

DANDO UM ZOOM IN EM 3 INSTITUTOS DA NLLC

O planejamento das contratações, a pesquisa de preços e o regime sancionador

Disponível em:

https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=18833&n=dando-um-zoom-in-em-3-institutos-da-nllc

Angelina Leonez

Especialista em Gestão Pública e Gestão Estratégica de Pessoas. Pós-graduanda em Licitações e Contratos. Graduada em Administração pela UFRN. Servidora do Ministério da Ciência Tecnologia e Inovações -MCTI, atuando como Pregoeira e Coordenadora de Licitações, Compras e Contratos. Autora de artigos sobre o tema Planejamento das Contratações, dentre outros, e palestrante na área de contratações públicas.

Renila Bragagnoli

Gerente da Procuradoria Jurídica da Empresa de Planejamento e Logística S.A. – EPL. Advogada de carreira empresa pública federal desde 2009. Mestranda em Direito Administrativo e Administração Pública pela Universidade de Buenos Aires (UBA), Especialização em Políticas Públicas, Gestão e Controle da Administração pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP/DF). Professora de cursos de pós-graduação na temática Lei das Estatais e palestrante na área de contratações públicas.

Viviane Mafissoni

Advogada. Especialista em Direito Público. Analista de Políticas Públicas do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul desde 2010. Atualmente em exercício como Chefe de Serviço de Compras Centralizadas da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH, vinculada ao Ministério da Educação. Autora de artigos e palestrante sobre o tema infrações e sanções administrativas, dentre outros, que envolvem compras públicas.

Introdução

Em abril de 2021 foi publicada a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14.133/2021 (NLLC), consolidando outras leis, dentre elas as que regulamentavam o Pregão e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC. Foram incorporados também à nova lei alguns outros temas antes regulamentados por normativos federais e até mesmo tratados em jurisprudências de órgãos de controle.

Entretanto, o presente artigo, diante das inúmeras e relevantes inovações trazidas pela Lei nº 14.133/2021, pinçou três institutos, para uma análise mais debruçada, visando facilitar o entendimento e instigar o estudo dessas matérias e suas nuances, ainda no tempo que em a NLLC é regulamentada e aguarda 2023 para ter vigência plena.

1. O Planejamento das contratações: o Plano de Contratações Anual – PCA e o Estudo Técnico Preliminar - ETP

A Lei nº 14.133/2021 apresenta à Administração Pública um cenário de busca e aprimoramento da governança das contratações públicas. É essa nova perspectiva

alinha-se com a necessidade de uma administração mais gerencial, buscando mais eficiência e efetividade nos processos.

Nesse sentido Chiavenato (2006, p. 103), afirma que:

O governo brasileiro não carece de “governabilidade”, ou seja, de poder para governar, dada a sua legitimidade democrática e o apoio com que conta na sociedade civil. Enfrenta, entretanto, um problema de governança, na medida em que sua capacidade de implementar as políticas é limitada pela rigidez e ineficiência da máquina administrativa.

Ainda corroborando com essa ideia, Fenili (2018, p. 34) destaca que, “no Brasil, a discussão acerca de um modelo de governança em compras e contratações públicas é uma mudança de paradigma”, acrescentando:

De antemão, devemos compreender que, no Brasil, a discussão acerca de um modelo de governança em compras e contratações públicas é, per si, uma mudança de paradigma. Vem a promover alteração disruptiva no que concerne às diretrizes das aquisições, antes reduzidas a comandos legais e a práticas não padronizadas e não raramente, incipientes de gestão.

Considerando todo o exposto acima, é imperioso destacar que a Lei nº 14.133/2021 aborda em seu art. 11 a responsabilidade da alta administração pela governança, assegurando inclusive o alinhamento das contratações com o planejamento estratégico do órgão.

Entretanto, cabe ressaltar que existem três níveis de planejamento dentro da estrutura hierárquica do órgão: o estratégico, o tático e o operacional. Esses três blocos têm participação na elaboração e controle da governança e planejamento das contratações.

A interação entre os níveis facilita uma gestão mais eficiente dos riscos na contratação, mediante a comunicação entre todas as esferas envolvidas na etapa do planejamento.

Segundo o Manual de Gestão de Riscos do TCU (2020, p. 35), a comunicação pode acontecer tanto vertical quanto horizontalmente:

A comunicação vertical pode ser no sentido da base para a cúpula ou vice-versa, proporcionando que a cúpula da organização seja informada de riscos por todas as unidades organizacionais e que os servidores tenham ciência dos principais riscos que afetam a organização.

Por sua vez, a comunicação horizontal é importante para que os riscos de um processo que envolva diferentes unidades (processos transversais), às vezes, de diferentes secretarias-gerais, sejam conhecidos igualmente por todos os que trabalham nesse processo.

Entende-se, então, que com uma comunicação efetiva dentro do processo de contratação é possível maximizar os resultados e minimizar as deficiências, mitigando os riscos. Mas para que isso ocorra de forma satisfatória, é importante o alinhamento entre os níveis estratégico, tático e operacional, pois, quanto mais alto o nível da pirâmide, maior o tempo dedicado às decisões; e, quanto mais se desce na pirâmide, maior o esforço dedicado ao

controle. Isso significa que o nível intermediário deve manter a ligação dos dois extremos da pirâmide a mais clara possível.

Para que tudo funcione a contento, a gestão das organizações deve considerar três diferentes elementos: planejamento, execução e controle. Se o planejamento for adequado, mas o controle for meramente simbólico, a execução será insatisfatória e haverá uma falha na retroalimentação. Se o planejamento for inadequado, o controle é ineficaz.

Nesse contexto, é relevante citar neste artigo dois “novos” mecanismos considerados avanços trazidos pela Lei n 14.133/2021 quando se fala de planejamento das contratações: o Plano de Contratações Anual - PCA, instrumento de governança que subsidiará a fase preparatória das contratações, e o Estudo Técnico Preliminar – ETP, o qual, com base na necessidade do órgão, estudará a solução mais indicada para a Administração.

Apesar de estarem consolidados na Nova Lei de Licitações, estes mecanismos já eram adotados na Administração federal direta, autárquica e fundacional.

O PCA, desde 2019, era regulamentado pela Instrução Normativa SEGES/ME nº 01/2019, e recentemente pelo Decreto nº 10.947/2022. Já o ETP, desde 2017, primeiramente regulamentado pela Instrução Normativa SEGES/MPOG nº 05/2017, e depois pela Instrução Normativa SEGES/ME nº 40/2020.

A Lei nº 14.133/2021, no art. 12, inciso VII, traz expressamente a possibilidade de elaboração de um Plano de Contratações Anual e que cada ente federativo poderá, na forma de regulamento, elaborar seu Plano.

Mais adiante, em seu art. 18, a Lei ainda destaca a necessidade de compatibilização da contratação com o Plano de Contratações Anual, ou seja, necessidade do alinhamento das contratações com o instrumento que contém a consolidação das demandas do órgão para o ano subsequente, buscando não somente a otimização dos recursos disponíveis, mas também o aprimoramento dos processos de trabalho.

Quanto da fase preparatória da contratação, a Lei nº 14.133/2021 trabalha de forma mais detalhada e procedimental as etapas que compõem esse estágio do metaprocessamento de contratação e um dos artefatos incorporados pela Lei é o Estudo Técnico Preliminar - ETP, cuja definição encontra-se no 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;

Conforme já mencionado anteriormente, neste documento evidencia-se a necessidade com a finalidade de identificar qual é a solução mais vantajosa para a Administração, subsidiando a construção do Termo de Referência. A partir da necessidade aponta no PCA, é que o ETP trabalha as possíveis soluções para atendimento a esta necessidade.

A respeito do ETP, Soares e Lopes (2022, p. 126) fazem uma análise interessante. Vejamos:

Em qualquer desses contextos, execução direta ou indireta de atividades, quando a Administração Pública detecta uma necessidade a ser provida, deve promover estudos a fim de alcançar a melhor solução ou forma de atuação. Para tanto, pode valer-se da construção de instrumento de Estudo Técnico Preliminar (ETP).

Percebe-se que a incerteza e imprevisibilidade já não representam um cenário adequado para a Administração, logo é preciso uma nova roupagem das organizações para se adaptarem à nova realidade.

À vista disso, Madeline Furtado (2021) conclui que a fase preparatória e sua repercussão contratual conduz à linha do tempo do processo de contratação:

É a fase preparatória da licitação e sua repercussão contratual, que nos remete a “linha do tempo do processo de contratação”, na qual já o define numa visão sistêmica do processo, como sendo a interligação de todas as suas etapas, portanto, fundamentais para o êxito da contratação.

Logo, organizações que se encontram em estágio inicial quanto ao planejamento de suas contratações, e que têm se responsabilizado de forma inadequada pelos instrumentos de governança, comprometendo a avaliação, o direcionamento e a monitoração da gestão dessas contratações, precisam rever o seu fluxo processual.

Esses órgãos necessitam ter um olhar mais apurado quanto a sua realidade e maturidade em governança, tendo em vista as novas diretrizes apontadas pela NLLC, e observando que toda a fase preparatória desenhada no Capítulo II da Lei desencadeará num contrato que poderá ter êxito ou não a depender do esforço inicial em modelá-lo.

Nessa toada, tanto o PCA quanto o ETP são instrumentos primordiais para a eficácia desse processo de contratação.

2. A positivação dos parâmetros para a pesquisa de preços

Para o Tribunal de Contas da União – TCU (2020, p. 87), a pesquisa de preços é o “procedimento prévio e indispensável à verificação de existência de recursos suficientes para cobrir despesas decorrentes de contratação pública”, servindo de base também para o confronto e exame de propostas no certame, com vistas a seleção da proposta mais vantajosa.

Não obstante a relevância do tema, até 2011 a pesquisa de preço era procedimentalizada mediante a jurisprudência do TCU, sendo Lei nº 12.462/2011, Lei do RDC, a primeira legislação a trazer previsões específicas para a orçamentação ao prever, no §3º do art. 8º que o custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro),

no caso de obras e serviços rodoviários. O §4º complementava disciplinando que no caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no § 3º, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

Como a utilização do RDC era restrita, as previsões legais acerca da fase de orçamentação não foram amplamente utilizadas pela Administração.

Em razão do desenvolvimento da jurisprudência do TCU, editou-se, em 2014, a hoje revogada Instrução Normativa 05, dispondo sobre os procedimentos administrativos básicos para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral.

O próprio TCU reconheceu que a normatização aconteceu em resposta à atuação mais contundente da Corte sobre o tema, quando, no Acórdão 1875/2021 do Plenário, ficou assentado que:

Justamente em resposta à atuação do TCU, o Poder Executivo conta com normativo específico sobre o tema desde 2014, quando a então Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) editou a Instrução Normativa 5/2014, posteriormente aprimorada pela Instrução Normativa 3/2017, na qual já se determinava como prioritárias as pesquisas mediante utilização do Painel de Preços mantido pelo Governo Federal ou de contratações similares de outros entes públicos.

Após a edição da IN 05/2014, a Lei nº 13.303, Lei das Estatais, ainda em 2016, já absorvia no seu texto legal, as disposições da então IN 05/2014, dispondo de parâmetros de orçamentação no seu art. 31.

Mesmo com a edição da IN 05/2014, a pesquisa de preços sempre foi um grande desafio da fase interna de licitação, motivo pelo qual os parâmetros existentes, aos poucos, foram se tornando insuficientes.

Nesse cenário de dificuldade, em 2020, editou-se a Instrução Normativa 73, trazendo o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, trazendo novos parâmetros para a pesquisa de preço, inclusive a pesquisa diretamente com o mercado, além de parametrizar a pesquisa de preço nos casos de inexigibilidade de licitação.

No já citado Acórdão 1875/2021, o Plenário do TCU, ao falar da IN 73/2020, reconheceu que o normativo:

Trouxe importantes melhorias quanto aos procedimentos de pesquisa de preços, ao tempo em que manteve em seu art. 5º, § 1º a preferência de preços públicos como fonte prioritária, bem como a determinação expressa em seu art. 6º para que sejam desconsiderados

valores inexecutáveis ou excessivamente elevados para composição da "cesta de preços" utilizada para obtenção do orçamento estimado.

Em 2021, a Lei nº 14.133/2021, Nova Lei de Licitações, positivou, em uma norma geral de licitação de amplo alcance (o que não há na Lei nº 12.462/2011, tampouco na Lei nº 13.303/2021, já que suportam objetos e sujeitos restritos, respectivamente), a pesquisa de preços, trazendo, conforme exposto por Fortini e Bragagnoli (2021), "o procedimento relativo à pesquisa de preços, dividindo-o segundo o objeto do contrato. Assim, os dois parágrafos iniciais do artigo 23 da Lei 14.133/21 abordam respectivamente as pesquisas relativas a bens e serviços e a obras e serviços de engenharia" e segue:

De acordo com a nova norma, o valor estimado no processo licitatório para aquisição de bens e serviços em geral será definido com base no melhor preço aferido, por meio da utilização dos parâmetros que já se conhece porque constantes da IN 73/20, ligeiramente modificados, com a adição da pesquisa no Portal Nacional de Contratações Públicas e na base nacional de notas fiscais eletrônicas. Uma vez mais se percebe que o legislador nacional se inspira na realidade normativa federal para ditar a forma de atuação dos entes subnacionais quando e se estiverem utilizando verbas federais. Na hipótese de se empregarem recursos que não os da União, abre-se espaço para a utilização de outros sistemas de custos adotados pelo respectivo ente federativo (artigo 23, §3º).

Importa registrar, contudo, que a NLLC não aponta ordem de preferência na utilização dos parâmetros, o que é feito pela IN 73/2020, no entanto, o §1º do art. 23 determina que o valor estimado será definido conforme regulamento. E o regulamento é a Instrução Normativa 65/2021 que impõe prioridade na utilização de parâmetros.

A questão foi levantada por Zockun (2021, p. 422), aduzindo que "pela redação do dispositivo parece não haver hierarquia entre os parâmetros fornecidos pela lei, sendo todos passíveis de utilização, sem preferência de um em detrimento do outro. Entretanto, a jurisprudência da Corte de Contas e a própria regulamentação inferior estabelecem certa primazia."

Destaca-se, por fim, que, embora a Lei nº 14.133/21 aborde o tema da pesquisa de preços e que ainda esteja em vigor a IN 73/20 para os contratos baseados nas leis antigas (Lei nº 8.666/93 e Lei nº 10.520/02), a IN 65/2021 que regulamentará a pesquisa de preços nos processos regidos pela nova Lei de Licitações e Contratos, sendo necessária compreender a IN 65/2021, bem como cotejar suas previsões com as do art. 23 da NLLC, especialmente porque a Instrução Normativa mais recente, ademais de prever critérios de pesquisa de preços para o casos de dispensa de licitação, apresenta nova roupagem para a pesquisa direta com fornecedores.

3. A estruturação do processo de aplicação de penalidades a licitantes e contratados

A disciplina das infrações e sanções administrativas é um aperfeiçoamento da NLLC, passando para a previsão expressa, em norma geral, de regras e procedimentos a serem cumpridos no processo administrativo de aplicação de penalidades a licitantes e contratados.

O tema é normatizado no Título IV - Das Irregularidades, em capítulo específico chamado “Das Infrações e Sanções Administrativas”. São 9 (nove) artigos que tratam da matéria (do artigo 155 ao artigo 163), contra apenas 1 (um) normativo na Lei nº 8.666/1993 (artigo 87), 1 (um) na Lei nº 10.520/2020 (artigo 7º) e 1 (um) na Lei nº 12.462/2011 (artigo 47). Por esse simples fato já se pode confirmar a evolução dos parâmetros e a intenção do legislador em regulamentar tão importante procedimento para a Administração Pública.

Tal regramento é fundamental para a ascensão dos preceitos do direito administrativo sancionador, que está em processo de evolução em suas considerações doutrinárias e jurisprudenciais.

Conforme destaca Ronny Charles Lopes de Torres (2021, p. 754-755) o direito administrativo sancionador de licitantes e contratados vem evoluindo aos longo dos anos.

Essa evolução alcança a legislação e a jurisprudência até a doutrina. Se identificarmos as previsões ainda da Lei nº 8.666/1993, percebemos uma referência de análise de condutas irregulares apenas na parte da contratação. Já na Lei nº 10.520/2002 avançou-se no sentido de trazer a descrição das infrações e não só na seara da relação contratual, mas também da fase do procedimento licitatório.

A partir desse cenário, “a Lei nº 14.133/2021 absorveu características interessantes de ambos os diplomas, estabelecendo um regime jurídico sancionatório que mescla os dois anteriores e apresenta ainda alguns avanços” (TORRES, 2021, p. 755).

Conforme demonstrado, ainda que a nova legislação traga mais consistência nas previsões normativas, incorporando regras e novos institutos, ela acaba por absorver o que a jurisprudência DO Tribunal de Contas da União – TCU já vinha decidindo, facilitando a atuação na prevenção e no combate à corrupção, integrando normas de procedimento, reafirmando o poder-dever do gestor em apurar a responsabilidade de licitantes e contratados, normatizando a desconsideração da personalidade jurídica, indicando a amplitude das sanções restritivas de licitar e contratar, entre outros.

Especificamente sobre os artigos da Nova Lei de Licitações, o avanço já inicia com a descrição das infrações administrativas no art. 155 e a sua correlação com as sanções previstas no art. 156. Ou seja, os parágrafos 2º, 3º, 4º e 5º do art. 156 trazem uma especial singularidade no sentido de vincular a infração ao tipo de sanção a se aplicar. Expressamente conecta a infração com a sanção a ser passível de aplicação. Exemplo: no caso da advertência (sanção prevista no inc. I do caput do art. 156), apenas resta vinculada a uma infração, qual seja: relativa à conduta do inc. I do art. 155.

Por conseguinte, a norma não associa a sanção de multa a nenhum tipo de infração, destacando que poderá ser aplicada a todas as infrações do art. 155, de forma cumulativa com as demais previstas (nos termos do § 7º do art. 156), regra já vigente na Lei nº 8.666/1993.

E o que a NLLC trouxe em relação ao regime sancionatório?

A Lei nº 14.133/2021 manteve a advertência, a multa, o impedimento de licitar e contratar e a declaração de inidoneidade. Excluiu, no entanto, a sanção de suspensão.

Alterou também os prazos das sanções restritivas de licitar e contratar e firmou o entendimento sobre a amplitude de cada uma delas. Enquanto o § 4º do art. 156 rege a sanção de impedimento e proíbe o infrator de licitar e contratar com toda a administração pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos, o § 5º normatiza que a sanção de declaração de inidoneidade impedirá o responsável de licitar e contratar no âmbito da administração pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos (sanção mais grave da norma).

Sobre regras específicas de procedimento o art. 158 destaca: a necessidade de instauração de processo de responsabilização; de constituição de comissão formada por no mínimo 2 servidores estáveis em caso de órgão composto por servidores estatutários ou, no caso de órgão não composto por servidores estatutários, formada de 2 (dois) ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, preferencialmente com, no mínimo, 3 (três) anos de tempo de serviço no órgão ou entidade; de providências de intimação para manifestação do licitante ou contratado em 15 dias úteis; da oportunidade de solicitação do licitante ou contratado para produzir provas; bem como, do deferimento do pedido de produção de provas ou com provas juntadas pela comissão, proporcionar ao interessado a apresentação de alegações finais no prazo de 15 (quinze) dias úteis.

Outra novidade sobrevém da normatização da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito administrativo sancionador.

Por força do art. 160, a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada no caso desta ser utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, estendendo todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado.

A última previsão em matéria sancionatória é a do art. 163 que traz novidades em relação à reabilitação, antes pouco tratada na Lei nº 8.666/1993.

Para que haja reabilitação, é necessária a observância de exigências cumulativas, sendo a especial delas o transcurso de prazo mínimo de 1 (um) ano da sanção de impedimento e de 3 (três) anos no caso da sanção de inidoneidade.

Portanto, a reabilitação se mostra possível tanto para o caso da imposição da sanção de impedimento como para a sanção de inidoneidade, desde que se tenha cumprido, entre outros, com os prazos mínimos de sanção estipulados na norma. Por conseguinte, é obrigatória a análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo sobre o cumprimento dos requisitos de reabilitação, a reparação integral do dano causado, o pagamento da multa aplicada e o cumprimento de demais condições previstas no ato punitivo (destaque especial para a obrigatoriedade de se prever no ato punitivo as condições de reabilitação).

É o apanhado das principais previsões sobre a matéria.

Conclusão

Em breve a Lei nº 14.133/2021 completará um ano de publicação, sendo ainda uma legislação em pleno amadurecimento, seja por ter sido recentemente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, seja porque ainda depende de regulamentação de alguns de seus termos.

De toda forma, o presente artigo aproximou a visão sobre três institutos distintos da Nova Lei de Licitações – planejamento, pesquisa de preços e sanções -, buscando apresentar as inovações acerca do tema, bem como trazer à memória as práxis existentes e que foram absorvidas na Nova Lei de Licitações, colaborando para que a Lei nº 14.133/2021 seja responsável por realizar um grande compêndio sobre o procedimento de contratações públicas.

Ainda que o zoom in tenha sido extremamente restrito em seu objeto, não esgota os temas abordados, especialmente considerando que a regulamentação da NLLC ainda pendente, bem como a sua plena utilização pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, podem trazer novas nuances aos institutos aqui tratados.

E ainda há a jurisprudência do TCU a ser desenvolvida, corroborada ou evoluída em relação aos mesmos elementos.

Talvez nos vejamos em breve...!