

Matheus Carvalho
João Paulo Oliveira
Paulo Germano Rocha

nova

LEI DE LICITAÇÕES

*Comentada e
Comparada*

**4^a
edição**

revista
atualizada
ampliada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

à do Art. 17, §20 da LIA seja aplicável aos demais entes federativos faz-se necessário que estes editem leis específicas no mesmo sentido.

Dito isto, com muito mais segurança, sustentamos que a norma jurídica subjacente ao dispositivo em comento tem natureza de lei específica, aplicável tão somente à União.

TÍTULO II DAS LICITAÇÕES

CAPÍTULO I DO PROCESSO LICITATÓRIO

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I – assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II – assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III – evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV – incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no **caput** deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.



Comentários

11. FINALIDADES DA LICITAÇÃO

Trata-se de dispositivo que corresponde ao art. 3º da lei 8.666/93 que definia os fins da existência do procedimento licitatório. Nesse sentido, a nova legislação mantém o entendimento de que a Licitação tem como **finalidade** viabilizar a melhor contratação possível para o poder público, sempre buscando a proposta mais vantajosa ao Estado. Nesse contexto, ressalta-se que a

proposta mais vantajosa não é necessariamente a mais barata, sendo admitidos outros critérios de escolha, conforme se analisará nos dispositivos específicos.

Ou seja, o critério meramente econômico deve ser evitado, buscando-se outros critérios multidimensionais, como os referentes à sustentabilidade além da atenção aos impactos sociais e ambientais decorrentes da contratação.

Os objetivos estabelecidos para a licitação devem ser cumpridos. A interpretação teleológica da norma não autoriza a consideração de qualquer hierarquia entre as finalidades a serem perseguidas com o processo licitatório. Com efeito, todos os propósitos indicados no art. 11 da Lei 14.133/2021 devem ser cumpridos na medida do caso concreto. Trata-se de obrigação e não faculdade das autoridades competentes em promovê-las.

11.1. MELHOR PROPOSTA

Nesse sentido, a nova lei foi mais clara do que a legislação anterior. Isso porque deixa evidente que nem sempre a melhor contratação é a mais barata. Há uma série de fatores a serem considerados como a qualidade do bem ou do serviço. É necessário que se observe, inclusive, o ciclo de vida do objeto. Em algumas vezes, o valor a maior pago é compensado por uma maior durabilidade.

Para que não ocorram abusos, os parâmetros a serem buscados no produto ou no serviço devem ser objetivos e assim previstos em instrumento convocatório.

Há um grande risco em se estabelecer a melhor contratação apenas com base no preço. Nesse caso, a possibilidade de aquisição de bens sem a qualidade necessária, causando dano ao patrimônio público é considerada.

O ciclo de vida do objeto já é utilizado como parâmetro na definição da melhor proposta pelo art. 31 da Lei 13.303/2016, que trata das empresas estatais. Nele se afirma que as licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço.

Como ensina Juarez Freitas em monografia sobre o tema¹⁹:

Reitere-se que a motivação, particularmente na etapa interna do certame, pressupõe avaliação ex ante minuciosa para averiguar, preditivamente, se o

19. FREITAS, J. Nova Lei de Licitações e o ciclo de vida do objeto. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 281, n. 2, p. 91–106, 2022. DOI: 10.12660/rda.v281.2022.86046. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/86046>. Acesso em: 30 ago. 2022. pp 97/98.

plexo de benefícios diretos e colaterais sobrepuja o somatório de custos diretos e externalidades negativas. Aferição que se ordena às inovações em geral e não se limita à verificação passiva de conformidade ambiental do ciclo de vida, embora vital fazê-lo. Tampouco se atém à avaliação social, conquanto identicamente essencial. Contempla paleta diversificada de impactos e riscos, descartando abordagens unidimensionais e reducionistas que, a título de simplificação, mutilem interconectados elementos inerentes ao ciclo de vida do objeto.

O ciclo de vida do objeto está diretamente ligado à sustentabilidade das licitações, impedindo que ocorram novas aquisições em tempo inferior ao necessário. Essa sustentabilidade se fundamenta no item 12.7 da agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, em que se propõe promover práticas de compras públicas sustentáveis, de acordo com as políticas e prioridades nacionais.

Como será observado no item 11.5 infra, o desenvolvimento nacional sustentável é trazido pela Lei 14.133/2021 como finalidade e como princípio, ou seja, valor que deve ser levado em consideração nas contratações públicas, pelo que se torna claro que a análise do ciclo de vida do objeto não é uma mera sugestão, mas uma determinação legal ao agente público que deve sempre atuar nos termos da legislação, aplicação do princípio da igualdade.

Assim, tal análise deve ser considerada como política pública e, como trazido pelo art. 37, § 16, da CF: “Os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei.”

A utilização de um métrica sustentável é mandatória, devendo promover a sustentabilidade. Nesse sentido, afirma Juarez Freitas²⁰:

De fato, a abordagem do ciclo de vida tem que ingressar, vez por todas, na pauta das obrigações administrativas primordiais, uma vez que a cognição distorcida do objeto tende, no limite, a sabotar as prioridades magnas da Constituição. Para ilustrar o relevo da afinação seletiva de premissas metodológicas, refira-se à premência da estimativa, com propriedade, do custo social do carbono.

Com relação ao termo ciclo de vida do objeto, há uma definição legal, prevista no art. 3º, IV, da Lei 12.305/2010. Para tal norma, o ciclo de vida do produto é uma série de etapas que envolvem o desenvolvimento do

20. FREITAS, J. Nova Lei de Licitações e o ciclo de vida do objeto. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 281, n. 2, p. 91–106, 2022. DOI: 10.12660/rda.v281.2022.86046. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/86046>. Acesso em: 30 ago. 2022. P. 100.

produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final.

Por certo, é de vital importância a criação de parâmetros mais seguros para que o propósito do dispositivo legal seja cumprido e as métricas trazidas auxiliem o agente público a descrever com exatidão o objeto com o ciclo de vida voltado não apenas ao momento da contratação, mas aos efeitos diretos e indiretos e suas consequências para o respeito social, à ética e ao meio ambiente, desde a fase interna até a execução do mandato.

A ausência de uma maior objetividade em tais balizas não impede a análise pelos órgãos de controle, acerca do ciclo de vida do objeto escolhido para a contratação.

11.2. ISONOMIA

A isonomia é igualmente finalidade da licitação, assim como valor intrínseco do processo licitatório, sendo galgado à posição de princípio pela lei 14.133/2021, em decorrência de determinação contida no art. 37 da Constituição Federal.

Essa finalidade também se encontrava prevista na lei anterior. A nova lei acresce importante mandado. Não apenas a isonomia deve ser considerada, mas também uma justa competição. Quanto maior a competitividade, mais amplas serão as chances de se ter a melhor proposta possível. É necessária atenção da autoridade competente à participação de empresas que pretendam formar cartel ou entrar em conluio, em detrimento do interesse público.

Quanto maior a participação de interessados, menor será a chance da cartelização²¹. Esse é o cerne da competitividade esperada. A justa competição parece estar no sentido dado por Dworkin²². Ou seja, a justa competição está intimamente ligada à igualdade em seu sentido material. Não apenas restrições desarrazoadas devem ser evitadas, como incentivos são trazidos, como ocorre com as micro e pequenas empresas.

11.3. SOBREPREGO E PREÇOS MANIFESTAMENTE INEXEQUÍVEIS

O art. 6º, LVI, da Lei 14.133/2021 define sobrepreço como sendo aquele orçado para licitação ou contratado em valor expressivamente superior aos preços referenciais de mercado. Apesar de se tratar de um conceito objeti-

21. Esse é o posicionamento de Marçal Justen Filho (2021, p. 259).

22. Dworkin ao se referir à igualdade, reforça que ela significa igual respeito e consideração. Ou seja, não basta que a isonomia seja aplicada apenas formalmente, é necessário que ela reflita na relação da Administração com os particulares, criando assim a lógica da justa competição.

vamente trazido pela lei, é necessário cuidado na sua aplicação. Isso porque o sobrepreço deve ser observado no caso concreto, uma vez que o mercado é extremamente dinâmico.

Por isso, diversos fatores devem ser considerados para encontrar de fato propostas com sobrepreço, sendo a competitividade ampla um antídoto para a sua ocorrência. Quanto mais houver interessados em contratar com a Administração, menor será a possibilidade de encontrar sobrepreço nas ofertas feitas.

Por outro lado, os preços manifestamente inexequíveis são aqueles em que há disparidade entre custos e a proposta, sendo inviável a manutenção do preço ofertado. A inexecuibilidade dos valores surge como uma forma de eliminar concorrentes. Se uma empresa com um razoável fluxo de caixa realiza diversas operações no vermelho apenas para eliminar os concorrentes diretos, tem como finalidade ter uma maior fatia de mercado futuramente e lucrar mais. Quanto menos concorrentes, maior o preço a ser cobrado. Essa inexecuibilidade da proposta é concretizada através da fixação de preços predatórios.

Por isso é que deve ser avaliado em cada caso se a proposta traz preços predatórios com o intuito de eliminar a concorrência para futuramente obter mais lucros em outras transações com a Administração Pública. A proibição de preços manifestamente inexequíveis é medida que busca cumprir o princípio da isonomia.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho²³ [1] pondera que *“Se prevalecesse exclusivamente a ideia de vantajosidade, a busca da vantagem poderia conduzir a Administração Pública a opções arbitrárias ou abusivas. Deverá ser selecionada a proposta mais vantajosa, mas, além disso, tem-se de respeitar os princípios norteadores do sistema jurídico, em especial o da isonomia”*.

11.4. INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

O desenvolvimento nacional sustentável passou a ser uma das finalidades da licitação com a publicação da Lei 12.349/2010, que alterou o art. 3º da Lei 8.666/93. O incentivo à inovação, por outro lado, era objetivo do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), na forma do art. 1, § 1º, da Lei 12.462/2011.

Tanto a inovação quanto o desenvolvimento nacional sustentável possuem o propósito de respeito às gerações presentes e futuras, tanto com

23. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 7ª ed. 2011.

o respeito à proteção do meio ambiente quanto através do incentivo da inovação tecnológica.

Na Lei 14.133/2021, o desenvolvimento nacional sustentável ostenta dupla natureza: É princípio inerente à licitação (art. 5º) e finalidade (art. 11). Dessa forma, como já afirmado pelo TCU: “Tem de zelar para que os fins buscados pelo Estado preservem, na máxima medida possível, o conteúdo mínimo dos diversos valores e das várias missões assumidas pelo Estado, conciliando-os com os princípios insculpidos no art. 37, da CF/1988 (Acórdão 1.317/2013, Plenário, rel. Min. Arodo Cedraz).”

11.5. GOVERNANÇA

A governança implica um conjunto de soluções voltadas a contratações mais eficientes. Esses protocolos são obrigatórios e devem ser seguidos por todos os agentes públicos envolvidos. A responsabilidade de sua implementação é da alta administração do órgão ou entidade.

O dispositivo foi regulamentado pela Portaria SEGES/ME 8.678 de 19 de julho de 2021. Essa norma é aplicada à Administração direta, autárquica e fundacional, podendo ser utilizada pelos demais entes federativos quando a contratação envolver recursos federais.

Para a aludida portaria, governança pública pode ser definida como o “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das contratações públicas, visando a agregar valor ao negócio do órgão ou entidade, e contribuir para o alcance de seus objetivos, com riscos aceitáveis” (art. 2º, III).

O objetivo da implementação da governança nas contratações públicas é assegurar as finalidades previstas no art. 11 da Lei 14.133/2021. A citada portaria ainda estabelece como diretrizes que devem ser seguidas:

- I – promoção do desenvolvimento nacional sustentável, em consonância com a Estratégia Federal de Desenvolvimento e com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável;
- II – promoção do tratamento diferenciado e simplificado à microempresa e à empresa de pequeno porte;
- III – promoção de ambiente negocial íntegro e confiável;
- IV – alinhamento das contratações públicas aos planejamentos estratégicos dos órgãos e entidades, bem como às leis orçamentárias;
- V – fomento à competitividade nos certames, diminuindo a barreira de entrada a fornecedores em potencial;
- VI – aprimoramento da interação com o mercado fornecedor, como forma de se promover a inovação e de se prospectarem soluções que maximizem a efetividade da contratação;

VII – desburocratização, incentivo à participação social, uso de linguagem simples e de tecnologia, bem como as demais diretrizes do Governo Digital, dispostas no art. 3º da Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021;

VIII – transparência processual;

IX – padronização e centralização de procedimentos, sempre que pertinente.

Os instrumentos de governança pública são enumerados pelo art. 6º, da Portaria 8.678/2021 SEGES/ME:

I – Plano Diretor de Logística Sustentável - PLS;

II – Plano de Contratações Anual;

III – Política de gestão de estoques;

IV – Política de compras compartilhadas;

V – Gestão por competências;

VI – Política de interação com o mercado;

VII – Gestão de riscos e controle preventivo;

VIII – Diretrizes para a gestão dos contratos; e

IX – Definição de estrutura da área de contratações públicas.

Esses instrumentos estão enumerados em rol meramente exemplificativo, podendo ser utilizados outros que tragam maior eficiência na utilização dos recursos públicos. Dentre tais instrumentos, é interessante observar a política de controle de estoques, levando em consideração a utilização dos estoques de forma eficiente, além da necessidade de uma destinação final ambientalmente adequada.

Os estoques, como parte da governança das contratações, devem ser manuseados de forma que não se deixe nada perder, por conta de prazos de validade ou de obsolescência e, ao mesmo tempo, não se deixe faltar o necessário para o atendimento das necessidades da Administração, planejando contratações para que o estoque não chegue ao final antes da aquisição de novos bens.

Todas essas atividades necessitam de planejamento e criação de padrões de excelência. Aliás, a busca desse padrão é um dos propósitos da nova lei de licitações e contratações administrativas e também sobre isso deve incidir a fiscalização dos atos produzidos pelos autores e agentes competentes.

É dever da governança garantir que o ciclo de vida do objeto da contratação cumpra as diretrizes necessárias à sustentabilidade esperada nas ações da Administração Pública.

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

I – os documentos serão produzidos por escrito, com data e local de sua realização e assinatura dos responsáveis;

II – os valores, os preços e os custos utilizados terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 52 desta Lei;

III – o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo;

IV – a prova de autenticidade de cópia de documento público ou particular poderá ser feita perante agente da Administração, mediante apresentação de original ou de declaração de autenticidade por advogado, sob sua responsabilidade pessoal;

V – o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade, salvo imposição legal;

VI – os atos serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico;

VII – a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

§ 1º O plano de contratações anual de que trata o inciso VII do **caput** deste artigo deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e na execução dos contratos.

§ 2º É permitida a identificação e assinatura digital por pessoa física ou jurídica em meio eletrônico, mediante certificado digital emitido em âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).



Comentários

12. EXIGÊNCIAS PARA O PROCESSO LICITATÓRIO

O dispositivo traz as regras procedimentais, necessárias à lisura do certame. Nesse sentido, cabe lembrar que o certame licitatório ostenta a

qualidade de processo administrativo e, em razão disso, segue o princípio do formalismo moderado, não devendo ser exigida formalidade que não seja necessária a resguardar sua licitude.

Assim não se pode afirmar que os atos do processo licitatório não possuem qualquer formalidade. Logicamente, a Administração Pública depende de certa burocratização para que seus atos tragam maior segurança. Por isso, não é adequado falar-se tecnicamente em informalismo, mas sim numa formalidade moderada.

De fato, pode-se dizer que o formalismo moderado norteia os atos do processo administrativo praticados pelos particulares visando evitar prejuízos a este, em virtude da exigência de formalidades legais. O que se quer evitar é a presença de formalismos exagerados, que acabem por fulminar atos que apresentem pequenas irregularidades, insignificantes nos resultados. A lógica de se evitar regras formais desarrazoadas é adotada pelos Tribunais Brasileiros, como se observa dos seguintes precedentes:

APELAÇÃO – Licitação – Mandado de segurança – Decisão administrativa que privilegiou o interesse público em detrimento da formalidade excessiva, culminando na escolha da proposta mais vantajosa para a administração pública, o que certamente contribuirá para uma utilização eficiente dos recursos financeiros em favor da população – Ilegalidade não verificada – Decisão integralmente mantida – Recurso improvido. (TJ-SP - AC: 10036234820218260510 SP 1003623-48.2021.8.26.0510, Relator: José Luiz Gavião de Almeida, Data de Julgamento: 12/04/2022, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 12/04/2022)

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - INABILITAÇÃO DE CONCORRENTE - PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO - LEGITIMIDADE PASSIVA CONFIGURADA - EDITAL PARA OUTRORGA DE AUTORIZAÇÃO PARA TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS (TÁXI) - COMPROVANTES DE ENDEREÇO DOS ÚLTIMOS DOIS ANOS - FINALIDADE - CUMPRIMENTO - FORMALIDADE EXCESSIVA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO. A Presidente da Comissão de Licitação possui legitimidade para figurar no polo passivo de ação mandamental, em que se postula a concessão da ordem para reabilitar o licitante. O não cumprimento, na íntegra, de item editalício - de rigidez excessiva - não pode constituir em fato bastante à inabilitação do impetrante no processo licitatório, pena de inviabilizar, dentre as propostas apresentadas, aquela mais vantajosa para a Administração Municipal, através de um maior número de licitantes. (TJ-MG - REEX: 10210100062137002 Pedro Leopoldo, Relator: Edilson Olímpio Fernandes, Data de Julgamento: 19/04/2011, Câmaras Cíveis Isoladas / 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/05/2011)

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO - DOCUMENTOS EXIGIDOS NO ATO CONVOCATÓRIO - AUSÊNCIA DE AUTENTICAÇÃO DAS CÓPIAS DOS DOCUMENTOS JUNTADOS À PROPOSTA - INABILITAÇÃO - EXCESSO DE FORMALISMO - VÍCIO QUE PODE SER CORRI-

GIDO A POSTERIORI SEM IMPLICAR PREJUÍZOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - RECURSO DESPROVIDO E SENTENÇA MANTIDA EM REMESSA NECESSÁRIA. 1. O tipo licitação menor preço deve proporcionar a obtenção da proposta com melhor vantagem econômica à Administração, fator que prepondera sobre formalidades excessivas, passíveis de serem supridas, como ocorre na hipótese tratada nos autos. 2. Por consequência disso, a falta de autenticação dos documentos apresentados por empresa concorrente, em processo de licitação, em que o edital traz tal exigência, não pode determinar a sua exclusão do certame, uma vez que a Administração Pública não pode se apegar ao excesso de formalismo, quando o vício puder ser sanado posteriormente, sem ocasionar prejuízos à lisura do certame. 3. Violado o direito líquido e certo de um dos licitantes, de prosseguir no certame licitatório, para a escolha da melhor proposta, com vantagem econômica para a administração pública municipal, por excesso de formalismo, deve ser concedida a segurança em favor dele, para que seja anulado o ato administrativo respectivo, possibilitando que prossiga nas demais fases do processo licitatório. (TJ-MS - APL: 08007985420208120021 MS 0800798-54.2020.8.12.0021, Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Data de Julgamento: 06/08/2021, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 12/08/2021)

MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – PREGÃO ELETRÔNICO – prestação de serviços de preparo e fornecimento de alimentação pronta – documento em desacordo com requisitos do edital – INABILITAÇÃO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – observância do princípios administrativos – ordem denegada. É certo que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, assegura que o edital define todas as regras da licitação, estipulando todas as normas que deverão ser observadas pelos licitantes e pela própria administração pública. A formalidade excessiva vai de encontro ao interesse público, pois a licitação deve proporcionar o maior número de concorrentes, de modo a se alcançar a idoneidade para contratar com o Poder Público, por meio da fase de habilitação. No caso dos autos, é importante frisar que o edital não estabeleceu critérios não previstos em lei. Portanto, observa-se que a licitação não foi restringida de forma desarrazoada. A exigência da capacidade técnica constante no Edital em comento não contém eivas, porquanto representa a cautela necessária e razoável por parte da Administração, justamente para evitar a participação no certame de empresas desprovidas de conhecimento prático específico para execução do objeto. Não há que se falar em direito líquido e certo, uma vez que a Impetrante não obedeceu a requisito do edital, o que, de fato, resulta, ainda, na inexistência de ato coator a ser combatido. (TJ-MT - MS: 10083490220178110000 MT, Relator: MARCIO APARECIDO GUEDES, Data de Julgamento: 03/09/2020, Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Público e Coletivo, Data de Publicação: 22/09/2020)

EMENTA REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EMPRESA HABILITADA. DESCLASSIFICAÇÃO. EXCESSO DE FORMALISMO. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA PARA MANTER A SENTENÇA. 1. A Constituição Federal de 1988, no capítulo que trata da Administração Pública, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública. 2. A formalidade exigida da Impetrante data da emissão do

CNPJ é excessiva, evidenciando obstáculo ao resguardo do próprio interesse público que, na hipótese, consiste na obtenção do menor preço. 3. Sentença confirmada. (TJ-ES - Remessa Necessária: 00017263120158080019, Relator: ARTHUR JOSÉ NEIVA DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 04/12/2017, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/12/2017).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. CONTROLE DE ÁGUA DE POÇO ARTESIANO. DOCUMENTO EM DESACORDO COM REQUISITOS DO EDITAL. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle (art. 45 da Lei n. 8.666/93). Ademais, no julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite (art. 44 da Lei das Licitações). A recorrente foi inabilitada porque exibiu certificado de ensaios de proficiência em análises microbiológicas em águas, em cópia simples e não autenticada, como exigida no ato convocatório item 3.5. A proficiência em análises microbiológicas em águas é requisito indispensável para a comprovação da sua qualificação técnica, de acordo com o item 8, letra p, do edital. A formalidade excessiva vai de encontro ao interesse público, pois a licitação deve proporcionar o maior número de concorrentes, de modo a se alcançar a melhor proposta financeira. Não é o caso dos autos, em que o documento... comprobatório da proficiência para o desempenho do objeto licitado (controle de águas de poços artesianos) foi apresentado em cópia simples, em manifesta desconformidade com o edital, revelando desleixo do concorrente. Ausência de fundamento relevante do direito invocado para lastrear provimento liminar. Agravo desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70077502748, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 12/07/2018). (TJ-RS - AI: 70077502748 RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Data de Julgamento: 12/07/2018, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/07/2018).

A autoridade administrativa ou judiciária deve se atentar às consequências da anulação do ato, seguindo assim o quanto previsto no art. 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual: “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas.”

Assim, a análise das consequências da anulação do ato na licitação deverá ocorrer para que se possa observar a razoabilidade da medida, apontando os atos necessários para que ocorra a regularização, caso necessária, para se evitar fulminar um ato do processo licitatório quando não se tenha atingido formalidades que sejam consideradas essenciais.

Devem ser garantidas as formalidades essenciais à garantia da segurança do particular e, por este motivo, o processo se torna formal para a

Administração Pública. Inclusive, o art. 2º, p. único, VIII da lei 9.784/99 regulamenta que os processos administrativos devem respeitar a “*observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados*”.

Em razão disso, os atos do processo licitatórios devem ser escritos, mas o desatendimento às exigências formais, por si só, não enseja a sua nulidade. Dessa forma, deve-se observar a máxima que estipula que, em sede de processos administrativos, não há nulidade sem prejuízo para os interessados, apresentado no brocardo francês “*Pas de nullité san grief*”.

O princípio do formalismo moderado, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁴, deve ser entendido como princípio de economia processual, quando então, ela estipula que “*o processo é instrumento para aplicação da lei, de modo que as exigências a ele pertinentes devem ser adequadas e proporcionais ao fim que se pretende atingir*”. Arremata ainda a referida doutrinadora, estabelecendo que “*desse princípio decorre outro, que é o aproveitamento dos atos processuais, que admite o saneamento do processo quando se tratar de nulidade sanável, cuja inobservância não prejudique a administração ou o administrado.*”

12.1. ATOS DIGITAIS

Buscando atender ao princípio da eficiência, a lei determina que os procedimentos licitatórios serão preferencialmente digitais. Essa norma também se volta à garantia de ampla competitividade, haja vista facilitar a participação de quaisquer interessados, em qualquer parte do país, com custo mais baixo. A utilização de um processo digital foi trazida pelo art. 5º da Lei 14.129/2021. Esse dispositivo afirma que a administração pública utilizará soluções digitais para o trâmite de processos administrativos. Isso mostra que, o processo de licitação será eletrônico obrigatoriamente.

A implantação só não ocorrerá por dificuldades técnicas. Por isso, o termo “preferencialmente”, utilizado no inciso VI do dispositivo deve ser bem entendido, pois é necessária que a sua interpretação ocorra em conjunto com a Lei 14.129/2021. Por isso, apesar do quanto previsto, deve-se entender que utilização de atos de digitais é obrigatória, salvo dificuldades técnicas justificadas. Favorece ainda a sustentabilidade com a utilização de menos recursos naturais, pois não será necessária a enorme quantidade de impressões.

Alguns atos, no entanto, não são produzidos digitalmente. É o que acontece com a realização do pregão presencial. O pregão, via de regra, é

24. Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella – Direito Administrativo. São Paulo: 2008. Editora Atlas, 20ª Ed.

eletrônico. Em algumas situações, como será exposto adiante, poderá tal modalidade ser realizada pela forma presencial. Nesse caso, o processo será eletrônico, mas a apresentação de propostas e lances será presencial, produzindo-se documentos físicos.

Nesses casos, mesmo o ato tendo sido produzido em sua forma física, deverá ser armazenado digitalmente, cumprindo assim o quanto previsto no dispositivo legal sob comento. Só para que não haja dúvida, o processo será digital, mas o procedimento presencial, com a participação de todos os interessados, com a digitalização posterior de tais ato e sua anexação ao processo digital da licitação.

Sobre a assinatura digital, a Lei 14.063/2020 a divide entre assinatura eletrônica simples, assinatura eletrônica avançada e assinatura eletrônica qualificada, cabendo ao ente público, estabelecer o nível mínimo exigido para sua utilização em documentos.

Aliás, a Lei 14.133/2021 não deixa claro qual é o nível mínimo de assinatura eletrônica, sendo necessária a sua regulamentação. A diferença entre as assinaturas eletrônicas se encontra no art. 4º da Lei 14.063/2020, que assim dispõe:

Art. 4º Para efeitos desta Lei, as assinaturas eletrônicas são classificadas em:

I - assinatura eletrônica simples:

- a) a que permite identificar o seu signatário;
- b) a que anexa ou associa dados a outros dados em formato eletrônico do signatário;

II - assinatura eletrônica avançada: a que utiliza certificados não emitidos pela ICP-Brasil ou outro meio de comprovação da autoria e da integridade de documentos em forma eletrônica, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento, com as seguintes características:

- a) está associada ao signatário de maneira unívoca;
- b) utiliza dados para a criação de assinatura eletrônica cujo signatário pode, com elevado nível de confiança, operar sob o seu controle exclusivo;
- c) está relacionada aos dados a ela associados de tal modo que qualquer modificação posterior é detectável;

III - assinatura eletrônica qualificada: a que utiliza certificado digital, nos termos do § 1º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.

A assinatura qualificada é a que possui o maior nível de confiabilidade. Exatamente por isso, independente de regulamentação, a assinatura eletrônica qualificada deve ser aceita na iteração com os entes públicos, segundo dispõe o art. 5º, § 1º, III, da Lei 14.063/2020.

12.2. AUTENTICAÇÃO DE DOCUMENTOS

Os documentos apresentados podem ser autenticados com a apresentação da cópia e dos originais ao agente de contratação. Como agente público que é, a sua declaração possui presunção de veracidade e legitimidade.

Também serão consideradas autenticadas as cópias que trazem declaração de advogado, sob sua responsabilidade pessoal, de que correspondem ao original. Nesse último caso, não há necessidade de declaração do agente de contratação, bastando a do advogado. Essa afirmação é validada através da utilização do conectivo “ou” no inciso VI do dispositivo sob comento.

O dispositivo não esclarece se o advogado deve possuir procuração da parte para que declare a autenticidade do documento, diferentemente do que ocorre nos processos judiciais. Na ausência de determinação expressa, como a lógica apresentada é de um formalismo moderado, não se deve exigir procuração de advogado para que a autenticidade do documento por ele declarada produza os efeitos previstos.

Também devem ser considerados como documentos originais as certidões emitidas através dos sítios eletrônicos dos órgãos públicos, desde que disponham de mecanismo que comprove a sua autenticidade (art. 35 da Lei 10.522/2002).

Nesse contexto, as assinaturas digitais se tornam admitidas por expressa disposição legal, o que torna desnecessária a presença física do licitante para a participação no feito. Essa norma já estava preconizada nos decretos que tratavam do pregão eletrônico e se estende aos demais procedimentos licitatórios, com a edição da nova lei.

12.3. UTILIZAÇÃO DO REAL

As licitações devem utilizar a moeda corrente brasileira, sendo vedada a utilização de moedas estrangeiras. A exceção fica por conta das licitações internacionais, quando pode ser admitida a apresentação de propostas em moeda estrangeira, o que deverá ser estendido também para as empresas brasileiras que estiverem participando do certame, em razão do princípio da isonomia. A possibilidade de utilização de moeda estrangeira é uma das características das licitações internacionais, tal como previsto no art. 52 da Lei 14.133/2021.

12.4. PLANO DE CONTRATAÇÃO ANUAL

O dispositivo ainda prevê a possibilidade de elaboração de plano de contratação anual pelos órgãos públicos, visando a atender à necessidade de planejamento das suas necessidades. Com efeito, o planejamento resguarda

a própria Administração Pública e reduz as chances de contratações emergenciais ou ausência de determinado bem ou serviço por falta de dotação orçamentária.

Cabe ressaltar que a Administração Pública Federal já vem realizando planos de contratação nos moldes da IN 01/2019, da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, que o referido ato normativo impõe a realização do plano que será feito por cada um dos órgãos públicos.

No caso, a lei prevê a possibilidade de elaboração do plano de contratação e estabelece que ele será feito pelo ente federativo, abrangendo todos os seus órgãos. É necessário que os agentes responsáveis por sua elaboração sejam diligentes. A inviabilização de uma licitação por defeito no PCA pode caracterizar grave violação do dever funcional, principalmente se resultar em contratação direta emergencial²⁵.

Da mesma forma, o plano prestigia o princípio da publicidade, uma vez que os planos de contratação passam a estar à disposição de quaisquer interessados, por meio de divulgação no sítio eletrônico oficial do órgão e do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). Por isso, o plano de contratação anual deve ser considerado como obrigatório. Medida que favorece a transparência e a previsibilidade das contratações públicas. Como diz Juarez Freitas²⁶:

A despeito de leitura precipitada sugerir como facultativa a formulação do mencionado plano, entende-se como autêntica obrigação, visto que o gestor público não está liberado a esgrimir com a discricionariedade administrativa para descumprir a missão legal e constitucional de antever, com prevenção e precaução, as ameaças ecossistêmicas. O plano, que requer dados e metadados de qualidade, constitui requisito *sine qua non* para avisado controle de juridicidade. É, com efeito, um ingrediente-chave para blindar a lisura substancial e procedimental das contratações públicas.

O Decreto Federal 10.947/2022 regulou a matéria no âmbito da União Federal. Assim, o aludido decreto, além de regulamentar o PCA (Plano de Contratação Atual), instituiu o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações (PGC). O PGC é uma ferramenta informatizada integrante da plataforma do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (Siasg), disponibilizada pelo Ministério da Economia, para elaboração e acompanhamento do PCA.

25. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 274.

26. FREITAS, J. Nova Lei de Licitações e o ciclo de vida do objeto. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 281, n. 2, p. 91–106, 2022. DOI: 10.12660/rda.v281.2022.86046. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/86046>. Acesso em: 30 ago. 2022. P. 98.