversos órgãos integrantes do SUS no país.

Nesse sentido, na tentativa de buscar soluções para esse problema, que vem perdurando ao longo de várias décadas, o presente estudo se propõe a apresentar soluções legais, para uma possível implantação de um sistema de e-commerce governamental, através do procedimento auxiliar de credenciamento, instituído legalmente no artigo 78, inciso I, da Lei Federal nº 14.133/21⁹, como alternativa eficiente às dificuldades de contratualização junto ao mercado fluído dos insumos de saúde.

2. OS DESAFIOS E DIFICULDADES DO DESENVOLVIMENTO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE NO BRASIL PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Em 1988, foi aprovada a “Constituição Cidadã”, que estabelece a saúde como “Direito de todos e dever do Estado” e apresenta, na sua Seção II, como

⁸ Disponível em: <https://medicinasa.com.br/custos-de-hospitais-publicos>.

⁹ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm.

pontos básicos: “as necessidades individuais e coletivas são consideradas de interesse público e o atendimento um dever do Estado; a assistência médico sanitária integral passa a ter caráter universal e destina-se a assegurar a todos o acesso aos serviços; estes serviços devem ser hierarquizados segundo parâmetros técnicos e a sua gestão deve ser descentralizada.” Estabelece, ainda, que o custeio do Sistema deverá ser essencialmente de recursos governamentais da União, estados e municípios, e as ações governamentais submetidas a órgãos colegiados oficiais, os Conselhos de Saúde, com representação paritária entre usuários e prestadores de serviços (BRASIL, 1988).¹⁰

O SUS transformou-se ao longo pouco mais dessas três décadas, no maior projeto público de inclusão social: com uma média 190 milhões de pessoas atendidas em 95% dos municípios, bilhões de procedimentos de saúde realizados, milhares de consultas, internações, atendimentos odontológicos e exames laboratoriais. São números impressionantes para a população atual, em marcante contraste com aproximadamente metade da população excluída antes dos anos oitenta, a não ser pequena fração atendida eventualmente pela caridade das Santas Casas.¹¹

Os referidos avanços só tornaram-se possíveis, graças à profunda descentralização de competências com ênfase na municipalização, com a criação e funcionamento das comissões Intergestores (Tripartite nacional e Bipartites estaduais), dos fundos de saúde com repasses fundo a fundo, com a extinção do INAMPS unificando a direção em cada esfera de governo, com a criação e funcionamento dos conselhos de saúde e, fundamentalmente, com o belo

10 Reis, Denizi Oliveira; Araújo, Eliane Cardoso de; Cecílio, Luiz Carlos de Oliveira. Políticas Públicas de Saúde no Brasil: SUS e pactos pela Saúde / Public Health Policies in Brazil: SUS and pacts for Health.

11 Ibidem.

contágio e a influência dos valores éticos e sociais da política pública do SUS perante a população usuária, os trabalhadores de saúde, os gestores públicos e os conselhos de saúde, levando a grandes expectativas de alcançar os direitos sociais e decorrentes força e pressão sociais.¹²

No início de setembro de 2020, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgou os dados da Pesquisa Nacional de Saúde, que entrevistou milhares de pessoas em todos os estados e nas regiões do Brasil em 2019. Trata-se da segunda edição da pesquisa feita pela primeira vez em 2013. Mesmo sendo referente ao ano anterior, a pesquisa reforça o papel do sistema público no atendimento à população e no combate às doenças.¹³

Isso porque um dos primeiros dados que chama a atenção na publicação é o de que 71,5% dos brasileiros – o que corresponde a mais de 150 milhões de pessoas – não possuem qualquer serviço de saúde suplementar, como planos médicos-hospitalares ou odontológicos. O indicador não apresentou grande oscilação em relação à edição anterior, quando 72,1% dos brasileiros afirmaram ter acesso apenas ao SUS.¹⁴

Sobre os dados gerais, é interessante observar, também, que a parcela de domicílios cadastrados em Unidades de Saúde da Família aumentou 6,7 pontos percentuais na comparação com 2013 – aumentou de 53,3% para 60%. As unidades básicas foram os destinos favoritos dos brasileiros para procurar serviços de saúde, sendo a preferência de 46,8% dos entrevistados. Logo depois, vieram os consultórios de médicos particulares e clínicas privadas, com 22,9%.¹⁵

12 SANTOS, N. Desenvolvimento do SUS, rumos estratégicos e estratégias para visualização dos rumos. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 429-435.

13 Disponível em: <https://summitsaude.estadao.com.br/desafios-no-brasil/aceso-a-saude-150-milhoes-de-brasileiros-dependem-do-sus>.

14 Ibidem

15 Ibidem

As Unidades de Pronto Atendimento (UPAs) têm 14,1% da preferência, e os centros de especialidades, policlínicas públicas ou ambulatorios de hospitais públicos têm 8,9%. Por fim, os pronto-atendimentos de hospitais privados são procurados por 4,4% dos brasileiros.¹⁶

Apesar do reconhecimento constitucional do direito à saúde e dos incontestáveis resultados positivos, conforme demonstrado na pesquisa realizada pelo IBGE, a garantido direito à saúde está longe de ter sido alcançada no cotidiano da vida dos cidadãos, registrando-se a persistência e a emergência de problemas de saúde e de lacunas e falhas dos serviços, inaceitáveis em sociedades civilizadas.

O insucesso na etapa de implementação de uma política pública é um grave problema que acarreta prejuízos para a população, entre eles a frustração de uma necessidade pública que deveria ser suprida. Esta necessidade é caracterizada quando os problemas são identificados e priorizados na agenda de políticas do governo, havendo o planejamento e a apresentação das possíveis soluções na formulação da política, com a devida tomada de decisão de implementação e a definição de caminhos, ações e metas a serem atingidas.

A etapa da “implementação” da política pública, que envolve execução de processos administrativos, execução de recursos públicos, compras e contratações de terceiros, alocação de pessoal e de tecnologias, é a etapa em que se coloca em prática todo o tecnicismo da máquina administrativa e burocrática, envolvendo uma complexa habilidade de condução da engrenagem da gestão pública.

É bastante comum que hajam várias necessidades de compras e contratações de objetos distintos para a devida implementação

de uma determinada política pública. Para isso, é necessária a realização da conexão dos processos e do processamento numa perspectiva sistêmica, para que se atinjam os objetivos e as metas definidas, o que requer um forte mecanismo de governança em todas as etapas dos processos de contratações, ou seja, no planejamento, na seleção do fornecedor e na execução contratual.

Como exemplos práticos desta necessidade complexa de realizar compras e contratações de terceiros de forma eficiente, conexa e integrada, demandando uma governança sistêmica dos processos para a devida implementação de uma política pública, cita-se o caso da política pública, desenvolvida no Estado de Pernambuco, que pretende-se investigar:

a) Política Pública de expansão da Rede Municipal de Saúde do Município do Jaboatão dos Guararapes nos anos de 2017 a 2020 - que demandou o processamento sistêmico de: 16 licitações para contratação de empresas para construção de unidades de saúde no valor total de R\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais); 02 Licitações para contratação de empresas para construção das duas etapas da maternidades pública do Município no valor total de R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais); 04 Licitações de aquisição de medicamentos diversos no valor total de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais); 04 Licitações de aquisição de materiais médico-hospitalares no R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais).¹⁷ Totalizando um investimento de R\$ 29.000.000,00 (vinte e nove milhões de reais).

¹⁷ Fonte: do Portal da Transparência do Município do Jaboatão dos Guararapes. Disponível em: <https://jaboatao.pe.gov.br/portal-da-transparencia-3/>. Acesso em 01/09/2020.

¹⁶ Ibidem

Ao longo de várias décadas, continuam a persistir os mesmos problemas relacionados a falta de medicamentos, ausência de material médico hospitalar, alto custo na manutenção de unidades de saúde, levando os gestores a buscar soluções que, por ventura, ultrapassem as barreiras constatadas ao longo desses poucos mais de 30 anos de existência do SUS.

Segundo o relatório sistêmico de fiscalização da saúde, lançado pelo TCU no ano de 2014, através do TC 032.624/2013-1 (Acórdão 693/2014 - Plenário - Sessão: 26/03/2014 - Relator Ministro Benjamin Zymler), no tópico referente à avaliação dos hospitais visitados quanto à frequência com que ocorrem restrições na realização de procedimentos em função da falta de medicamentos e insumos, concluiu-se que “a ampla cadeia de agentes e procedimentos envolvidos na gestão de medicamentos e insumos expõe o processo a uma gama de eventos de riscos, que vão desde a intempestiva identificação dos baixos volumes de estoques até a perda de validade por falhas de distribuição desses materiais e fármacos às unidades hospitalares.”¹⁸

Demonstrando-se a gravidade do excesso de formalidades das licitações e seu impacto na saúde, é que, de acordo com o Relatório, gestores de 25 dos 116 hospitais visitados responderam que a falta de medicamentos e insumos restringia-se a realização de procedimentos ou cirurgias em suas unidades.¹⁹

18 <https://portal.tcu.gov.br/tcucidades/publicacoes/detalhes/fisc-saude-relatorio-sistemico-de-fiscalizacao-2014.htm>.

19 Ibidem.

Outrossim, de acordo com o Artigo “Avaliação dos desfechos em processos licitatórios na modalidade pregão eletrônico de um hospital universitário” publicado na Revista de Administração em Saúde, em julho de 2019, após levantamento e análise dos pregões eletrônicos para aquisição de medicamentos do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (HCFMUSP), a pesquisa concluiu que “Dos 984 itens licitados, 496 (50,41%) tiveram sucesso no processo de aquisição, porém 488 itens (49,59%) tiveram a compra fracassada (...)”.²⁰

Nesse sentido, com o fracasso na compra dos medicamentos, o certame é repetido, o que acarreta desabastecimento dos estoques nos setores hospitalares, além de maior custo e tempo dispendido por parte da Administração Pública, o que repisa a ineficácia da legislação vigente para a Saúde.

Diante das peculiaridades e dinâmicas inerentes à gestão da saúde pública no Brasil, o procedimento licitatório em vigor se demonstra insuficiente.

As formalidades, atualmente, previstas pelo legislador na Lei nº 14.133/21, apesar de “satisfazerem o processo de contratação pública” sob prisma dos steps de controle, não se apresentam como solução viável ao desenvolvimento das políticas públicas de saúde, pois, ao fim, esvazia-se o sentido das regras, ora em vigor, ao perceber-se que as hipóteses de exceção previstas no sistema, se demonstram mais eficazes e implementáveis para o cumprimento do objetivo-fim do sistema de saúde: salvar vidas.

20 ARANTES, Tiago. SFORSIN, Andréa Cássia Pereira. PINTO, Vanusa Barbosa. MARTINS, Maria Cleusa. Avaliação dos desfechos em processos licitatórios na modalidade pregão eletrônico de um hospital universitário. Rev. Adm. Saúde (On-line), São Paulo, v. 19, n. 76: e174, jul. - set. 2019, Epub 23 jul. 201.

3. A INEFICIÊNCIA DO MODELO ORDINÁRIO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS PELO SUS E A SUPERAÇÃO DO MODELO PREGÃO ELETRÔNICO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no art. 37, *caput* e inciso XXI, determina a obrigatoriedade, para toda a Administração Pública, da abertura de processo licitatório para a contratação de obras, serviços e compras, ressalvados os casos especificados na Lei, obedecendo-se, assim, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

A realização de contratos pela Administração Pública exige, em regra, a obediência ao certame licitatório (princípio da obrigatoriedade). Contudo, há exceções a esta obrigatoriedade que encontram fundamento no próprio texto constitucional, uma vez que o inciso XXI do art. 37, da Constituição Federal, ao estabelecer a obrigatoriedade do procedimento de licitação para os contratos feitos pela Administração, já inicia seu texto com a ressalva aos casos especificados na legislação.²¹

“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 estabele-

çam 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.” (CF, inciso XXI do artigo 37).

Importante frisar que o princípio da obrigatoriedade (de licitar) se manifesta sobre duas perspectivas, a burocrática e a democrática.²²

Pela **perspectiva burocrática**, o princípio da obrigatoriedade estabelece ao Poder público o compromisso de realizar licitações para contratar obras, serviços, compras e alienações, ressalvadas as hipóteses admitidas pela legislação (contratação direta).²³

Pela **perspectiva democrática**, o princípio da obrigatoriedade impõe que seja protegido o direito dos particulares de, consagrada a isonomia, ter resguardada a possibilidade de participação na seleção necessária ao atendimento daquela pretensão contratual da Administração Pública, de acordo com as condições e exceções previstas pela legislação.²⁴

O próprio constituinte admite ressalva ao princípio da obrigatoriedade, nas hipóteses especificadas pela legislação. Importante frisar que essa condição para admitir-se a ressalva (previsão legal), não se restringe à obrigatoriedade, sob sua perspectiva burocrática. As ressalvas à obrigatoriedade, em sua perspectiva democrática, também exigem fundamento legal.

Desde o Decreto-Lei 2.300/86, posteriormente seguidos pelas Leis nº 8.666/93 e Lei nº 14.133/21, a legislação brasileira vem estabelecendo ritos procedimentais repletos

21 TORRES, Ronny Charles Lopes. O princípio da obrigatoriedade de licitar em suas perspectivas burocrática e democrática. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 4976, 14 fev. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39860>. Acesso em: 11 jun. 2023.

22 TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 6ª edição. Salvador: Jus podivm, 2014.

23 Ibidem.

24 Ibidem.

de controles para a seleção do fornecedor apto ao atendimento da pretensão contratual²⁵, sem qualquer preocupação com os custos transacionais advindos de tais procedimentos e a baixa eficiência e disfuncionalidade de tais exigências. O resultado fático é que os “processos adjudicatórios brasileiros tendem a gerar custos de transação extraordinários e a inibir a competição”²⁶.

Mesmo no campo doutrinário houve pouco debate sobre as evidentes disfuncionalidades do regime licitatório tradicional, pois, poucas vezes, aprofundou-se numa análise econômica que tentasse “explicar, prever e entender o comportamento dos atores envolvidos nos processos de contratação pública”²⁷.

Com as recentes mudanças tecnológicas e mercadológicas, a defasagem do formato tradicional de licitação e contratação, com seu caráter nitidamente analítico, burocrático e detalhista, ficou, cada vez mais, patente. Essa situação se agigantou com as dificuldades vivenciadas no ano de 2020, pelo enfrentamento à pandemia decorrente do Coronavírus. A necessidade de contratações eficientes e céleres, diante de um momento de turbulência no mercado, ampliou as evidências das disfuncionalidades do sistema de compras governamentais brasileiro.²⁸

25 TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações comentadas*. 12ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021. P. 47.

26 GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA, Egon Bockmann. A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente. *R. de Dir. Público da Economia – RDPE* | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 39-73, jan./mar. 2020. Publicação original na Revista de Contratos Públicos do CEDIPRE (Universidade de Coimbra).

27 NÓBREGA, Marcos. JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova Lei de licitação e o problema da seleção adversa. *R. bras. de Dir. Público – RBDP* | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020.

28 FIUZA, Eduardo; SANTOS, Felipe Vilaça Loureiro; LOPES, Virgínia Bracarense; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *Compras públicas centralizadas em situações de emergência e calamidade pública*.

A pandemia de Covid-19 provocou uma inflação alta e generalizada nos hospitais gerais do SUS (Sistema Único de Saúde) pelo Brasil, com aumentos de até 528% nos preços de materiais médico-hospitalares e 410% no de medicamentos usados para tratar os doentes. A conclusão é de uma pesquisa inédita liderada pelo Instituto Brasileiro das Organizações Sociais de Saúde (Ibross) e realizada em parceria com a GO Associados. O Ibross representa 21 Organizações Sociais que mantêm contratos de gestão com estados e municípios brasileiros.²⁹

O “Estudo sobre o Impacto da Pandemia da Covid-19 nos custos do setor de saúde”, finalizado em junho deste ano, a partir dos dados coletados junto às associadas do Ibross, aponta para uma quebra estrutural da série histórica dos preços das medicações e dos materiais médico-hospitalares nos hospitais públicos após o início da pandemia. “Foram encontradas evidências estatísticas de que houve uma quebra estrutural nas séries de preços a partir de maio de 2020, isto é, que a partir desse mês as séries se comportaram de maneira diferente da sua tendência apresentada entre 2018 e 2019”, diz o relatório.³⁰

Os referidos números, demonstrados anteriormente, atestam a exorbitante oscilação existente no mercado dos insumos de saúde, o que tem acarretado uma disfuncionalidade na utilização dos procedimentos ordinários para seleção dos eventuais interessados em contratualizar com a Administração Pública.

Em recente pesquisa, realizada num Hospital Universitário Federal, restou constatado que de um total de 182 processos licitatórios, tendo sido adotado como modalidade o pregão eletrônico, dos 984

29 Disponível em: <https://medicinasa.com.br/custos-de-hospitais-publicos>. Acesso em 10/06/2023.

30 Ibidem.

itens licitados, 496 (50,41%) tiveram sucesso no processo de aquisição, porém, 488 itens (49,59%) tiveram a compra fracassada.³¹

Nessa mesma pesquisa, restou demonstrado que apesar dos 488 medicamentos terem o processo fracassado, sendo que 303 ocorreram devido aos preços praticados pelos licitantes terem sido considerados inaceitáveis pela instituição; 80 foram desertos (itens que não tiveram nenhuma proposta, ou seja, ausência de licitantes interessados em fornecer os medicamentos); 29 foram revogados pela instituição; 29 por apresentar o Certificado de Boas Práticas de Fabricação (CBPF) com validade expirada; 13 por apresentar CBPF com endereço do polo fabril diferente do registrado na bula do produto; 7 não apresentaram o CBPF; 5 se identificaram na proposta, 3 apresentaram o registro do medicamento com a validade expirada; 3 apresentaram a proposta com validade inferior a requisitada no edital; 2 não apresentaram a bula do produto; 1 apresentou a documentação ilegível impossibilitando a análise do parecerista; 4 (0,82%) foram propostas de farmácia de manipulação e 9 (1,84%) fracassaram na fase de habilitação por problemas relacionados à documentação exigida.³²

Restou devidamente comprovado que o discurso de eficiência em face da utilização da modalidade pregão nos processos de aquisição de bens e serviços comuns, trata-se, mais uma vez, de uma falácia construída sob prisma da falsa economia ocasionada por disputas que, muitas vezes, beiram o razoável, tendo como consequência o problema da seleção adversa que tanto tem assombrado as contratações públicas do país.

31 ARANTES, Tiago. SFORSIN, Andréa Cássia Pereira. PINTO, Vanusa Barbosa. MARTINS, Maria Cleusa. Avaliação dos desfechos em processos licitatórios na modalidade pregão eletrônico de um hospital universitário. *Rev. Adm. Saúde (On-line)*, São Paulo, v. 19, n. 76: e174, jul. - set. 2019, Epub 23 jul. 2011.

32 Ibidem.

4. O USO DO CREDENCIAMENTO COMO MEDIDA DISRUPTIVA PARA IMPLEMENTAÇÃO DE UM E-COMMERCE GOVERNAMENTAL NO SUS.

Historicamente, o credenciamento vem sendo utilizado para instrumentalizar contratações por inexigibilidade. A Nova Lei não fez essa vinculação explícita, ao apresentar a definição legal para o credenciamento, mas parece indicar que ele precederá uma contratação direta, ao estabelecer uma contratação direta.³³

Conforme definição presente no artigo 79 da Lei nº 14.133/21, o credenciamento pode ser definido 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, credenciem-se no órgão responsável pelo desenvolvimento da política pública, para posteriormente, quando convocado, executar o objeto determinado no instrumento.

O arcabouço legal instituído pela Lei nº 14.133/2021, em relação ao credenciamento, permitiu grandes avanços, ampliando, inclusive, as formas de utilização do referido procedimento auxiliar. Se antes, a adoção do credenciamento estava adstrita a potencial contratação de todos os prestadores aptos e interessados em realizar determinado serviço, quando o interesse público foi melhor atendido com a contratação do maior número possível de prestadores simultâneos; atualmente, a Nova Lei de Licitações e Contratos admite o credenciamento não apenas para ulterior

33 TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. Salvador: JusPodivm, 2021. p.451.

contratação de serviços, mas também para fornecimento de bens (aquisições).³⁴

De qualquer forma, deve o fornecimento ou serviço adequar-se às hipóteses de contratações descritas no artigo 78. Nesse sentido, restou instituída pelo legislador a possibilidade de utilização do procedimento auxiliar de credenciamento para atendimento de pretensões contratuais relacionadas a “mercados fluidos”, nos quais, cotidianamente, se faz presente uma oscilação exponencial nos valores praticados pelo mercado, tornando inviável a utilização do procedimento licitatório como forma de selecionar a proposta mais vantajosa para a administração.

A referida hipótese foi recebida com bastante entusiasmo pela doutrina³⁵, tendo em vista que rompe com a premissa outrora estabelecida pela doutrina e jurisprudência, de que a administração deveria definir os preços de contratação dos credenciados a serem contratados.

Em mercados fluidos, como o de “medicamento e material médico” hospitalar, a tendência é que a administração precise se adaptar ao regime de preços dinâmicos em suas contratações.³⁶ Os preços dinâmicos, também chamados de preços em tempo real ou preços algorítmicos, são flexíveis e variáveis com base na demanda, oferta, preço da concorrência, preços de produtos substitutos ou complementares, podendo mudar, inclusive, de cliente para cliente.³⁷

34 — RIBEIRO, Juliana Almeida. Inexigibilidade de licitação e o credenciamento de serviços. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2809, 11 mar. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18683>. Acesso em: 13 jun. 2023.

35 — NOBREGA, Marcos. TORRES, Ronny Charles L. de. A nova lei de licitações, credenciamento e e- marketplace o turning point da inovação nas compras públicas. 2020. Disponível em <https://www.olicitante.com.br/e-marketplace-turning-point-inovacao-compras-publicas>. Acesso em: 13 jun. 2023.

36 — Ibidem.

37 — AIMULTIPLE, Dynamic pricing: What it is, Why it matters e Top Pricing Tools. Apud TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 456.

Se o mercado intuitivamente faz isso com regras algorítmicas de precificação, essa variação assume feições ainda mais dinâmicas, induzindo flexibilidade e ajustes de preços flexíveis, de maneira até individualizada, fato este que, o modelo de contratações ordinariamente utilizado pela administração, não permite.

A dinamicidade dos processos relacionados ao mercado de saúde restou evidenciada, ainda mais, após o período pandêmico ocasionado, mundialmente pelo vírus Sars-Cov-2(covid-19), a alta do dólar e do preço da matéria-prima e, até mesmo, o comprometimento das linhas de produção, fatores que podem ter contribuído com o reajuste anual do mercado de saúde mundial.

Diante dessa nova realidade enfrentada pelos gestores e do aumento da assimetria de informações enfrentado por esses, durante a construção dos processos licitatórios, é chegada a hora da implementação de novas soluções de gestão, rompendo com o paradigma de eficiência do pregão, o qual, ao longo dos anos, tem se mostrado como uma medida antieconômica e ineficiente.

Apesar da Lei nº 14.133/2021 não ter instituído expressamente a modelagem de e-marketplace, a doutrina dos Professores Marcos Nóbrega e Ronny Charles, entende ser possível a implantação do referido instituto através do arcabouço legal determinado no âmbito do procedimento auxiliar de credenciamento.

Não há qualquer tipo de impedimento legal para que a Administração Pública, através de um ambiente virtual devidamente parametrizado com o regulamento instituído pelo órgão competente, transacione com eventuais interessados em fornecer bens ou serviços ao Poder Público.

Em sede do Governo Federal, teve-se uma experiência extremamente exitosa com a utilização do credenciamento para

aquisição de passagens aéreas, tendo em vista a volatilidade do mercado ser similar ao que a Administração Pública tem se deparado no mercado de saúde.³⁸

Para grandes desafios é preciso inovar, adotando-se medidas disruptivas, haja vista que Administração não pode virar as costas para as soluções bem-sucedidas que o mercado privado tem apresentado no campo virtual.

No geral, a implementação dessas plataformas eletrônicas, para as relações estabelecidas entre a Administração Pública e os Administrados (*e-government*), permite vários benefícios para as compras públicas, como: maior eficiência; redução dos custos; maior celeridade nos processos de aquisição; ampliação na competitividade; diminuição da assimetria de informações entre a administração e o mercado; menos burocracia.³⁹

5. CONCLUSÃO

Diante da proposição do presente artigo, que fora a provocação do leitor quanto a um novo olhar sob a perspectiva das modelagens de contratações públicas para implementação de políticas de saúde pública, discorre-se acerca da possibilidade da utilização do instrumento auxiliar, previsto no art. 79 da Lei Federal 14.133/21, o Credenciamento como alternativa viável aos procedimentos massificados de processos de contratação de bens e serviços, a exemplo do Pregão, quanto a aspectos relacionados à

38 SILVA, Michelle Marry Marques da; LOPES, Virgínia Bracarense. O procedimento auxiliar do credenciamento: sua relação com a centralização de compras e sua formatação na nova lei de licitações e contratos administrativos. In: LOPES, Virgínia Bracarense; SANTOS, Felipe Vilaça Loureiro. Compras públicas centralizadas no Brasil: teoria, prática e perspectivas. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p.283.

39 NOBREGA, Marcos. TORRES, Ronny Charles L. de. A nova lei de licitações, credenciamento e e- marketplace o turning point da inovação nas compras públicas. 2020. Disponível em <https://www.licitante.com.br/e-marketplace-turning-point-inovacao-compras-publicas>. Acesso em: 13 jun. 2023.

definição de preços exequíveis, celeridade na seleção de fornecedores e alternatividade de opções diante de rescisões contratuais.

Assim, buscou-se abordar o contexto da Saúde Pública no Brasil, a criação do Sistema Único de Saúde – SUS, bem como as precariedades que lhe são peculiares quanto a demandas de usuários não atendidas. Identificou-se que boa parte das demandas não atendidas são ocasionadas pelo insucesso nos processos de contratação de bens e serviços de saúde pública, tais como: medicamentos, materiais médico-hospitalares e serviços de saúde em geral para a população.

Nesse sentido, com a o advento da Lei 14.133/21, mais precisamente o supracitado art. 79, que trata do procedimento auxiliar do Credenciamento, chamou a atenção para que se pudesse haver uma disrupção do modelo tradicional de contratação de bens e serviços para a saúde pública, tendo em vista que tal modelo, principalmente no pós-pandemia, vinha gerando ineficiência na implementação das políticas públicas pelos altos índices de processos desertos, fracassados ou, ainda, processos que geravam rescisão ou inexecução contratual.

Dessa forma, o Procedimento Auxiliar do Credenciamento se mostrou com potencial viabilidade para a criação de um ambiente de e-commerce governamental no SUS, trazendo as soluções necessárias para as demandas não efetivadas pelos processos de compras e contratações processadas por meio do Pregão, inclusive, com a possibilidade de se criar o e-commerce fluido, dentro da perspectiva que apontou-se de que a aquisição de medicamentos e materiais médico-hospitalares se adequam ao conceito de “mercado fluido” trazido pelo inciso III do art. 79 da Lei 14.133/21.

Podemos concluir, que o Credenciamento assumi um importante papel de disrupção no modelo ordinário

de contratações de bens e serviços para o SUS, gerando a contratação direta por inexigibilidade de licitação dos fornecedores credenciados, se tornando plenamente viável e eficiente em virtude das seguintes variáveis:

- a) Respeita o mandamento Constitucional do art. 37, XXI, quanto ao dever de licitar, tendo em vista que é um “caso ressaltado em lei” e obedece os pressupostos da seleção pública “democrática” e “burocrática”.
- b) Resguarda os objetivos gerais da contratação pública da seleção da proposta apta a gerar o resultado mais vantajosos para a administração, dentro de uma perspectiva de isonomia entre os participantes, com o aditivo final de evitar contratações inexequíveis ou com sobrepreço.
- c) Evita contratações diretas com fundamento na urgência e emergência, haja vista sua amplitude de fornecedores credenciados aptos a atender as necessidades da população.
- d) Mitiga em diversos aspectos, o problema da seleção adversa, ocasionada pelo modelo da contratação ordinário através da modalidade pregão, que tem sido palco de disputas irracionais, proporcionando um ambiente de insegurança e ineficiência no desenvolvimento das políticas públicas no âmbito do SUS.

6. REFERÊNCIAS

ARANTES, Tiago. SFORSIN, Andréa Cássia Pereira. PINTO, Vanusa Barbosa. MARTINS, Maria Cleusa. Avaliação dos desfechos em processos licitatórios na modalidade pregão eletrônico de um hospital universitário. Rev. Adm. Saúde (On-line), São Paulo, v. 19, n. 76: e174, jul. - set. 2019, Epub 23 jul. 201.

AIMULTIPLE, Dynamic pricing: What it is, Why it matters e Top Pricing Tools. Apud TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 456.

FIUZA, Eduardo; SANTOS, Felipe Vilaça Loureiro; LOPES, Virgínia Bracarense; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Compras públicas centralizadas em situações de emergência e calamidade pública.

GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA, Egon Bockmann. A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente. R. de Dir. Público da Economia - RDPE | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 39-73, jan./mar. 2020. Publicação original na Revista de Contratos Públicos do CEDIPRE (Universidade de Coimbra).

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 de Junho.2023

<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2021-1/setembro/maior-sistema-publico-de-saude-do-mundo-sus-completa-31-anos>. Acesso em: 02 Junho.2023

https://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 04 de Junho.2023

<https://summitsaude.estadao.com.br/desafios-no-brasil/aceso-a-saude-150-milhoes-de-brasileiros-dependem-do-sus>. Acesso em: 30 de Maio.2023

<https://portal.tcu.gov.br/tcucidades/publicacoes/detalhes/fisc-saude-relatorio-sistmico-de-fiscalizacao-2014.htm>. Acesso em: 5 de Junho 2023.

<https://medicinasasa.com.br/custos-de-hospitais-publicos>. Acesso em: 10 de Junho 2023.

NÓBREGA, Marcos. JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova Lei de licitação e o problema da seleção adversa. R. bras. de Dir. Público – RBDP | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020.

NOBREGA, Marcos. TORRES, Ronny Charles L. de. A nova lei de licitações, credenciamento e e-marketplace o turning point da inovação nas compras públicas. 2020. Disponível em <https://www.olicitante.com.br/e-marketplace-turning-point-inovacao-compras-publicas>. Acesso em: 13 jun. 2023.

Portal da Transparência do Município do Jabotão dos Guararapes. Disponível em: <https://jaboatao.pe.gov.br/portal-da-transparencia-3/>. Acesso em 01/09/2020.

REIS, Denizi Oliveira; Araújo, Eliane Cardoso de; Cecílio, Luiz Carlos de Oliveira. Políticas Públicas de Saúde no Brasil: SUS e pactos pela Saúde / Public Health Policies in Brazil: SUS and pacts for Health.

RIBEIRO, Juliana Almeida. Inexigibilidade de licitação e o credenciamento de serviços. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2809, 11 mar. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18683>. Acesso em: 13 jun. 2023.


SILVA, Michelle Marry Marques da; LOPES, Virgínia Bracarense. O procedimento auxiliar do credenciamento: sua relação com a centralização de compras e sua formatação na nova lei de licitações e contratos administrativos. In: LOPES, Virgínia Bracarense; SANTOS, Felipe Vilaça Loureiro. Compras públicas centralizadas no Brasil: teoria, prática e perspectivas. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p.283.

SANTOS, N. Desenvolvimento do SUS, rumos estratégicos e estratégias para visualização dos rumos. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 429-435.

TORRES, Ronny Charles Lopes. O princípio da obrigatoriedade de licitar em suas perspectivas burocrática e democrática. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 4976, 14 fev. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39860>. Acesso em: 11 jun. 2023.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 6ª edição. Salvador: Jus podivm, 2014.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações comentadas. 12ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021. P. 47.



ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR: ELEMENTO PRIMORDIAL NO PLANEJAMENTO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Por Jaqueline Martinez de Oliva

ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR: ELEMENTO PRIMORDIAL NO PLANEJAMENTO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Jaqueline Martinez de Oliva¹

Resumo: O Estudo Técnico Preliminar é um documento integrante da primeira etapa do planejamento de uma contratação, o qual caracteriza o interesse público e sua melhor solução, sendo base para o anteprojeto, o termo de referência ou ao projeto básico, caso este demonstre a viabilidade pela contratação. O presente artigo busca apresentar o Estudo Técnico Preliminar e suas exigências na Nova Lei de Licitações Contratos Administrativos. A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica, através de livros, artigos e sites oficiais. Evidenciou que as inovações trazidas pela Lei 14.133/2021 ao Estudo Técnico Preliminar vêm oferecer maior efetividade no planejamento das contratações públicas.

¹ Mestra em Desenvolvimento Regional - UTFPR, Especialista em Gestão Pública com habilitação em Políticas Públicas - IFPR, com MBA em Auditoria Governamental nos Municípios, MBA em Administração Pública e Gerência de Cidades - UNINTER. Graduada em Gestão Pública - IFPR. Foi por mais de dez anos Coordenadora do Sistema de Controle Interno Adjunto na Prefeitura de Dois Vizinhos. Autora de artigos sobre os temas: Sistema de Registro de Preços na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos; Mercado Institucional; Governança para o Desenvolvimento de Cidades Inteligentes; dentre outros. Professora, palestrante e consultora na área de licitações, contratos administrativos e controle interno. E-mail: jaque-menfis@hotmail.com.

Palavras-chave: Estudo Técnico Preliminar; Planejamento; Nova Lei de Licitações; Contratos administrativos.

1. Introdução

O planejamento nas contratações públicas pode ser definido como o ato de estabelecer uma meta e construir maneiras de alcançá-las, considerando a expectativa de consumo, condições de aquisições, quantidades e suas especificações que venham atender o interesse público.

A ausência de planejamento na administração pública é **responsável** por inúmeros problemas como ausência de qualidade, quantitativos superiores ou inferiores, sobre preços, alterações contratuais desnecessárias, inexecução total ou parcial de contrato, dentre outros, com responsabilização de todos dos envolvidos no processo.

O planejamento é considerado um dos princípios fundamentais da Administração Pública, previsto no inciso I do art. 6º do Decreto-Lei 200/1967.

A Lei nº 14.133/2021, em seu art. 5º, estabeleceu o planejamento como um dos princípios a ser aplicado nas contratações públicas. Segundo Justen Filho (2021), o princípio do planejamento significa “dever de previsão das ações futuras, abrangendo inclusive eventos não relacionados diretamente [...], de modo a adotar as providências mais adequadas e satisfatórias para realização das finalidades pretendidas”.

O Estudo Técnico Preliminar está conceituado no inciso XX do art. 6º da Lei 14.133/2021 (BRASIL, 2021), como um documento integrante da primeira etapa do planejamento de uma contratação, o qual caracteriza o interesse público e sua melhor solução, sendo base para o anteprojeto, o termo de referência ou ao projeto básico, caso este demonstre a viabilidade pela contratação.

Camarão e Brito (2020), definem o ETP como um documento que descreve a necessidade das contratações, analisa sua viabilidade técnica e serve de base para a elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico. Dessa maneira, o ETP demonstra os esforços empreendidos frente ao problema a ser resolvido, com as pesquisas necessárias e verificação das soluções disponíveis no mercado.

Dessa forma, o primeiro passo é demonstrar a real necessidade da contratação, analisar sua viabilidade técnica para atender a demanda, e é o ETP, o documento de planejamento que evidencia a melhor solução frente ao problema a ser resolvido.

O artigo foi baseado em uma revisão literária, sendo realizada em vários artigos, livros de Direito Administrativo e páginas da web, que demonstram a importância do Estudo Técnico Preliminar como instrumento de planejamento nas contratações públicas, demonstrando a exigência legal de sua elaboração nas aquisições públicas, o seu conteúdo, seu nível de detalhamento adequado e as dificuldades para sua elaboração.

Por fim, busca-se apresentar o Estudo Técnico Preliminar e suas exigências na Nova Lei de Licitações nº 14.133/2021.

2. Estudo Técnico Preliminar antes da Lei 14.133/2021

A Lei 8.666/93 prevê em seu inciso IX, art. 6º que o projeto básico deve ser elaborado com indicações dos estudos técnicos preliminares, assegurando a viabilidade técnica, custos, definição dos métodos, do prazo de execução, contendo elementos que descrevam a solução escolhida; soluções técnicas globais; identificação dos tipos de serviços a executar; informações que possibilitem o estudo e a dedução de

métodos; subsídios para o plano de licitação e gestão da obra; e orçamento detalhado (BRASIL, 1993).

O ETP já constava na Lei 8.666/93, embora não sendo detalhado. Alguns regulamentos de âmbito federal mencionavam o artefato e sua elaboração, como é o caso da IN 02/2008 – SLTI/MPOG, que dispôs sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não, em seu inciso I, art. 15, o qual o projeto básico ou termo de referência deverá conter a justificativa da necessidade da contratação, dispondo, dentre outros, sobre referências a estudos preliminares, se houver.

A definição expressa do ETP nas contratações públicas veio com a publicação da IN 04/2014 – SLTI/MPOG, a qual dispõe sobre o processo de contratação de Soluções de Tecnologia da Informação pelos órgãos integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação – SIS do Poder Executivo Federal, de acordo com o art. 2º da IN 04/2014:

Art. 2º Para fins desta IN, considera-se:

XIII – Estudo Técnico Preliminar da Contratação: documento que demonstra a viabilidade técnica e econômica da contratação;

[...]

Art. 9º A fase de Planejamento da Contratação consiste nas seguintes etapas:

I – Instituição da Equipe de Planejamento da Contratação;

II – Estudo Técnico Preliminar da Contratação;

III – Análise de Riscos; e

IV – Termo de Referência ou Projeto Básico.

Neste contexto, o estudo técnico preliminar se define como um documento que demonstra a viabilidade técnica e econômica

da contratação, fazendo parte da fase do planejamento. Após, foi editada a Instrução Normativa nº 01, de 04 de abril de 2019, pela Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia, a qual revogou a IN 04/2014, considerando em seu art. 2º:

Art. 2º Para fins desta Instrução Normativa, considera-se:

XI - Estudo Técnico Preliminar da Contratação: documento que descreve as análises realizadas em relação às condições da contratação em termos de necessidades, requisitos, alternativas, escolhas, resultados pretendidos e demais características, e que demonstra a viabilidade técnica e econômica da contratação;

[...]

Art. 9º A fase de Planejamento da Contratação consiste nas seguintes etapas:

I - instituição da Equipe de Planejamento da Contratação;

II - elaboração do Estudo Técnico Preliminar da Contratação; e

III - elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico.

Com a publicação da Instrução Normativa nº 05, de 26 de maio de 2017, pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, o ETP passou a ser obrigatório no planejamento da contratação de cada serviço a ser contratado, conforme o art. 20:

Art. 20. O Planejamento da Contratação, para cada serviço a ser contratado, consistirá nas seguintes etapas:

I - Estudos Preliminares;

II - Gerenciamento de Riscos; e

III - Termo de Referência ou Projeto Básico.

A IN nº 5/2017-SEGES/MPDG trouxe a normatização do conteúdo do ETP

e as diretrizes para a sua elaboração. No entanto, tais dispositivos foram revogados pela Instrução Normativa nº 49, de 30 de junho de 2020.

Na sequência, a Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia edita a IN nº 40/2020 - SEGES-ME, a qual 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, de acordo com o art. 1º,

Art. 1º Esta Instrução Normativa 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.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Instrução Normativa, considera-se ETP o documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza determinada necessidade, descreve as análises realizadas em termos de requisitos, alternativas, escolhas, resultados pretendidos e demais características, dando base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico, caso se conclua pela viabilidade da contratação.

A IN nº 40/2020-SEGES/ME trouxe como diretriz geral que as duas finalidades imprescindíveis do ETP são evidenciar o problema a ser resolvido e a melhor solução dentre as possíveis.

Art. 5º Os ETP deverão evidenciar o problema a ser resolvido e a melhor solução dentre as possíveis, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica, socioeconômica e ambiental da contratação.

Desse modo, a necessidade da contratação passa a ser descrita em termos do problema a ser resolvido, considerando o interesse público e avaliação das alternativas de potenciais soluções encontradas no mercado.

Ainda, o Decreto nº 10.024/2019, que regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal, no qual definiu em seu art. 3º:

Art. 3º

[...]

IV - estudo técnico preliminar - documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação, que caracteriza o interesse público envolvido e a melhor solução ao problema a ser resolvido e que, na hipótese de conclusão pela viabilidade da contratação, fundamenta o termo de referência;

Exposta a definição do estudo técnico preliminar, ou seja, um documento no qual a Administração Pública demonstra a necessidade de contratação, estima as quantidades, preços, realiza levantamento de mercado e justifica a melhor solução para contratar, sendo que a partir desse documento será elaborado o projeto básico ou termo de referência no processo de contratação.

O Estudo Técnico Preliminar na Nova Lei de Licitações

Segundo a Lei nº 14.133/2021, o estudo técnico preliminar pode ser definido como:

Art. 6º

[...]

XX - estudo técnico preliminar: 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; (BRASIL, 2021).

Essa definição parecer consolidar aquelas normas citadas anteriormente, reforçando o ETP como um documento essencial para o planejamento de uma contratação pública, caracterizando o interesse público e com objetivo de delimitar a melhor solução para o problema identificado pela Administração.

No art. 18, § 1º da 14.133/2021, o ETP deverá “evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação” (BRASIL, 2021). Além disso, o ETP deverá conter os seguintes elementos:

Art. 18.

§1º [...]

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

II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis,

e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;

X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mi-

tidadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refulgos, quando aplicável;

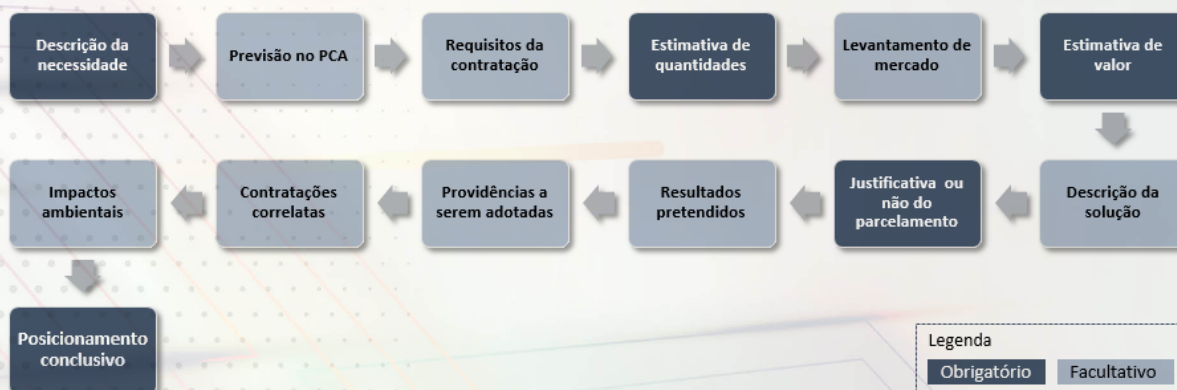
XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina (BRASIL, 2021).

Dessa maneira, tais elementos exprimem a adoção de determinadas ações pela Administração que validam a contratação pública, ou seja, a motivação do procedimento licitatório, contendo dispositivos que farão parte do edital.

No § 2^a do art. 18, o ETP deverá “conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1^o”, ou seja, o ETP deverá descrever a necessidade da contratação, as estimativas das quantidades, a estimativa do valor, as justificativas ou não do parcelamento e o posicionamento conclusivo sobre a atendimento da necessidade de que tal contratação se destina. Ainda, quando o ETP não contemplar os demais elementos previstos no § 1^o, estes deverão ser justificados.

A Figura 1, mostra os elementos que compõem o ETP, com destaque os itens obrigatórios, conforme os §§ 1^o e 2^o do art. 18 da Lei 14.133.

Figura 1 - Elementos que compõem o Estudo Técnico Preliminar na NLLC



Fonte: Com base na Lei 14.133/2021. Elaborado pela autora.

No inciso I do § 1º art. 18 da Lei 14.133/2021, elemento obrigatório do ETP, o qual a Administração deverá descrever a necessidade da contratação, considerando o problema a ser resolvido. Como descrever a necessidade da Administração? Como a Administração se encontra hoje frente a esse problema? Essas são algumas das questões que a Administração deverá levantar para analisar sua necessidade diante ao problema, para a partir dessas respostas avalie a melhor solução.

De acordo com Costa e Santos (2022, p.126), o estudo da necessidade, é composto:

- (1) do levantamento dos atores interessados no problema,
- (2) da definição da necessidade,
- (3) do levantamento de critérios que definem a necessidade e
- (4) do estudo dos fatores que influenciam ou que são influenciados pelos critérios (COSTA E SANTOS, 2022

Segundo Costa e Santos (2022), essas etapas auxilia a Administração a entender sua necessidade, os fatores que podem interferir no alcance dos objetivos e o que é relevante para os atores envolvidos.

Importante destacar, que a necessidade deve ser descrita de maneira que ela evidencie o problema a ser resolvido, após se analisa as possíveis soluções existentes e somente depois define a melhor dentre as soluções elencadas.

Os incisos IV e VI do § 1º art. 18 da Lei 14.133/2021, tratam das estimativas das quantitativos e do valor da contratação, ambas acompanhadas de memórias de cálculos, enquanto o inciso VIII consiste sobre as justificativas para o parcelamento ou não da contratação, ou seja, os referidos incisos se relacionam e se complementam.

Ressalta-se que estimativa das quantidades deve ser baseada em históricos de compras, consumo médio anual, a necessidades de aumento ou redução de contratação, fatos que afetaram o consumo. Destaca-se a importância de definir o método adotado para as estimativas de quantidades, inclusão de memórias de cálculo, caso possua. Quanto a estimativa de valor, a Administração deve realizar pesquisa no mercado para referenciar os valores da contratação. O parcelamento deverá ser previsto, conforme o art. 40, V, “b” da Lei 14.133/2021, quando for viável e economicamente vantajoso para a Administração.

Assim, o inciso XIII do § 1º art. 18, o último elemento obrigatório, consiste no posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina. Neste sentido, a Administração deverá examinar os elementos que compõem o ETP, para se extrair conclusões da viabilidade ou não da contratação.

Apesar de não obrigatórios, há outros dispositivos que merecem observações. Um é o inciso II do § 1º art. 18, o qual exige que a Administração deve demonstrar a previsão da contratação no plano de contratações anual, caso seja elaborado. Assim, caso o objeto da contratação não esteja evidenciado no plano, a Administração deverá justificar os motivos. Cabe salientar que não se elabora um orçamento público sem a identificação das necessidades, sem eleger as prioridades, razão esta que torna o plano de contratações anual uma peça fundamental no planejamento.

De acordo com o art. 150 da Lei 14.133/2021:

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 (BRASIL, 2021).

Nesse sentido, nenhuma contratação pública poderá ser realizada sem a indicação dos créditos orçamentários, sob pena de nulidade do processo licitatório. Destaca-se ainda o inciso IV do art. 72, o qual prevê sobre “demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido”, nos processos de contratação direta. Ainda no art. 105 prevê duração dos contratos no edital e que “deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro” (BRASIL, 2021).

Outro dispositivo a ser destacado está previsto no inciso V do § 1º art. 18, a Administração deve realizar levantamento de mercado, caso não realize, deve apresentar as devidas justificativas. Neste sentido, a Administração deverá identificar as soluções disponíveis no mercado para a execução da contratação pretendida, ou seja, sem identificar as soluções como a Administração poderá definir a melhor solução para sua necessidade, o que torna tal dispositivo um mecanismo indispensável para tomada de decisão. Destaca-se a correlação entre o inciso VII, uma vez que exige a descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica.

Ainda para corroborar, quanto o levantamento de mercado, o art. 44 prevê na possibilidade de compra ou de locação de bens, ETP deverá considerar os custos e os benefícios de cada opção, com indicação da alternativa mais vantajosa (BRASIL, 2021).

Importante destacar a correlação entre o inciso IX do § 1º art. 18, o qual prevê

a descrição dos “resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis”, com o § 2º do artigo 25, desde que demonstrado no ETP quando o edital poderá prever a utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra. Assim, essa possibilidade deverá constar no estudo técnico preliminar, o qual evidenciará economicidade e eficiência na respectiva contratação.

Por fim, o último ponto de destaque, o inciso X do § 1º art. 18, que se mostra uma novidade da nova Lei, o qual estabelece a Administração prever no ETP as “providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual”, o que evidencia a mitigação de riscos e o reforço de planejamento nas contratações públicas.

Cada dispositivo previsto no § 1º do art. 18, da NLLC apresenta uma ampliação das informações em relação os elementos anteriores, dessa maneira uma evolução no planejamento e precisão do orçamento público.

Importante ressaltar que para o posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação deve ser observado os diferentes tópicos do objeto para se concluir a viabilidade ou não da contratação.

Segundo Marçal Justen Filho (2021, p. 358),

As atividades anteriormente referidas, exigidas de modo implícito ou explícito no § 1º do artigo 18, poderão impor a conclusão de inadequação da contratação tal como concebida. Em tal hipótese, será apropriado elaborar um documento conclusivo, mas não existirá um estudo

técnico preliminar orientado ao prosseguimento do processo licitatório.

Não se admite uma avaliação conclusiva imprestável, que se reduza a afirmar que a contratação se revela como solução adequada. É imprescindível examinar os diferentes tópicos objeto de exame e daí extrair conclusões fundamentadas, com exposição satisfatória”. (JUSTEN FILHO, 2021, p. 358).

No § 3º do art. 18, prevê que para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrado no ETP a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos.

Uma inovação da NLLC está prevista no art. 21, a possibilidade da Administração submeter a prévia consulta o ETP à audiência pública, com o intuito dos cidadãos possam auxiliar na sua elaboração, presando pelo princípio da transparência e a participação social (BRASIL, 2021).

Destaca-se o § 1º do art. 36, o qual prevê que o julgamento por técnica e preço será escolhido quando restar demonstrado no estudo técnico preliminar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital são relevantes aos fins pretendidos pela Administração naquelas licitações. Dessa forma, a importância de estar descrito os motivos que a Administração adotou o julgamento por técnica e preço na contratação.

Com relação a manutenção e assistência técnica está previsto no § 4º do art. 40, da Lei 14.133/2021, a exigência que a Administração deverá fundamentar no ETP, quanto os serviços de manutenção e assistência técnica sejam prestados mediante deslocamento de técnico ou disponibilizados

em unidade de prestação de serviços localizada em distância compatível com suas necessidades.

O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, conforme previsto no art. 72 da Lei 14.133/2021, deverá ser instruído com os seguintes documentos, de acordo com o inciso: “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”. Nesse sentido a Lei 14.133/2021 exige do administrador público justificativa que o levaram a decidir pela realização da contratação direta.

Publicada no dia 08 de agosto de 2022, a Instrução Normativa SEGES nº 58, que 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.

Dessa forma destaca-se alguns pontos da IN 58/2022, a seguir:

1. Obrigatoriedade dos convenientes deverão observar as regras da IN na execução de transferências voluntárias da União (art. 2ª);
2. No levantamento de mercado, devem ser consideradas outras opções logísticas menos onerosas à Administração, tais como chamamentos públicos de doação e permutas (Inciso II, letra “d”, do art. 9º);
3. Facultada a elaboração do ETP nas hipóteses dos incisos I, II, VII e VIII do art. 75 e do § 7º do art. 90 da Lei 14.133/2021 (/Inciso I do art. 14º);

4. Dispensa de elaboração de ETP na hipótese do inciso III do art. 75 da Lei 14.133/2021, e nos casos de prorrogações dos contratos de serviços e fornecimento contínuos (inciso II do art. 14º). (BRASIL, IN SEGES Nº 58/2022).

De acordo com esse normativo, fica facultado a elaboração do ETP, mediante apenas nos casos de prorrogações contratuais relativas a objetos de prestação de natureza continuada. Ainda, dispensada a elaboração do ETP, mediante dispensa de licitação em função de valor, nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem; nos casos de emergência ou de calamidade pública; e na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento.

Nesse sentido, sabe-se que a elaboração do ETP enquanto documento obrigatório da fase de planejamento das licitações tem diversos ganhos para a Administração, se realizado de maneira correta. No entanto, é importante que os gestores públicos apliquem esse documento a fim de compreender suas necessidades e adotar a melhor a solução possível, conforme é o objetivo do Estudo Técnico Preliminar, e não como um documento formal no processo de contratações, ampliando a burocracia na Administração Pública.

3. Considerações finais

O Estudo Técnico Preliminar - ETP foi aperfeiçoado ao longo dos anos, sendo hoje visto como um documento obrigatório e constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução, sendo base para o termo de referência ou ao projeto básico. Dessa forma, a adoção do ETP para a Administração Pública, diminui os riscos de gastar recursos, tempo e esforço administrativo, antes de verificar se aquela contratação é realmente viável.

Cabe a todos os envolvidos na Administração Pública, a cautela na elaboração do ETP, embora as mudanças na legislação não abrangerão todas as situações existentes nas contratações públicas. Por outro lado, é importante destacar que há muitos obstáculos a serem enfrentados pela Administração Pública no sentido de aumentar a efetividade no planejamento das contratações públicas. Espera-se que o ETP não seja utilizado apenas como um documento formal e burocrático no sentido de atender a legislação, mas que seja implementado para aprimorar os processos de compras públicas.

4. Referências

BRASIL. Lei nº. 8.666/1993, 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em: 05 de mai. 2023.

BRASIL. Lei nº. 14.133, de 01 de abril de 2021. Institui normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 06 de mai. 2023.

BRASIL, Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. [S. l.], 20 set. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm>. Acesso em: 06 de mai. 2023.

BRASIL. Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Ementa: dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in02_30042008.htm>. Acesso em 06 de mai. 2023.

BRASIL. Instrução Normativa nº 04, de 11 de setembro de 2014. Dispõe sobre o processo de contratação de Soluções de Tecnologia da Informação pelos órgãos integrantes do Sistema de Administração de Recursos de Tecnologia da Informação e Informática (SISP) do Poder Executivo Federal. Disponível em: < <https://licitacoes.ufsc.br/files/2014/10/IN-SLTI-MPOG-n%C2%BA-04-2014.pdf>>. Acesso em 06 de mai. 2023.

BRASIL. Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-5-de-26-de-maio-de-2017-atualizada>>. Acesso em: 06 de mai. 2023.

BRASIL. Instrução Normativa SGD/ME nº 1, de 1 de abril de 2019. Dispõe sobre o processo de contratação de soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação – TIC pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação – SISP do Poder Executivo Federal. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/63755/5/IN_1_2019_SGD.pdf>. Acesso em: 06 de mai. 2023.

BRASIL. Instrução Normativa nº 40, de 22 de maio de 2020. 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. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-40-de-22-de-maio-de-2020>>. Acesso em: 06 de mai. 2023.

BRASIL. Instrução Normativa nº 49, de 30 de junho de 2020. Altera a Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução


indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-49-de-30-de-junho-de-2020>>. Acesso em: 04 de mai de 2023.

BRASIL. Instrução Normativa SEGES 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. 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: 29 de mai. 2023.

CAMARÃO, Tatiana; BRITO, Isabella. Maturidade e qualificação da etapa de planejamento das contratações públicas. CONJUR, 10 jan. 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/maturidade-qualificacao-etapa-planejamento-contratacoes-publicas>>. Acesso em: 1 mai. 2023

COSTA, Cecília de Almeida; SANTOS, Franklin Brasil. ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR: O DILEMA ENTRE NECESSIDADE E SOLUÇÃO. Licitações e Contratos Administrativos na Lei 14.133/2021, Aspectos Gerais. Coord. Francisco Fernando Antônio Albuquerque e Rogério Corrêa. Editora Negócios Públicos. (p. 116 a 149). Disponível em: <<https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2022/08/Cap-de-livro-Franklin-Brasil-ETP.-Necessidade-x-Solucao-1.pdf>>. Acesso em 01 de mai. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.



A NECESSÁRIA PRESERVAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO- FINANCEIRO NAS ATAS DE REGISTRO DE PREÇOS

Por Amanda Guiomarino

A NECESSÁRIA PRESERVAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS ATAS DE REGISTRO DE PREÇOS

Por Amanda Guiomarino¹

RESUMO: O ordenamento jurídico assegura a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, por meio dos institutos do reajuste, repactuação e revisão (reequilíbrio econômico-financeiro). Usualmente, sempre foi possível e estimulada a prática no âmbito dos contratos administrativos, desde que configurados os requisitos da Teoria da Imprevisão. A questão controversa era a possibilidade da recomposição de preços no Sistema de Registro de Preços, cuja legislação anterior nada tratava a respeito. Assim, a possibilidade ou não, sob a vigência da Lei n.º 8.666/1993, ficava ao arbítrio de cada ente da federação regulamentar ou decidir acerca do tema. Buscou-se, nesse artigo, demonstrar as inovações trazidas pela Lei n.º 14.133/2021 em busca da necessária uniformização de procedimentos quanto ao reequilíbrio econômico-financeiro e os entraves práticos para a sua realização.

¹ Graduada em Direito. Pós-graduada em Direito Administrativo e Gestão Pública. Servidora de carreira do Ministério Público do Estado do Pará, ocupante do cargo de Analista Jurídico, lotada na Atividade de Licitações e Contratos. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Pará. E-mails: amanda@mppa.mp.br e amandaggiomarino@gmail.com

PALAVRAS-CHAVES: Equilíbrio econômico-financeiro. Teoria da Imprevisão. Recomposição de preços. Sistema de Registro de Preços. Atas de Registro de Preços. Cotejo com a Lei n.º 8.666/1993 e Lei n.º 14.133/2021. Decreto n.º 11.462/2023. Panorama nos Estados.

INTRODUÇÃO

A proteção do equilíbrio econômico-financeiro dos ajustes administrativos, conforme art. 40, inc. XI, da Lei n.º 8.666/1993 e art. 25, §7º, da Lei n.º 14.133/2021 é respaldada pela supremacia constitucional constante do art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal de 1988.

Esta manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos ajustes administrativos é realizada pelas seguintes procedimentos: reajuste, repactuação e revisão (reequilíbrio econômico-financeiro ou recomposição de preços). Este último referente a fatos de consequências inevitáveis, ainda que previsíveis, classificados em força maior ou caso fortuito. Importa destacar que não existe consenso na doutrina e/ou jurisprudência sobre as definições, não prejudicando a análise por este artigo do que será chamado de reequilíbrio econômico-financeiro.

Ainda, quando tratado de ajustes administrativos de modo amplo, faz-se referência a contratos administrativos e atas de registro de preços.

O reequilíbrio econômico-financeiro é procedimento que objetiva restabelecer o equilíbrio da relação firmada entre a Administração Pública e o contratado ou compromitente da ata de registro de preços, em seu aspecto financeiro, influenciado pela superveniência de fato imprevisível, ou previsível, mas de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

1. O DIREITO CONSTITUCIONAL AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

O direito ao equilíbrio econômico-financeiro possui estatura constitucional, previsto pelo art. 37, XXI da Constituição da República. O referido dispositivo assegura que, nas cláusulas que versem a respeito do pagamento, devem ser mantidas as condições efetivas da proposta e, para tanto, convencionou-se a subdivisão em três institutos, quais sejam, reajuste, repactuação e revisão.

Em breves linhas, o reajuste diz respeito à variação previsível e lenta, decorrente da inflação. Isto é, trata-se da variação normal de mercado ao longo do tempo. Em outras palavras, busca-se a recomposição do valor contratual em face da variação de certo índice, definido pela Administração Pública no momento da elaboração do edital de licitação e do consequente contrato administrativo, por se tratar de uma variação ordinária e previsível.

Nesse sentido é o entendimento doutrinário. Confira-se lição de Joel de Menezes Niebuhr²:

Além disso, o inciso XI do art. 40 da Lei nº 8.666/93 prescreve que o critério de reajuste deve retratar a variação efetiva do custo de produção. Para tanto, à Administração é permitido adotar índices específicos ou setoriais. Cumpre ressaltar que a adoção de **índices é faculdade outorgada à Administração. Ela pode perfeitamente utilizar outros critérios para promover o reajuste, que não por meio de índices. Entretanto, é usual**

2 NIEBURH, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 2ª ed. revista e ampliada. Editora Fórum. 2012. p. 885.

que a Administração defina índice já no próprio edital. A propósito, quem escolhe o índice é a Administração, portanto é ela quem define as condições do edital.

Por sua vez, a repactuação tem lugar nas contratações de prestação de serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra.

Ainda no escólio de Niebuhr³:

Logo, a gênese e a razão de ser da repactuação são os custos de mão de obra, que têm data certa para ser majorados, que corresponde à data-base da respectiva categoria, em que deve ocorrer acordo, convenção ou dissídio coletivo.

A última espécie, e sobre a qual importa tecer maiores comentários e objeto principal deste artigo, é a chamada de revisão contratual ou recomposição, reequilíbrio econômico-financeiro ou realinhamento.

Esta hipótese tem lugar quando se verificam eventos imprevisíveis e extraordinários ou previsíveis de consequências incalculáveis, bem como em casos de caso fortuito, força maior ou fato do príncipe, que repercutem na prestação do serviço ou na aquisição dos produtos.

Isto é, por estar-se tratando de situações bruscas e não esperadas na execução do serviço ou fornecimento do produto, não há que se falar em interregno de 1 (um) ano para sua concessão ou de expressa previsão no instrumento contratual.

O Tribunal de Contas da União ao responder a consulta a respeito da possibilidade de recomposição do equilíbrio contratual, por meio do Acórdão n.º 1431/2017-Plenário manifestou-se a respeito da aplicação da teoria da imprevisão e consignou os seguintes apontamentos:

3 NIEBURH, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5ª ed. revista e ampliada. Editora Fórum. 2022. Versão eletrônica.

9.2.3. o reajuste e a recomposição possuem fundamentos distintos. O reajuste, previsto no art. 40, XI, e 55, III, da Lei 8.666/1993, visa remediar os efeitos da inflação. A recomposição, prevista no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993, tem como fim manter equilibrada a relação jurídica entre o particular e a Administração Pública quando houver desequilíbrio advindo de fato imprevisível ou previsível com consequências incalculáveis. Assim, ainda que a Administração tenha aplicado o reajuste previsto no contrato, justifica-se a aplicação da recomposição sempre que se verificar a presença de seus pressupostos;

9.2.4. o reequilíbrio contratual decorrente da recomposição deve levar em conta os fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, que não se confundem com os critérios de reajuste previstos contratualmente. Portanto, a recomposição concedida após o reajuste deverá recuperar o equilíbrio econômico-financeiro apenas aos fatos a ela relacionados. Na hipótese de ser possível um futuro reajuste após concedida eventual recomposição, a Administração deverá estabelecer que esta recomposição vigorará até a data de concessão do novo reajuste, quando então deverá ser recalculada, de modo a expurgar da recomposição a parcela já contemplada no reajuste e, assim, evitar a sobreposição de parcelas concedidas, o que causaria o desequilíbrio em prejuízo da contratante.

O Superior Tribunal de Justiça também decidiu nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATO E ADITIVO PARA FORNECIMENTO DE SEIS HELICÓPTEROS PARA A POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. PREÇO AJUSTADO EM MOEDA NACIONAL

(REAL). VENCEDORA CONTRATANTE QUE NECESSITAVA IMPORTAR AS AERONAVES PAGANDO EM MOEDA ESTRANGEIRA (DÓLAR). DESVALORIZAÇÃO DO CÂMBIO OCORRIDA EM JANEIRO DE 1999. TEORIA DA IMPREVISÃO. ÁREA EXTRAORDINÁRIA CONFIGURADA. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. ART. 65, II, 'D', DA LEI Nº 8.666/93. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO DA EMPRESA PARTICULAR PROVIDO.

1. Em consonância com o estabelecido no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que garante a manutenção das condições efetivas da proposta de contrato celebrado com a Administração, a Lei de Licitações prevê a possibilidade de revisão contratual com o fito de preservação da equação econômica da avença, podendo essa correção, dentre outras premissas, advir da teoria da imprevisão, a teor do disposto no art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93.

(omissis)

(REsp n. 1.433.434/DF, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 20/2/2018, DJe de 21/3/2018.)

Portanto, resta inequivocamente comprovado o direito à recomposição dos preços nos contratos administrativos firmados sob a égide da Lei n.º 8.666/1993 e da Lei n.º 14.133/2021. No entanto, situação diversa se configurava quanto aos preços registrados no Sistema de Registro de Preços.

Em primeiro lugar, importa conceituar o instituto. Jacoby Fernandes⁴ assim define:

O Sistema de Registro de Preços, sem dúvida, garante com mais eficácia a isonomia, porque numa licitação, por exem-

4 JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 34 e 35.

plo, que tenha por objeto a aquisição de, centenas de itens de material de expediente” para atender às necessidades da Administração durante um exercício, pequenos empresários poderão cotar os produtos de sua especialidade, iniciando assim a atividade de negociar com a Administração Pública. É mais isonômico porque amplia a competitividade, parcelando o objeto e, por consequência, otimizando a possibilidade de obtenção de proposta mais vantajosa.

A Lei n.º 14.133/2021 se preocupa em estabelecer as definições dos institutos tratados no corpo normativo. Destarte, no inc. XLV do art. 6º descreveu o Sistema de Registro de Preços como o “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”.

2. A NLLC E O SRP EM ÂMBITO FEDERAL

Em verdade, a própria temática do Sistema de Registro de Preços foi amplamente trabalhada na nova legislação. Tratada como um procedimento auxiliar (ao lado do credenciamento, da pré-qualificação, do procedimento de manifestação de interesse e do registro cadastral) e com maior abrangência, eis que atualmente é possível também utilizar-se do procedimento para obras e serviços de engenharia e para a contratação direta, seja em casos de inexigibilidade como nos de dispensa de licitação.

No que concerne às vantagens de utilização do Sistema de Registro de Preços, além de servir como “fonte de pesquisa mercadológica”, Fortini e Camarão elencaram:

Desnecessidade de indicação de recursos orçamentários; contratação de objetos de difícil previsibilidade; diminuição com despesas de estrutura adequada para o armazenamento e a estocagem dos objetos; redução de pagamento de seguro; diminuição do desperdício de material; ganho de economia de escala com demandas agregadas; racionalização de despesas com a padronização das contratações; redução do número de licitações e, por conseguinte, diminuição de custos transacionais; agilidade na contratação por meio de sistema de compras *just in time*.

Em que pese a doutrina tradicional já viesse há muito reforçando a necessidade de garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, a Lei n.º 8.666/1993 nada trouxe a esse respeito.

Jacoby Fernandes⁵, defende que mesmo no Sistema de Registro de Preços há que se garantir o equilíbrio econômico-financeiro:

O Direito, preservando a harmonia que lhe é implícita como sistema, ao retirar do contratado a garantia da *pacta sunt servanda*, erigiu outra, juridicamente, equivalente que valoriza a participação do contratado, ao lhe garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Impende esclarecer que ao se referir à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mais do que garantir que a empresa não tenha prejuízos financeiros, busca-se preservar o lucro inicialmente calculado e pretendido no momento da realização da licitação.

Isso porque à Administração Pública não é lícito, sob o manto do interesse público, locupletar-se ilicitamente, lesando e impondo

5 JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 252

prejuízos a quem quer que contrate ou lhe preste serviços, para que se chegue ao fim último: o de gastar menos. Não é disso que se trata a busca do menor preço e o respeito à economicidade.

Percebe-se que a solução dada pelo Decreto n.º 7.892/2013, que regulamentou o Sistema de Registro de Preços, sob a égide da antiga legislação, era a de, uma vez constatado que o valor praticado no mercado estava superior ao registrado, de modo que ao fornecedor fosse impossível cumprir com seus compromissos, liberá-lo sem a aplicação de penalidades e a convocação dos demais fornecedores para que fosse efetuada a negociação dos valores:

Art. 19. Quando o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados e o fornecedor não puder cumprir o compromisso, o órgão gerenciador poderá:

I - liberar o fornecedor do compromisso assumido, caso a comunicação ocorra antes do pedido de fornecimento, e sem aplicação da penalidade se confirmada a veracidade dos motivos e comprovantes apresentados; e

II - convocar os demais fornecedores para assegurar igual oportunidade de negociação.

Parágrafo único. Não havendo êxito nas negociações, o órgão gerenciador deverá proceder à revogação da ata de registro de preços, adotando as medidas cabíveis para obtenção da contratação mais vantajosa.

A crítica que a doutrina fazia⁶ é de que tal disposição era inconstitucional, porquanto obrigava o fornecedor a comprovar que, se tivesse que cumprir a obrigação, teria prejuízo, configurando, assim, afronta ao já mencionado art. 37, inc. XXI da Constituição

⁶ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos. 2. ed. atualizada de acordo com o Decreto n.º 7.892/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Federal, além de determinar que a Administração Pública deflagrasse outro processo licitatório, haja vista que a liberação do fornecedor de cumprir o compromisso inutilizava a Ata de Registro de Preços e todo o processo realizado originalmente, gerando, via de consequência, mais despesa para os cofres públicos.

Essa interpretação acerca do art. 19 do referido Decreto, contudo, não era consenso entre os doutrinadores. Com efeito, parte que concordava com a solução trazida por essa normativa alegava que o dever de comunicar à Administração Pública a inviabilidade do cumprimento da obrigação tratava-se de um risco alocado ao fornecedor, e que devia ser diligente ao verificar a ocorrência de fatos anormais que atingissem o custo do produto ou serviço.

Aduzia, ainda, que não haveria afronta ao equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que isso não significa que a Administração Pública deva arcar com todos os ônus oriundos de fatos supervenientes, mas tratava-se de uma repartição de riscos. Assim, se os fornecedores não aceitassem a atualização do preço proposta, seriam liberados e caberia ao Poder Público a realização de nova licitação ou a contratação direta do produto ou serviço.

A questão chegou a ser discutida no âmbito da Advocacia-Geral da União, e no Parecer n.º 070/2016/SCTL/PF-IFG/AGU, o qual ora transcreve-se ementa, oportunidade em que ficou consignada a necessidade de demonstração da onerosidade excessiva para a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro:

AQUISIÇÃO COM INSTALAÇÃO DE APARELHO DE AR CONDICIONADO PELAS EMPRESA TOP COMÉRCIO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA-EPP- ATA DE REGISTRO DE PREÇOS- DÚVIDA JURÍDICA-REEQUILÍBRIO ECONOMICO-FINANCEIRO VARIAÇÃO CAMBIAL.

Ementa: I. Realizada a licitação por meio do Sistema de Registro de Preços para aquisição com instalação de aparelho de ar condicionado. Preço registrado em ata. Solicitação de revisão dos preços decorrentes de variação cambial. Falta de comprovação documental. Indeferimento do pleito. Dúvida jurídica da Administração sobre a possibilidade de reequilíbrio econômico financeiro dos preços registrado na Ata em Decorrência de variação cambial. Possibilidade em tese, nos termos do acórdão n.º25/2010-Plenário.

II. Há sempre necessidade de motivação dos atos administrativos justificativa e autorização de autoridade competente comprovação do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e observância dos limites previstos legal e contratualmente para a realização de alteração contratual. Justificativas técnicas de exclusiva responsabilidade dos gestores e responsáveis administrativos.

III. Observância: 37, XXI da CF, art.58, inc. I e seus §§1º e 2º e 65, II, “d”, todos da lei 8.666/93, c/c art.17. 18 e 19 do Decreto n.º 7.983/2013 das condições contratuais e do ON AGU n.º 22/09.

IV. A Análise dos aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa competem à Administração. Discricionariedade Administrativa. Conveniência e Oportunidade dos atos de natureza administrativa praticados pelo gestor público.

V- A variação cambial não acarreta autonomia e automaticamente a revisão contratual, **pois esta requer a comprovação inequívoca de onerosidade excessiva suportada pela contratada. A variação cambial ocorrida deve ser caracterizada como extraordinária e não a mera variação decorrente da flutuação normal do câmbio.**

VI. **Em ocorrendo comprovadamente o desequilíbrio decorrente do fato do príncipe, seja para mais ou para menos, impõem-se o restabelecimento da equação econômico-financeira formada no momento da apresentação da proposta por meio de reequilíbrio econômico-financeiro.** (grifei)

Na busca por inovar no ordenamento jurídico, a Lei n.º 14.133/2021 desceu a minúcias sobre o procedimento a ser adotado no Sistema de Registro de Preços e dentre tais disposições, é de notar o inciso VI:

Art. 82. O edital de licitação para registro de preços observará as regras gerais desta Lei e deverá dispor sobre:

(omissis)

VI - as condições para alteração de preços registrados;

Discorrendo sobre esse inciso, Fortini e Camarão assim consignaram⁷:

Portanto, o caminho do legislador atual é mais razoável. O edital deve dispor a respeito do percurso a ser adotado pelo administrador público, não fazendo sentido que o legislador vede a mudança de preços, ainda que para patamar superior, se comprovado que o aumento de preços deriva de fatores reais, dos quais não se escapará mesmo que se abandone a ata e se persiga nova licitação.

De igual modo, o Decreto n.º 11.462, de 31 de março de 2023, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços, tratou a respeito da negociação dos preços registrados quando o preço de mercado for superior ao fixado em Ata:

Art. 27. Na hipótese de o preço de mercado tornar-se superior ao preço regis-

7 FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021. 1. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v.02. p. 212

trado e o fornecedor não poder cumprir as obrigações estabelecidas na ata, será facultado ao fornecedor requerer ao gerenciador a alteração do preço registrado, mediante comprovação de fato superveniente que o impossibilite de cumprir o compromisso.

§ 1º Para fins do disposto no **caput**, o fornecedor encaminhará, juntamente com o pedido de alteração, a documentação comprobatória ou a planilha de custos que demonstre a inviabilidade do preço registrado em relação às condições inicialmente pactuadas.

§ 2º Na hipótese de não comprovação da existência de fato superveniente que inviabilize o preço registrado, o pedido será indeferido pelo órgão ou pela entidade gerenciadora e o fornecedor deverá cumprir as obrigações estabelecidas na ata, sob pena de cancelamento do seu registro, nos termos do disposto no art. 28, sem prejuízo da aplicação das sanções previstas na Lei nº 14.133, de 2021, e na legislação aplicável.

§ 3º Na hipótese de cancelamento do registro do fornecedor, nos termos do disposto no § 2º, o gerenciador convocará os fornecedores do cadastro de reserva, na ordem de classificação, para verificar se aceitam manter seus preços registrados, observado o disposto no § 3º do art. 18.

§ 4º Se não obtiver êxito nas negociações, o órgão ou a entidade gerenciadora procederá ao cancelamento da ata de registro de preços, nos termos do disposto no art. 29, e adotará as medidas cabíveis para a obtenção da contratação mais vantajosa.

§ 5º Na hipótese de comprovação do disposto no **caput** e no § 1º, o órgão ou a entidade gerenciadora atualizará o preço registrado, de acordo com a realidade dos valores praticados pelo mercado.

§ 6º O órgão ou a entidade gerenciadora comunicará aos órgãos e às entidades que tiverem firmado contratos decorrentes da ata de registro de preços sobre a efetiva alteração do preço registrado, para que avaliem a necessidade de alteração contratual, observado o disposto no art. 35.

É de notar que, diferentemente da Lei n.º 8.666/1993 que silenciou a respeito do assunto, e também do Decreto n.º 7.892/2013 que não trouxe tanto detalhamento, a novel legislação de regência inequivocamente avançou no tema, possibilitando a maior eficiência do instrumento e em observância ao princípio da boa-fé que rege toda e qualquer relação jurídica – pública ou privada.

3. O REEQUILÍBRIO EM ATA DE REGISTRO DE PREÇOS NO PAÍS: A EVOLUÇÃO NÃO VEM DA NLLC

No entanto, a possibilidade da recomposição dos preços não é uma novidade tão disruptiva no cenário jurídico. Com efeito, no silêncio da lei e na falta de regulamento que detalhasse o procedimento de revisão dos valores, alguns entes da federação supriram essa lacuna normativa.

A título de exemplo, o Tribunal de Contas do Estado do Pará respondendo à Consulta formulada pelo Ministério Público do Estado do Pará quanto à possibilidade de revisão de valores registrados em ata, em decorrência de atos supervenientes, foi editada a Resolução n.º 19.291, cuja ementa restou assim consolidada:

EMENTA: CONSULTA. ATA DE REGISTRO DE PREÇOS. REVISÃO DE VALORES. FATO SUPERVENIENTE. POSSIBILIDADE. 1. Há a possibilidade de revisão dos valores constantes em ata de registro

de preços, em decorrência de fatos supervenientes, tais como a pandemia do novo Coronavírus, tanto para diminuição, quanto para elevação dos valores registrados. Nesse último caso, devem ser atendidos os seguintes requisitos, cumulativamente:

- a) comprovação de que, no plano concreto, o fato superveniente representou álea econômica extraordinária, de modo que se demonstre o nexo de causalidade entre o fato alegado e o respectivo aumento de preços;
- b) realização de convocação dos demais fornecedores para que lhes seja assegurada igual oportunidade de negociação, nos termos do art. 21, II, do Decreto Estadual nº 991/2021;
- c) efetuação de prévia e meticulosa pesquisa de preços, a fim de que, no processo de negociação, não restem dúvidas quanto à equivalência entre o valor da melhor proposta apresentada e aquele praticado hodiernamente no mercado;
- d) promoção da devida publicidade à eventual alteração dos preços registrados.

De igual modo, o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco Processo (TCE-PE nº 1925134-8) respondendo consulta formulada acerca da possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro para compra de produtos perecíveis (hortifrutí), com base na tabela oficial de Centro de Abastecimento - CEASA, contratação realizada por meio do sistema de registro de preços, registrou:

É possível a recomposição dos preços de produtos hortifrutí considerando como parâmetro a variação dos preços desses produtos contidos na tabela oficial do Centro de Abastecimento - CEASA, em casos de necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, desde que observadas as seguintes condições:

- a) comprovação de desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, de forma global, e devido a fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis à época de apresentação da proposta comercial pelo fornecedor, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual, devidamente demonstrado em parecer técnico elaborado por especialista na área e aprovado por autoridade competente;
- b) no cálculo da recomposição deve restar evidenciada a variação do preço de cada um dos produtos a ser adquirido, com o desconto da parcela relativa à flutuação já esperada dos preços em função da sazonalidade, e seu impacto no valor total do contrato;
- c) o estudo deve envolver todos os produtos a serem adquiridos, inclusive considerando os que sofreram variação negativa;
- d) tão logo seja regularizada a situação extraordinária que ensejou o reequilíbrio dos preços dos produtos (e.g., fortes chuvas, enchentes ou grave seca - desde que atípicas para o período -, crise no sistema de transportes da região etc.), eles devem ser novamente revistos, de ofício, pela Administração;
- e) sejam mantidas as condições de vantajosidade da proposta inicial do fornecedor em relação aos preços da CEASA à época dessa proposta, sendo considerado o fator de recomposição do preço, calculado como quociente entre o preço contratado e o preço do respectivo produto no CEASA à época da licitação. Assim, o preço do produto resultante do reequilíbrio não poderá ser superior ao preço vigente no CEASA multiplicado pelo referido fator de recomposição. Caso contrário, as condições acordadas devem ser mantidas, conforme art. 37 da Constituição Federal.

Na vanguarda, o Estado do Rio Grande do Sul, no Decreto n.º 53.173, de 16 de agosto de 2016 já dispunha sobre a revisão de preços registrados em Ata de Registro de Preços:

Art. 21. Quando o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados e o fornecedor não puder cumprir com o compromisso, **o órgão gerenciador poderá aceitar a solicitação de revisão do preço registrado a partir dos motivos e dos comprovantes apresentados pelo fornecedor, com base em nova pesquisa de mercado, preservando a economia obtida no procedimento licitatório.**

§ 1º Após trinta dias da protocolização do requerimento de revisão, sem que o órgão gerenciador tenha se manifestado conclusivamente quanto ao requerido, o fornecedor poderá requerer a suspensão da emissão de novos pedidos de entrega de bens ou de prestação de serviços.

§ 2º Viabilizada a negociação, o novo valor registrado, que constará no termo aditivo, terá efeito retroativo à data do protocolo do pedido.

§ 3º Caso frustrada a negociação, caberá ao órgão gerenciador:

I - liberar o fornecedor do compromisso assumido, se confirmada a pertinência da motivação apresentada; e

II - convocar os demais fornecedores constantes no CR, observada a ordem de registro e de classificação, para assegurar igual oportunidade de negociação.

§ 4º A emissão que trata o § 1º deste artigo refere-se à convocação para firmar o contrato ou à aceitação de instrumento equivalente.

§ 5º Caso a motivação apresentada pelo fornecedor não seja acolhida pela Administração Pública Estadual, o descumprimento da obrigação de fornecer ensejará a aplicação das sanções cabíveis.

Art. 22. Não havendo êxito nas negociações previstas nos arts. 20 e 21 deste Decreto, o órgão gerenciador deverá proceder à revogação da ARP ou do item objeto do pedido de revisão, conforme for o caso, adotando as medidas cabíveis para obtenção da contratação mais vantajosa.

Art. 23. Compete ao órgão gerenciador a apreciação dos pedidos de reequilíbrio dos preços das atas vigentes.

Parágrafo único. O reequilíbrio dos preços da ARP implicará a revisão dos preços dos contratos vigentes, observado o disposto no parágrafo único do art. 20 e no § 2º do art. 21 deste Decreto. (grifei)

Vê-se, em conclusão, que, andou bem a Lei n.º 14.133/2021 para uniformizar o entendimento e procedimento de revisão de valores no território nacional, haja vista que o cenário era bem desigual a depender de qual Estado da Federação estaria em vigor a Ata de Registro de Preços que se pretendia a revisão dos valores nela registrados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema de Registro de Preços apresenta grandes vantagens na seara das contratações públicas e avançou exponencialmente com a novel legislação, principalmente no que diz respeito à possibilidade de se permitir o reequilíbrio econômico-financeiro das Atas de Registro de Preços. No entanto, em termos práticos, pode-se vislumbrar alguns percalços no meio do caminho.

Isso porque, tanto a Lei n.º 14.133/2021, quanto o Decreto n.º 11.462/2023, trazem a obrigação de se realizar pesquisa de mercado, a fim de verificar o valor estimado, o que é um verdadeiro desafio para os órgãos públicos, seja porque a realidade de cada região tem suas especificidades, como distância geográfica, meio de transporte, quantidade de itens, o

que encareceria ou dificultaria sobremaneira a execução do instrumento, seja porque nos casos de recomposição de preços, a demora numa eventual resposta do fornecedor, pode ser crucial para determinar ou alterar o real valor de mercado, por exemplo.

Contudo, essa dificuldade encontrada no planejamento das contratações públicas não deve servir de impeditivo para que a Administração estimule a recomposição dos preços, como forma de preservar o trabalho já efetuado e o dispêndio de verba pública utilizada na realização da licitação que culminou na Ata de Registro de Preços que sofreu o desequilíbrio econômico-financeiro, em observância aos princípios da economicidade nas contratações e da proporcionalidade, que se mostra importante na ponderação dos valores encontrados na ampla pesquisa de mercado exigida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NIEBURH, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 2ª ed. revista e ampliada. Editora Fórum. 2012.

GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos. 2. ed. atualizada de acordo com o Decreto nº 7.892/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FORTINI, Cristiana (Coord.). Registro de Preços: análise da Lei nº 8.666/93, do Decreto Federal nº7.892/13 e de outros atos normativos. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GUIMARÃES, Eduardo dos Santos. Manual de Planejamento das Licitações Públicas. Curitiba: Juruá, 2015.

NIEBURH, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5ª ed. revista e ampliada. Editora Fórum. 2022. Versão eletrônica.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. 1. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v.02



EL CIRCULO VIRTUOSO DE LA COMPRA PÚBLICA

Por Daniela Véliz López

EL CIRCULO VIRTUOSO DE LA COMPRA PÚBLICA

Daniela Véliz López ¹

Tradicionalmente la compra pública fue concebida como un medio de los Estados para adquirir bienes, servicios y obras. Esta función de comprar, para algunos calificada como rutinaria y mecánica, no tenía mayores exigencias que: lograr la adquisición y comprar a un menor precio cumpliendo la normativa vigente. El precio era concebido como el factor decisor a la hora de calificar una compra como “eficiente”, teniendo un nulo protagonismo la calidad como valor. Sin embargo, desde hace unos años, y a consecuencia de los distintos cambios sociales, económicos, climáticos y culturales que hemos experimentado como sociedad, esta concepción de la compra pública fue sufriendo importantes cambios. A nivel de Estados se comenzaron a dictar distintas políticas públicas con el objeto de posicionar la contratación pública, y relevar la calidad de la compra, apareciendo en el escenario conceptos como la compra pública estratégica, las compras verdes, las compras públicas sostenibles, las compras sustentables y el valor por dinero (value for money), forjándose así una nueva concepción de la contratación pública.

Según la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) los Gobiernos

¹ Daniela Véliz López, abogada, Jefa de Bienes y Servicios en Servicio Nacional de Aduanas Chile. Magister en Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Magister en Contratación Pública de la Universidad Castilla de La Mancha.

de todo el mundo gastan alrededor de US\$ 9,5 billones anuales en contratos públicos, lo cual en promedio representa entre 12% y el 20% del Producto Interno Bruto (PIB)² de un país. Es decir, la contratación pública constituye un mercado significativo, y representa la oportunidad de los Estados de ejercer su poder comprador fomentando la producción y comercialización de bienes, servicios y obras de calidad, sostenibles, y de influir fuertemente en el desarrollo de políticas públicas que apoyen a aquellos grupos económicos emergentes desventajados para posicionarse en el mercado de la contratación pública. Sin embargo, la utilización de esta herramienta ha sido lenta en su aplicación práctica, faltando mucho camino por recorrer para poder aumentar la cantidad de procesos que sean fiel reflejo de esta nueva perspectiva de contratación.

El cambio de paradigma de la contratación pública

El cambio de paradigma alude a comprender que, si bien la compra pública, sigue siendo una herramienta de gestión, el objetivo que persigue es un fin público que busca satisfacer una necesidad pública y cumplir un interés general. Por eso la relevancia que hoy reviste la compra pública, por cuanto se ha convertido en la ejecución práctica de las políticas públicas estatales de contratación. No podemos olvidar que a través de la compra pública se distribuyen y administran los recursos públicos de un Estado, tarea que debe ser ejecutada con una exigencia mayor por el impacto que genera no solo en la economía de un país sino en la vida de las personas. La fuerte demanda de bienes, servicios y obras por parte de los organismos públicos ha sido vista como una oportunidad de poder contratar con el Estado y de esta

² OCDE 2010. Disponible en: [MAPS-MethodologyES-v2.pdf \(mapsinitiative.org\)](https://mapsinitiative.org)

forma acceder a los beneficios que emanan de esta relación contractual. Actualmente, existe una gran cantidad de políticas públicas que tienen por objeto posicionar la compra pública en un lugar preponderante dentro de los Estados. Los organismos públicos nacionales e internacionales han puesto sus esfuerzos en relevar la contratación pública, desarrollando principios, directrices, lineamientos, y un dossier de medidas que tienen por objeto que el valor de la compra pública sea visible, aplicable y exigible. En estos avances la doctrina compuesta ha sido la encargada de desarrollar los conceptos de compra verde, compra pública sustentable, compra pública sostenible (CPS), valor por dinero, denominaciones que en su conjunto buscan referir el gran valor que se puede encontrar a través de la contratación pública.

Las compras públicas sustentables se pueden definir como *el proceso mediante el cual las organizaciones satisfacen sus necesidades de bienes, servicios, obras y servicios públicos, obteniendo “el mejor valor por el dinero gastado” en términos de generación de beneficios no solo para la organización sino también para la sociedad y la economía, al tiempo que se minimizan los daños al ambiente*³. Esta figura tiene la potencialidad de convertirse en un auténtico instrumento de mercado de protección ambiental en la medida que es eficaz no solo para reducir el impacto ambiental, sino también para dirigir la conducta de los operadores económicos hacia estándares de protección ambiental mediante nuevas formas de producción y consumo; actuando el órgano de contratación, a tales efectos, como impulsor de las conductas socialmente responsables de los operadores económicos⁴.

3 BELAÚSTEGUI Victoria, “Las compras públicas sustentables en América Latina. Estado de avance y elementos claves para su desarrollo”, en Programa ICT4GP/Documento de trabajo N° 3 de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (2011), p. 10.

4 LÓPEZ TOLEDO, Purificación, “La consideración de aspectos ambientales en la contratación pública. Tesis doctoral en Universidad Castilla de la Mancha (2014), p. 380.

El Valor por Dinero (value for money), *promueve el uso íntegro, efectivo, eficiente y económico de los recursos destinados a las contrataciones públicas, lo que requiere la evaluación de los costos, la calidad y la sostenibilidad de la oferta. En cuanto a la consideración de costos implica valorar los costes y riesgos del ciclo completo de vida; calidad significa cumplir con una especificación que es adecuada en cuanto a su propósito y suficiente para satisfacer los requisitos de necesidad, y Sostenibilidad comprende los beneficios económicos, sociales y ambientales según corresponda al objeto de la contratación*⁵. Para lograr el desarrollo sostenible de los Estados es que la compra pública se posiciona como una herramienta fundamental para promover el principio del valor por dinero y consolidar, a largo plazo, las dimensiones económicas, ambientales y sociales de los procesos de contratación. Estos principios y dimensiones deben observarse no solo en la definición de la estrategia de contratación, sino que, durante todo el procedimiento administrativo, resguardando el cumplimiento del valor en todas las etapas del proceso, y con mayor preponderancia en la ejecución del contrato, que es la instancia donde hacemos exigible todos estos criterios. Existe la necesidad última de posicionar la compra pública como estratégica para un Estado y de gran responsabilidad política y social. El Estado con el poder adquisitivo tiene en sus manos, no solo la distribución y ejecución del presupuesto público, sino también la importante tarea de, a través de la compra pública, favorecer a los grupos sociales emergentes desventajados y mejorar la calidad de vida de las personas.

La compra pública, no es solo adquirir bienes o servicios a un menor precio, sino que se ha transformado en un área estratégica dentro de los Estados y la puerta

5 Directiva Modelo para la Promoción de Compras Públicas Sostenibles, en la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (2021), p. 9.

de entrada del valor público. En palabras del profesor Gimeno Feliú, *la estrella polar de la contratación pública, entre otros principios que “brillan con fuerza” (como la transparencia, la rendición de cuentas o la Integridad) debe ser la calidad y el valor del resultado de la prestación. Y no el precio en una errónea visión economicista, que confunde el verdadero significado del principio constitucional de eficiencia con el objetivo del “ahorro” sin pensar en los efectos que pueda tener en la calidad de los servicios públicos que debemos prestar a la ciudadanía, lo que se alejaría de las exigencias del derecho a una buena administración que, como bien ha señalado J. TORNOS MAS “es el alma de la nueva administración”*⁶. Tanto las decisiones que se tomen o como las que no se tomen entorno a ella deben ser inteligentes, especializadas, eficientes y eficaces. La vinculación del Estado y las personas través de la compra pública refleja la existencia de la corresponsabilidad que debe darse entre ambos a fin de concretar los fines públicos perseguidos. Gran relevancia cobra el sentido de la horizontalidad de los derechos que nos exige relacionarnos con las personas ya no desde una relación vertical jerarquizada, sino de una forma armoniosa que permita la consecución de los fines públicos a través de la colaboración y participación activa del sector privado.

Estas premisas son el quid para poder entender en qué momento nos encontramos hoy. Nadie puede, ni debe, quedar fuera de este cambio. Los esfuerzos están radicados en propiciar y ejecutar compras públicas estratégicas, a tal punto que, en algún momento, al hablar de compra pública se entienda per sé que ésta es estratégica sin necesidad de decirlo. Para lograr esto queda aún camino por recorrer, ya que, no obstante,

6 GIMENO FELIÚ, José María, “Reflexiones sobre la aplicación de la normativa contratación pública en España: En búsqueda de la estrella polar”, en AA.VV. Observatorio de los contratos públicos (2022) p. 18.

el arsenal de medidas y políticas públicas que se han dictado al respecto, aún podemos observar una baja aplicación de las compras sostenibles y sustentables por los organismos públicos en los procesos de adquisición. El Objetivo de Desarrollo Sostenible 12.7, “Promover prácticas de contratación pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales”, hace un llamado expreso a los Estados a: Empoderarse y ser un sujeto desarrollador de mercados innovadores y más sostenibles, que otorguen soluciones a los actuales desafíos sociales y ambientales; Alejarse del enfoque de contratación que se centra en principios exclusivamente económicos; Integrar criterios ambientales y sociales dentro los procesos administrativos estatales, y así promover una producción y consumo responsable e implementar políticas públicas que se basen en una amplia perspectiva de derechos, donde el desarrollo sostenible sea una cualidad típica de cada una de sus acciones. Al respecto, podemos concordar en que los Estados han cumplido con la creación de políticas públicas referidas a la contratación pública estratégica, pero algo impide que la bajada de esas políticas sea la esperada. Entonces nos preguntamos: ¿Por qué es lenta la incorporación de la sostenibilidad y el valor social en la contratación pública? ¿Qué nos falta por hacer?⁷ Estas interrogantes son las que nos llevan a revisar nuevamente las premisas que antes mencionamos, y así, determinar qué es lo que podemos hacer para avanzar realmente en este camino y llegar al buen puerto de la correcta administración y bien común.

7 Véase en este sentido PERNAS José, *Hacia una compra pública verde “en serio” de la mano del principio DNSH: propuesta básica para su necesaria articulación jurídica y técnica* (2022). Disponible en <https://www.obcp.es/opiniones/hacia-una-compra-publica-verde-en-serio-de-la-mano-del-principio-dnsh-propuesta-basica>

El valor social de la compra pública

El “valor” hace referencia a una cualidad o conjunto de cualidades por las que algo es apreciado o bien considerado. El valor determina el alcance de la significación, importancia o validez de una cosa. Para la Real Academia Española, “valor” viene del latín “*tardío valor*” que alude al *grado de utilidad o aptitud de las cosas para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite o al alcance de la significación o importancia de una cosa, acción, palabra o frase*. En la contratación, el valor alude a las cualidades positivas que posee o se atribuyen a la compra pública. Es difícil visualizar una dimensión social del contrato administrativo. Lo anterior, dado su duro contenido en cuanto a requisitos y clausulado. Históricamente las contrataciones han tenido como único objetivo comprar al precio más bajo. El precio era el único elemento que permitía calificar la compra como “eficiente”. Hace unos años, los criterios de evaluación solo miraban los aspectos económicos y técnicos, teniendo preponderancia el factor precio, la experiencia, el plazo de entrega, la capacidad económica, etc., todos criterios objetivos centrados en el bien o servicio a adquirir. Sin embargo, con los cambios sociales, climáticos, culturales y económicos, que hemos experimentado como sociedad, así como la relevancia que ha recobrado la función pública del Estado, que tiene como centro a las personas y el bien común, se ha podido abandonar estas antiguas convicciones y ver en la contratación pública otras cualidades que han generado lo que podemos denominar el **“círculo virtuoso de la compra pública”**.

Todo parte de una necesidad pública. Hay un organismo público que requiere un bien, un servicio o ejecutar una obra determinada. Para ello, comúnmente las unidades compradoras analizan las

características técnicas de lo requerido, cuál es el precio de mercado, qué tipo de proveedores venden esos bienes o servicios, y cómo funciona el rubro. Este modelo tradicional de contratación es el que se busca modificar con el objeto de dejar atrás el enfoque de la contratación centrado en principios puramente económicos y enfocados en el gasto presupuestario, incorporando otras etapas que nos permitan, por una parte, ampliar las alternativas de oferentes disponibles, y por otra, incorporar valor a la compra pública.

El valor social de la compra pública, si bien por algunos autores se encuentra comprendido dentro del concepto de sostenibilidad, estimamos referirlo de forma individual, señalando que, en lo específico, abarca la inclusión y promoción de los grupos sociales emergentes, la equidad de género, la contratación de personas con discapacidad o jóvenes y adultos mayores desempleados, el desarrollo y fomento de la economía local, y la protección de las normas laborales en todo el proceso de contratación. La incorporación de este conjunto de valores es que lo que se conoce como “contratación pública socialmente responsable”. En el año 2011, la Comisión Europea definió la contratación pública socialmente responsable como *“las operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas (RSE)...”*

En este sentido, los grupos sociales emergentes son aquellos proveedores que hoy denominamos pequeñas empresas,

pymes, pequeños productores, empresas lideradas por mujeres, empresas locales o empresas familiares. Estos grupos comparten la característica de ser de un menor tamaño, poseer un capital reducido, considerando que parte de ellas corresponden incluso a empresas familiares, y tener poca experiencia previa en contratos similares o bien ser de bajos montos. No obstante estas desventajas, la compra pública les ha permitido relacionarse con el Estado (como gran ente comprador) generando un vínculo contractual de gran valor social. Por su parte, la perspectiva de género en la contratación busca disminuir la brecha de género en el acceso a los contratos. *La evidencia refleja que invertir en el empoderamiento económico de las mujeres contribuye directamente a la igualdad de género, la erradicación de la pobreza y el crecimiento económico inclusivo. Sin embargo, hoy las mujeres todavía no participan equitativamente en las economías*⁸. La compra con perspectiva de género implica entonces considerar en la selección de los bienes, servicios y obras, la promoción de la contratación de las mujeres, promoviendo la igualdad entre hombres y mujeres, teniendo presente que, la incorporación de estas cláusulas sociales, son una medida de discriminación positiva, que vienen a promover la igualdad de trato, de oportunidades y de acceso laboral, considerando la concreción de un fin social.

Como hemos mencionado, la naturaleza de la compra pública no es estática ni rígida. Al contrario, es voluble, móvil, y esencialmente dinámica. Se adapta al momento actual que vive la sociedad e intrínsecamente satisface una necesidad pública generando impacto social. La pandemia del Covid-19 afectó fuertemente el

8 Orientaciones para incorporar la perspectiva de género en la compra y contratación de servicios En los Organismos Iberoamericanos 2023. Disponible en <https://www.segib.org/?document=orientaciones-para-incorporar-la-perspectiva-de-genero-en-la-compra-y-contratacion-de-servicios-en-los-organismos-iberoamericanos>

abastecimiento a nivel mundial, generándose escasez en distintas materias primas y productos, de los cuales no siempre se pudo encontrar sustitutos. Disminuyeron las importaciones y exportaciones, se contrajo el mercado, y fueron naciendo otras alternativas de compra, como fue la producción propia y la irrupción en el mercado de las pequeñas empresas como contratistas del Estado. El ingreso de estos grupos sociales emergentes permitió, a través de la compra pública, reactivar la economía interna, fomentar el comercio local, beneficiar a los proveedores con fuentes de trabajo para sus colaboradores, y otorgar un lugar en el mercado que antes no poseían. De esta forma, la compra pública fue encontrando un nuevo sentido, objeto y fin. A través de ella no sólo se compran bienes y servicios, sino que se concretan políticas públicas y se genera impacto social. El Estado se hace responsable de permitir y promover el acceso a la contratación pública a grupos minoritarios, así como proteger el medioambiente y resguardar las condiciones laborales y ambientales que rodean la compra. Es por ello que, cuando hablamos del círculo virtuoso de la compra pública, estamos haciendo alusión a ese conjunto de cualidades positivas que se producen con la acción de comprar como un efecto multiplicador, y en el cual podemos ver un impacto social, ambiental, laboral y económico. Lo denominamos círculo virtuoso porque de una sola acción surgen efectos positivos concatenados que impactan fuertemente en distintas dimensiones, generando resultados eficaces y óptimos.

Nos encontramos experimentando el antes y después de la compra pública, siendo parte activa de este fenómeno que nos exige ser protagonistas desde el lugar que ocupemos, ya que ha sido comprobado que el trabajo conjunto es la clave para contar con una compra pública estratégica y duradera.

Incorporación del valor social en las compras públicas

La creación de valor por los organismos públicos se produce en tres dimensiones simultáneas: la económica, la ambiental y la social. El valor social se crea cuando los recursos, procesos y políticas, se combinan para mejorar la vida de las personas o de la sociedad en conjunto. La incorporación del concepto del concepto de valor social en la legislación pretende reconocer e impulsar iniciativas que favorezcan el bienestar de aquellos colectivos o personas menos favorecidas, así como la promoción de su reinserción o inclusión en la sociedad y la promoción de valores solidarios y de carácter medioambiental⁹. Esta incorporación debe ser progresiva. La gestión del cambio no es una cuestión que pueda imponerse a las entidades compradoras, si no que exige un proceso previo de conocimiento, capacitación, difusión y acompañamiento. La inclusión del valor social tiene mayores dificultades en su incorporación que los aspectos ambientales y de calidad de los bienes y servicios. La Comisión Europea plantea que, dentro del marco legal existente, es relativamente “más fácil” incluir requerimientos ambientales como especificaciones técnicas o de desempeño para bienes, servicios y obras públicas. Lograr la inclusión de criterios sociales o éticos puede resultar más complejo dentro de las regulaciones existentes para el proceso de compra, aunque hay algunas excepciones que ya funcionan en este sentido¹⁰. Por ello, para abordar el desafío que se presenta al implementar el valor social en las compras públicas, podemos identificar ciertos

elementos que ayudarán a su incorporación, tales como: considerar criterios sociales en las bases técnicas; contemplarlos en las bases como criterios de evaluación y/o desempate; dar mayor puntaje a aquellas empresas que sean de menor tamaño/lideradas por mujeres/tengan contratadas personas con discapacidad o jóvenes desempleados; disminuir la burocracia para ofertar facilitando el acceso de pequeños proveedores; requerir sólo documentos indispensables para evaluar o contratar, evitando solicitar antecedentes sin trascendencia; usar lenguaje claro en los pliegos de condiciones; fijar adjudicación múltiple por línea o lote permitiendo que estos pequeños grupos puedan pujar y ganar; fiscalizar en la ejecución y desarrollo del contrato el cumplimiento de los criterios con valor social, pues en esta etapa es donde se concretan y reflejan los beneficios de carácter social, económico y medioambiental.

Otro aspecto fundamental es la planificación de las compras públicas, ya que juega un rol trascendental en la implementación del valor social en las compras públicas. Sin una planificación eficiente no podré generar compras que sean virtuosas. Es necesario mirar la planificación anual de compras y evaluar en qué compras puedo agregar valor. Hay que conocer y analizar el mercado, definir los rubros viables de impactar con este valor social, determinar la capacidad de respuesta que tengan los eventuales proveedores a contratar, saber si en la ubicación geográfica hay oferta disponible y si los recursos presupuestarios son suficientes para la implementación, debiendo entonces priorizar las áreas en que se podrá avanzar de forma gradual y sistemática. Existen por tanto distintos enfoques para delimitar el conjunto de bienes, servicios y obras sobre los que se podrá aplicar el valor social. Dentro de la alternativas disponibles de selección podemos optar entre aquellas compras que representen una gran relevancia para el organismo, aquellas que generen

9 SOLORZANO GARCÍA, Marta y NAVÍO MARCO, Julio, “Incorporación de valor social a la contratación pública en España: Situación y Perspectivas”, en REALA N° 4 (julio-diciembre 2015), p. 42.

10 Op. Cit. N° 3, p.21.

mayores resultados beneficiosos o bien por aquellas que presenten un bajo impacto en el presupuesto siendo recomendable su implementación. Una premisa importante a tener en consideración es que no toda compra pública es estratégica y no todo es sostenible o viable de agregar valor social. Asimismo, lo que funciona para un Estado no necesariamente funcionará para otro. Esto porque el dinamismo de la contratación pública hace que tengamos necesidades diferentes a las que también haya soluciones diversas. Una vez levantado el análisis de la planificación de compra y seleccionados los procesos que puedo incorporar valor, es una buena práctica el realizar planes pilotos que permitan de forma progresiva gestionar el cambio del modelo de compra y de esa forma fomentar el desarrollo de mercados de producción interna sostenible, fortaleciendo ciertos sectores económicos y fomentando a proveedores emergentes.

Al igual que la planificación estratégica, es relevante contar con un plan capacitación que permita a los y las funcionarios/as compradores/as acceder a los conocimientos de las compras públicas estratégicas con valor social. Una de las barreras que dificultan la incorporación del valor social en las compras es la falta de conocimientos y concientización por parte de los compradores públicos, quienes al no contar con las herramientas necesarias difícilmente podrán incluir este valor en sus proceso de compras. Esta carencia de información en las ventajas y beneficios que representan las compras públicas con valor social, y principalmente en el cómo aplicarlas, genera una gran barrera en la implementación. La incorporación del valor social exige, no solo tener las políticas públicas y normativas pertinentes, sino tener un programa de capacitación intensivo y exigente, de carácter permanente, que permita disminuir la brecha en conocimiento que existe en los compradores públicos

de los distintos organismos públicos. Esta profesionalización es un elemento principal para una adecuada velocidad y seguridad en la visión estratégica de la compra pública¹¹. Asimismo, el compromiso y responsabilidad de las jefaturas de los servicios públicos es esencial para el éxito de su incorporación. Sin su apoyo y adopción de medidas desde arriba de la organización hacia abajo se hace imposible concretar la bajada de todos estos principios que hemos comentado.

Chile y las compras públicas con valor social

En el caso chileno, la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y su Reglamento, y las Directivas de la Dirección de Chilecompra se han encargado de establecer y consolidar políticas públicas referidas a las compras públicas sostenibles. La normativa chilena es comprensiva de la contratación pública estratégica, y a través, de diversos mecanismos se ha preocupado de fomentar su aplicación. En materia legal y reglamentaria, se regula al efectuar licitaciones públicas ciertas exigencias que deben ser previstas obligatoriamente en las bases de licitación a fin de promover y resguardar la sostenibilidad en su dimensión económica, social y ambiental. Así, el artículo 6 de la ley 19886 es el que consagra y declara una serie de principios en resguardo y promoción de estas consideraciones, indicando que, *“Las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros. En el caso de la prestación de servicios habituales, que*

11 Véase en este sentido, DÍAZ BRAVO, Enrique, “La profesionalización: condición sine qua non de la Contratación pública estratégica,” en libro colectivo La profesionalización en la contratación Pública estratégica, Tirant lo Blanch, Valencia (2022), pp. 217-257.

deban proveerse a través de licitaciones o contrataciones periódicas, se otorgará mayor puntaje o calificación a aquellos postulantes que exhibieren mejores condiciones de empleo y remuneraciones. En las bases de licitación y en la evaluación de las respectivas propuestas se dará prioridad a quien oferte mayores sueldos por sobre el ingreso mínimo mensual y otras remuneraciones de mayor valor, tales como las gratificaciones legales, la duración indefinida de los contratos y condiciones laborales que resulten más ventajosas en atención a la naturaleza de los servicios contratados. Del mismo modo, se dará prioridad a las propuestas que garanticen los pagos a que alude el inciso sexto. Estas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes, ni sólo atender al precio de la oferta”. Luego, de forma expresa exige una regulación especial para las bases de licitación de los servicios de recolección de residuos sólidos domiciliarios y de los servicios de alimentación a establecimientos de educación, agregando que, en todo caso, la Administración deberá propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones¹². Estas exigencias particulares buscan, proteger a los trabajadores/as que son contratados para prestar estos servicios, desde el punto de vista laboral, fijando un mínimo en cuanto a sus remuneraciones, en el caso de los servicios de recolección de residuos, y mejorando las condiciones de empleo y remuneración.

En el reglamento de la ley de compras, podemos encontrar otras estipulaciones que tienen por objetivo resguardar las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas proveedoras y promover el valor social, entre las que podemos mencionar las siguientes: las garantías de fiel cumplimiento del contrato

12 Véase en este sentido PARRA CORTÉS, Rocío, “La Agenda 2030 y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible: antecedentes y perspectivas para promover el consumo y la producción sostenibles en Chile”, en Revista De Derecho Ambiental, (2018), pp. 99 - 121.

también resguardan el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores de las empresas contratadas, así como el pago de las remuneraciones; se establece una causal de trato directo referida a materias de impacto social que permite contratar a pequeñas empresas bajo un monto determinado; se fomenta la participación en licitaciones de empresas reunidas bajo la forma de Unión Temporal de Proveedores, a fin de fomentar el acceso de pequeños empresarios; se regula el pago oportuno de proveedores a 30 días corridos, y así dar liquidez en sus contratos, todas medidas que buscan relevar el valor social de la compra.

La Dirección de Chilecompra, por medio de sus directivas ha orientado a los organismos públicos hacia las compras públicas sostenibles, dando directrices sobre cómo incorporar la sustentabilidad, la protección laboral, la igualdad de género y la eficiencia en los procesos de compra. Para dichos efectos se han publicado las siguientes directivas enfocadas en ello: la Directiva N°9 Eficiencia energética; la Directiva N°13 Compras Sustentables; la Directiva N°16 Subcontratación y Ley de compras; la Directiva N°17 Igualdad de oportunidades en el Mercado Público; la Directiva N°20 Enfoque de Género; la Directiva N°22 Unión Temporal de Proveedores; la Directiva N°25 Criterios ambientales; la Directiva N°26 Recomendaciones para mayor eficiencia; la Directiva N°33 Recomendaciones para compras innovadoras y la Directiva N°43 Promoción de Mi pymes¹³. En aplicación de estas directrices, es que en los procesos licitatorios se puede innovar incorporando criterios de evaluación sustentables, sociales e inclusivos, como son, la eficiencia energética, el impacto medioambiental, las condiciones de empleo y remuneración, la contratación de personas con discapacidad, y otras materias de impacto social,

13 Directivas disponibles en www.chilecompra.cl

pudiendo considerar dentro de éste último, las empresas de menor tamaño, la descentralización, el desarrollo local, el enfoque de género, la contratación de jóvenes desempleados y personas descendientes de pueblos originarios. Asimismo, se fomenta la contratación de “cooperativas y Uniones Temporales de Proveedores”, figuras que potencian a los pequeños proveedores. La Unión Temporal de Proveedores o UTP, es una “Asociación de personas naturales y/o jurídicas, para la presentación de una oferta en caso de licitaciones, o para la suscripción de un contrato, en caso de un trato directo.” (Art. 2, N° 37, Reglamento de Compras). Con estas dos formas de asociatividad, se potencia el mercado local, comprando en la zona geográfica en que se encuentra el organismo público, contribuyendo al fomento de las PYMES de la Región, Provincia o Municipios.

En la cuenta pública de la Dirección Chilecompra año 2023¹⁴ se destacó la alta presencia de empresas de menor tamaño como proveedoras públicas, informando que **el 97% de los proveedores participantes son de este** tipo de empresas, las que han visto un aumento sostenido en los montos adjudicados, representando un 56% de crecimiento en los últimos 11 años.

Experiencias de compras públicas con valor social

A fin de compartir experiencias en compras públicas con valor social, comentar tres contrataciones: la primera dice relación con la prestación de un servicio de reciclaje de vestuario institucional; la segunda, con un servicio de estampado de vestuario y la tercera con el servicio de aseo. El reciclaje del vestuario institucional era una necesidad histórica. Con el paso del tiempo se había

14 Cuenta pública disponible en <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2023/05/2023-05-18-cuenta-pu%CC%81blica-ChileCompra.pdf>

acumulado una gran cantidad de prendas en desuso que no permitían ser donadas a otras instituciones para dar una nueva utilidad. Conforme lo anterior, se hizo un estudio del mercado a fin de conocer este rubro, y saber cómo opera, qué valor tiene este servicio, y qué requisitos técnicos debían cumplir las empresas que lo realizan. Con la información obtenida, se sostuvieron reuniones con distintas empresas que se dedicaban a este rubro, encontrándonos con proveedores que tenían una gran experiencia en cantidad de contratos, variados clientes, distintos precios, y formas de operar. Pudimos constatar que, a medida que la empresa era más grande en su tamaño y con mayor experiencia el precio del servicio era mayor. A la inversa, las pequeñas empresas tenían precios menores porque economizaban en sus costos al ser empresas familiares o de menor tamaño. De la información obtenida, se pudo establecer que, el kilo de vestuario reciclado oscilaba entre 1 a 4 cuatro dólares impuestos incluidos. La diferencia de precios llamaba la atención teniendo en consideración que el producto final era el mismo: la destrucción del vestuario a través de su reciclaje. La investigación había arrojado que, el proceso de destrucción del vestuario, consistía en que los textiles eran desmenuzados en fibras convirtiéndola en paños de vellón textil y convertido en canelos de hilado de vellón textil que luego permitían generar hebras de hilado de ropa y textil reciclado. Finalmente, este producto podía transformarse en ovillos, pieceras, frazadas, mantas cojines o chalecos. De esta forma, habiendo realizado diversas consultas a los proveedores de este rubro, llegamos a una empresa pequeña empresa familiar (pyme), liderada por una mujer que era su representante legal, que contaba con presencia local, y que dentro de su objeto social tenía el cobrar un precio justo que fomentara el reciclaje. Esta empresa, que era la menor en tamaño y capacidad, era la que tenía el menor precio, cobrando 1 dólar por kilo de

vestuario reciclado. Tenía sus certificaciones y permisos vigentes, así como experiencia en trabajar con otros organismos públicos. En cuanto al mecanismo de contratación, la normativa chilena prevé, en el artículo 8 letra g) de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y el artículo 10, número 7, letra n) de su Reglamento, que el trato directo procede, con carácter de excepcional, cuando por la naturaleza de la negociación existan circunstancias o características del contrato que hagan del todo indispensable acudir a éste, y específicamente, n) *Cuando se trate de adquisiciones inferiores a 10 UTM, y que privilegien materias de alto impacto social, tales como aquellas relacionadas con el desarrollo inclusivo, el impulso a las empresas de menor tamaño, la descentralización y el desarrollo local, así como aquellas que privilegien la protección del medio ambiente, la contratación de personas en situación de discapacidad o de vulnerabilidad social. El cumplimiento de dichos objetivos, así como la declaración de que lo contratado se encuentre dentro de los valores de mercado, considerando las especiales características que la motivan, deberán expresarse en la respectiva resolución que autorice el trato directo.* En el caso en concreto se cumplían las exigencias previstas para su aplicación, por lo que nos encontrábamos frente a lo que podemos denominar una compra virtuosa: se contrata a una pyme (fomento desarrollo económico), que es representada por una mujer (equidad de género), que se encuentra ubicada en la comuna (desarrollo local), y el servicio tiene por objeto el reciclaje textil (sustentabilidad). Esta compra pública contiene todos esos valores que hemos comentando se pueden lograr a través de ella. Valores sociales que nos permiten fomentar distintas materias, principalmente dar la oportunidad a un proveedor de contratar con el Estado y de esta vinculación obtener esos beneficios que solo un organismo público puede otorgarle.

En este punto, no podemos olvidar que para muchos proveedores llegar a contratar con el Estado representa una gran oportunidad económica. En esa vinculación contractual se contemplan aspectos no tan solo económicos por vender un determinado producto, servicio u obra, sino que hay otros beneficios, como la estabilidad laboral, el pago oportuno, el resguardo de las obligaciones laborales con los trabajadores, el crecimiento económico, y la oportunidad de poder obtener del Estado una ayuda en el impulso de sus empresas.

En el caso del servicio de estampado de vestuario institucional, se había comprado una cantidad de pantalones para el personal del Servicio, y resultaba necesario estampar el logo institucional. En el mercado había distintas empresas dedicadas a este tipo de trabajo. De hecho, la misma empresa que vendía los pantalones podía realizar el estampado, pero a un precio mayor. Los precios más económicos se encontraban en la capital, compitiendo fuertemente con los pequeños proveedores locales. Sin embargo, del estudio de mercado realizado se pudo obtener información de una pequeña empresa familiar, dedicada al estampado textil y que tenía su domicilio en la comuna. Con esta información, solicitamos una prueba de los estampados, para ver la calidad de su trabajo y su capacidad. Finalmente, contratamos a dicha empresa, por considerar la compra como sostenible, al promover el crecimiento de una pequeña empresa familiar, liderada por una mujer, con domicilio en la comuna, y muchas ilusiones de poder trabajar con el Estado. Aquí, encontramos otro ejemplo de una compra virtuosa. La simple acción de contratar un servicio, se transformó en una oportunidad que impactó positivamente a una pequeña empresa. Si hubiéramos seguido el modelo tradicional habríamos contratado una empresa con gran experiencia en el rubro y con varios años de antigüedad. Con esta compra se impulso el desarrollo local, se promovió la equidad de género y fomentó la contratación de una pyme con sello mujer.

Como podemos advertir, la gestión del cambio en la forma de contratar y el analizar una nueva forma de comprar, es lo que permitió acercar la contratación pública a proveedores que no tienen las mismas oportunidades de acceso que las grandes empresas. Esto no quiere decir que las grandes empresas no sean convenientes en sí mismas, no se trata de segregar o descalificar empresas, sino que de generar un equilibrio entre los menos privilegiados y desfavorecidos, y fomentar su desarrollo a través de su relación con el Estado.

Finalmente, comentar sobre un gran cambio referido a la contratación del servicio de aseo. El servicio de aseo constituye uno de esos contratos básicos de los organismos públicos que debe ser prestado de forma continua e ininterrumpida. Estos servicios son en su mayoría de carácter anual, sus pagos son mensuales y consideran una serie de exigencias referidas a cantidad de personal, horas trabajadas, lugares a desempeñarse, técnicas de limpieza, horarios de trabajo, herramientas e insumos a utilizar, etc. Según la cantidad de instalaciones a limpiar es el tamaño de la empresa que se contrata. Comúnmente se trata de grandes empresas que tienen presencia regional y manejan tres o más contratos simultáneos sin mayores inconvenientes. Pues bien, a fin de alinear este servicio a las distintas políticas públicas referidas a la sustentabilidad, comenzamos a trabajar en una nueva forma de prestar este servicio, para lo cual se analizaron contratos de otros organismos públicos, se consultó con diversos proveedores acerca de la calidad de los servicios que prestaban, y con la información obtenida pudimos determinar que, era posible hacer algunos ajustes al requerimiento técnico que nos permitiera incorporar la sustentabilidad. En esta compra la estrategia, fue establecer criterios de evaluación donde se otorgaba mayor puntaje a las empresas que acreditaran las siguientes condiciones: fueran lideradas

por mujeres; contratación de personas con alguna discapacidad o mayores de edad o desempleados o jóvenes; que el domicilio fuera local; que ofrecieran mejores condiciones de empleo y seguridad social; que sus artículos e insumos de aseo fueran ecológicos o ciertas etiquetas que validaran el ser sustentables; que las bolsas de basura fueran recicladas, entre otras exigencias. Como se puede advertir, todas estas exigencias tenían por objeto dar valor a la compra, aumentando su calidad, imprimiendo sustentabilidad, fomentando a pequeñas empresas, resguardando el medio ambiente, y ser también una oportunidad laboral para estos proveedores.

Estas tres experiencias, demuestran la concreción de medidas específicas para poder generar compras públicas sostenibles. En el caso de la empresa del servicio de reciclaje y aseo, podemos clasificarlas como “Empresas con Propósito”, aquellas que son un actor del mercado que opera como grande dinamizador del cambio para atender los desafíos globales del cambio climático y el desarrollo sustentable, y se caracterizan por la profundidad del compromiso de sus dueños con generar un impacto positivo ambiental y/o social, como elemento central de su identidad y su negocio¹⁵.

Reflexiones finales

El riesgo de innovar puede ser alto, por lo que el papel del sector público como líder en innovación y tomador de riesgos es muy importante. Y las compras públicas sostenibles, con su énfasis en el valor por dinero, proporciona a los Estados una sólida justificación para invertir en innovación. Asimismo, como la demanda del sector público se caracteriza por ser de gran escala y a largo plazo, las Compras Públicas Sostenibles son un poderoso motor para el desarrollo del nuevo mercado de empresas que crean valor económico, social y ambiental, al

15 Op.cit. N° 5, p. 6.

garantizar la demanda de su producto. Este compromiso fortalece el mercado y, debido al efecto ejemplificador respecto de lo sostenible, promueve la conciencia social y ambiental sobre el poder de compra, produciendo un efecto retroalimentador en la economía¹⁶.

El éxito de la incorporación de las compras públicas con valor social en un Estado, dependerá de una variable de factores que permitan contar con procesos de contratación de calidad. Para ello la existencia de una política de compras públicas dentro de la institución resulta relevante. Asimismo, la adquisición de bienes y servicios con criterios de sustentabilidad, la incorporación en las bases de licitación de criterios sociales constituyen los mecanismos y herramientas que harán tangible el valor en las compras ya que impacta directamente en el proceso de contratación. La capacitación y profesionalización de las unidades públicas compradoras es esencial para la eficacia de las políticas públicas, y un aspecto que estamos muy al debe de cumplir. Es necesario diseñar programas de formación continua para fomentar las prácticas sustentables, acompañado de una difusión estratégica sobre el cuidado medioambiental, la protección laboral, el desarrollo local, la promoción de los grupos de proveedores emergentes, todo acompañado de una sensibilización que acerque a los equipos de trabajo a estos principios. El atreverse al cambio, sin miedo a fracasar, es el corazón del éxito en la implementación de las compras con valor social. Si no se da ese primer paso no se podrá avanzar. Nada se logra de inmediata y al primer intento, pero si vamos sumando experiencia con distintos procesos de compra y probando con los diferentes mecanismos de contratación, iremos ganando experiencia y seguridad en que todos estos objetivos

16 CONOLLY, Constanza, DE PASQUALE, Franco, NOEL, Soledad, "La compra pública como motor de desarrollo de la economía de triple impacto: Herramientas para avanzar en su implementación", p. 12.

y políticas públicas se pueden cumplir. El compromiso y corresponsabilidad de los Jefes de Servicios es fundamental. Sin la convicción de las jefaturas en estas materias, los equipos de trabajo pierden motivación. Por ello hay que trabajar fuertemente en la capacitación, difusión, sensibilización, de manera tal, que en un futuro próximo los porcentajes de procesos de compras de esta categoría aumenten progresivamente.

Todos formamos parte de este cambio, y nadie puede quedarse fuera. Es un trabajo colectivo que requiere de esfuerzos y trabajos conjuntos. Recordar las palabras del Santo Padre Francisco¹⁷, quien expreso: *desde mediados del siglo pasado, y superando muchas dificultades, se ha ido afirmando la tendencia a concebir el planeta como patria y la humanidad como pueblo que habita una casa de todos. Un mundo interdependiente no significa únicamente entender que las consecuencias perjudiciales de los estilos de vida, producción y consumo afectan a todos, sino principalmente procurar que las soluciones se propongan desde una perspectiva global y no sólo en defensa de los intereses de algunos países. La interdependencia nos obliga a pensar en un solo mundo, en un proyecto común... Para afrontar los problemas de fondo, que no pueden ser resueltos por acciones de países aislados, es indispensable un consenso mundial que lleve, por ejemplo, a programar una agricultura sostenible y diversificada, a desarrollar formas renovables y poco contaminantes de energía, a fomentar una mayor eficiencia energética, a promover una gestión más adecuada de los recursos forestales y mar.*

Finalmente, terminar con las palabras del profesor Gimeno Feliu, señalando que, *la nueva legislación de contratación pública debe servir para orientar la brújula de nuestra práctica en este ámbito, orientándola hacia la estrella polar de la calidad y el valor, lo que*

17 Carta Encíclica Laudato SI' del Santo Padre Francisco, Sobre el Cuidado de la Casa Común, I. Diálogo sobre el medio ambiente en la política internacional número 164, de 2015.

debe permitir corregir el actual camino (y sus cuellos de botella). El camino que nos indica la estrella polar, con mucho brillo y nitidez, no es la burocracia sino la estrategia. Y no es el precio y el ahorro, sino el valor y la inversión. En ello va el futuro de un derecho de la contratación pública que piensa en las personas (y en la transformación social) y no en los privilegios ni en el inmovilismo del “siempre ha sido así”¹⁸.

Bibliografía

BELAÚSTEGUI Victoria, “Las compras públicas sustentables en America Latina. Estado de avance y elementos claves para su desarrollo”, en Programa ICT4GP/Documento de trabajo N° 3 de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (2011), pp. 41-50.

CONOLLY, Constanza, DE PASQUALE, Franco, NOEL, Soledad, “La compra pública como motor de desarrollo de la economía de triple impacto: Herramientas para avanzar en su implementación”, p. 12.

DÍAZ BRAVO, Enrique, “La profesionalización: condición sine qua non de la Contratación pública estratégica,” en libro colectivo La profesionalización en la contratación Pública estratégica, Tirant lo Blanch, Valencia (2022), pp. 217-257

GIMENO FELIÚ, José María, “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, en Anuario del gobierno local (2017).

GIMENO FELIÚ, José María, “La calidad como nuevo paradigma de la contratación pública”, en Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, núm. 159, (2019).

GIMENO FELIÚ, José María, “Reflexiones sobre la aplicación de la normativa contratación pública en España: En búsqueda de la estrella polar”, en AA.VV. Observatorio de los contratos públicos (2022) p. 18.

LAZO Ximena, “Compra pública verde: novedades introducidas por la Directiva 2014/24UE sobre contratación pública” en Gestión de compras: la revista de los profesionales de compras, aprovisionamientos y gestión de materiales 14, N°92 (2014), pp. 44-47.

LÓPEZ TOLEDO, Purificación, “La consideración de aspectos ambientales en la contratación pública. Tesis doctoral, dirigida por el Dr. José Antonio Moreno Molina y la Dra. Alma Patricia Domínguez Alonso. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha. Departamento de Derecho Público y de la Empresa, 2014. 464 p.

PARRA CORTÉS, Rocío, “La Agenda 2030 y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible: antecedentes y perspectivas para promover el consumo y la producción sostenibles en Chile”, en Revista De Derecho Ambiental, (2018), pp. 99 – 121.

PERNAS José, Hacia una compra pública verde “en serio” de la mano del principio DNSH: propuesta básica para su necesaria articulación jurídica y técnica (2022). Disponible en <https://www.obcp.es/opiniones/hacia-una-compra-publica-verde-en-serio-de-la-mano-del-principio-dnsh-propuesta-basica>

SOLORZANO GARCÍA, Marta y NAVÍO MARCO, Julio, “Incorporación de valor social a la contratación pública en España: Situación y Perspectivas”, en REALA N° 4 (julio-diciembre 2015), pp. 41-50.

Instrumentos normativos internacionales

Directiva Modelo para la Promoción de Compras Públicas Sostenibles, en la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (2021)

Orientaciones para incorporar la perspectiva de género en la compra y contratación de servicios En los Organismos Iberoamericanos 2023. Disponible en <https://www.segib.org/?document=orientaciones-para-incor->

18. Ob. Cit. 6, p. 48.

porar-la-perspectiva-de-genero-en-la-compra-y-contratacion-de-servicios-en-los-organismos-iberoamericanos

OCDE. Hacia el Crecimiento Verde. París: 2011.

OCDE-CEPAL. Evaluación del Desempeño Ambiental de Chile. Santiago, 2016

RICG. Los obstáculos financieros para la participación de las pymes en las compras públicas. Las soluciones ensayadas en la región y en el mundo. Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG). Programa ICT4GP. N° 2. Serie Pólíce Briefs. <http://www.ricg.org/>

Innovaciones en compras públicas sustentables. Inclusión de criterio de empleabilidad en las compras públicas. Programa de Inversiones Intensivas en Empleo para América Latina.



INCP

INSTITUTO NACIONAL DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

LINKEDIN