

Título : NOVA LEI DE LICITAÇÕES: A PADRONIZAÇÃO, A PRÉ-QUALIFICAÇÃO E A ANÁLISE DE AMOSTRAS COMO MECANISMOS PARA AQUISIÇÕES MAIS VANTAJOSAS PARA A ADMINISTRAÇÃO

Autor : Fabio Vilas Gonçalves Filho

NOVA LEI DE LICITAÇÕES: A PADRONIZAÇÃO, A PRÉ-QUALIFICAÇÃO E A ANÁLISE DE AMOSTRAS COMO MECANISMOS PARA AQUISIÇÕES MAIS VANTAJOSAS PARA A ADMINISTRAÇÃO

FABIO VILAS GONÇALVES FILHO

Bacharel em Direito (2010). Mestre em Saúde e Tecnologia no Espaço Hospitalar (2017). MBA em Licitações e Contratos Administrativos (2019). Pós-Graduado em Direito Público e Tributário (2017). Pós-Graduado em Licitações e Contratações Públicas (2021). Foi servidor público federal, chefe da Unidade de Licitações e Pregoeiro do HUGG da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Tem mais de 12 anos de experiência em compras públicas. Desde 2019, é servidor público estadual e membro da Rede de Pregoeiros do Estado do Rio de Janeiro (RedPreg).

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar os procedimentos que poderão auxiliar a Administração Pública na seleção de propostas mais vantajosas em prol dos interesses públicos, oriundas da modalidade pregão em sua forma eletrônica. O pregão foi instituído pela Lei nº 10.520/2002, e sua criação ocorreu em função da necessidade de maior racionalização dos procedimentos para efetivação dos contratos públicos. No mesmo sentido, a Nova Lei de Licitações (NLL) nº 14.133/2021 “revogou” referida legislação e trouxe para seu texto normativo a modalidade pregão, a homologação de amostras, o processo de padronização e a pré-qualificação de bens. Vale ressaltar que esses institutos são admitidos há muito tempo na doutrina e na jurisprudência, bem como previstos em leis específicas, como as Leis nº 13.303/2016 (Lei das Estatais) e nº 12.462/2011 (RDC). A NLL, sobretudo, destacou com sabedoria o ciclo de vida do objeto. No entanto, o critério de julgamento pelo “fetiche” do menor preço ainda permanece. Assim, o principal objetivo é mostrar para os gestores a importância dos referidos mecanismos de gestão, bem como incentivá-los a efetivar o uso deles, os quais foram incorporados no texto da recém-chegada Lei de Licitações e Contratos Administrativos para afastar os riscos e controlar preventivamente os processos de contratação pública em busca do melhor valor e, conseqüentemente, da melhor proposta para coletividade.

Inicialmente, cumpre consignar que licitação é um procedimento administrativo formal que visa suprir as demandas de bens ou serviços da Administração Pública por meio de contratos firmados com particulares em observância à Constituição de 1988.

Isso significa que, diferentemente do particular, que é livre para realizar suas aquisições, a Administração, por conta do princípio da legalidade e sempre respeitando o da isonomia entre os participantes do certame, é obrigada, salvo poucas exceções legais, a realizar procedimentos licitatórios.

As compras públicas constituem importante e significativa parcela do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro. Somente em 2020, o Poder Executivo Federal homologou mais de 109 bilhões de reais em suas contratações, segundo o *site* Portal de Compras do Governo Federal (COMPRAS..., 2021).

Assim, podemos observar o montante de capital público envolvido nesse segmento e que, diante disso, a proposta mais vantajosa para a Administração Pública sempre foi buscada nas aquisições objetivando atingir a eficiência e eficácia. Contudo, por muito tempo, a vantagem almejada sob a égide da Lei nº 8.666/1993 (conhecida como Lei Geral de Licitações) e da Lei do Pregão nº 10.520/2002 esteve rigorosamente atrelada à economia imediata, ou seja, confundia-se a vantagem da proposta com o critério do menor preço, sem analisar o melhor valor, sob uma perspectiva de custo-benefício.

As consequências foram contratações inadequadas com serviços e produtos de baixíssima qualidade, acarretando, com o passar do tempo, prejuízos para os entes públicos e, conseqüentemente, para os cidadãos que fazem uso dos serviços e produtos advindos dos procedimentos licitatórios.

Na atualidade, com o advento da NLL nº 14.133/2021, houve mudanças significativas, principalmente no que tange ao princípio do planejamento, que faz com que os gestores adotem medidas para afastar todos os riscos das futuras contratações, bem como passou a considerar o ciclo de vida dos objetos adquiridos atrelado ao menor dispêndio para a Administração.

Todavia, apesar de alguns avanços, ainda precisamos incorporar experiências de outros países, por exemplo o art. 67º, nº 2, da Diretiva 2014/24 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, o qual expressamente admite que os Estados-membros da União Europeia proibam, em suas leis, a seleção das propostas baseadas exclusivamente no critério do preço.

Convém destacar, para melhor compreensão, um breve comparativo entre as legislações nacionais que já tratam do tema e a NLL. Para isso, traremos à colação alguns dispositivos relevantes das normas, a começar pelos princípios, que são verdadeiros alicerces, ou seja, bases sólidas que devem ser observadas pelos intérpretes, sobretudo quando as normas forem silentes e, também, no que tange ao critério de julgamento pelo menor preço.

Oportuno ainda mencionar que o legislador não previu prazo de *vacatio legis*, já que a Lei nº 14.133/2021 entrou em vigor no dia de sua publicação, qual seja, 1º de abril de 2021, nos termos do art. 194 e, apesar de “revogar” as Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011, é enfática ao determinar que estas só sejam totalmente revogadas depois de decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial da NLL, de acordo com seu art. 193, bem como, durante esse prazo, segundo o art. 191, a Administração poderá optar por licitar pela NLL ou de acordo com as mencionadas leis.

Cuida-se de um regime de vigência simultânea, ou seja, de uma regra de transição entre os dois sistemas jurídicos a fim de que os gestores públicos e os aplicadores do direito possam adequar-se e planejar suas futuras aquisições.

Pois bem, sobre os princípios, a Lei nº 8.666/1993 assim dispõe em seu art. 3º:

Art. 3º. **A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Grifamos)

Nota-se, que a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração é um objetivo a ser alcançado utilizando-se o critério de julgamento pelo menor preço nas aquisições de bens, de acordo com o art. 45, § 1º, inc. I, do mesmo diploma legal:

Art. 45. **O julgamento das propostas será objetivo**, [...].

§ 1º. Para os efeitos deste artigo, constituem **tipos de licitação**, exceto na modalidade concurso:

I - **a de menor preço**-quando o critério de **seleção da proposta mais vantajosa** para a Administração determinar que **será vencedor o licitante que** apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e **ofertar o menor preço**. (Grifamos)

A Lei nº 10.520/2002, que instituiu o pregão, não é diferente ao dispor no art. 4º, inc. X:

Art. 4º [...]

X - **para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço**, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital. (Grifamos)

Por outro lado, a NLL nº 14.133/2021 de fato trouxe mudanças significativas, já que dispõe sobre os princípios em seu art. 5º da seguinte forma:

Art. 5º 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 Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (Grifamos)

A Nova Lei deu ênfase com sabedoria, notadamente, a vários princípios, como os da eficiência, do interesse público, do planejamento e da eficácia. Não que dantes a Administração não os observasse. Todavia, agora, estes e outros estão em um mesmo texto legal, o que poderá dar maior segurança jurídica ao gestor público. Ademais, ao mencionar que as disposições do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB) serão observadas.

O destaque ao interesse público na NLL é de suma importância, haja vista que os interesses primários deverão ser sempre alcançados, pois não é por acosso a razão de ser do Estado (BARROSO, 2010).

No mesmo sentido, o planejamento, que outrora era apenas uma fase, na atualidade foi erigido ao patamar de princípio e, por exemplo, tem em seu bojo o metaprocessos, nos termos da Portaria Seges/ME nº 8.678/2021, que estabelece condutas para uma boa governança nas contratações.

O metaprocessos envolve diversas fases da contratação, entre elas o próprio princípio do planejamento, que abrange toda a fase interna, como: Plano Anual de Contratação, estudo técnico preliminar, termo de referência e mapa de riscos, a fim de mensurar os possíveis riscos para seu controle e prevenção, e, ainda, a fase externa com a seleção do fornecedor. O metaprocessos também será um padrão para que os processos específicos de contratação sejam realizados.

Contudo, apesar de algumas inovações, a NLL continua enraizada ao “fetiche” do menor preço, conforme estabelece o art. 33, inc. I, e, por isso, é crucial utilizarmos todos os mecanismos disponíveis na legislação atual e em outras normas que vierem complementá-la a fim de atenuar a carga decisória sobre tal critério. É por esse caminho que deve seguir o gestor ao interpretar o princípio da economicidade disposto no art. 5º da NLL, ou seja, que a economia a ser almejada deverá ser aquela que traga maiores benefícios, e não aquela que forçosamente o legislador induz o administrador a gastar o mínimo, conforme dispõe o art. 34, *caput*, ao mencionar que o julgamento por menor preço considerará o menor dispêndio.

Com o mesmo entendimento, Di Pietro (2021, p. 29) aduz: “Ocorre que a valorização do menor dispêndio nem sempre proporciona à administração a celebração de contrato mais vantajoso para aquisições de bens”.

Vale ressaltar algumas preocupações, por exemplo: Como comprovar que o bem selecionado nas plataformas eletrônicas de compras, a partir do critério do menor preço, ou seja, do menor valor nominal da moeda, é a proposta mais vantajosa? E quando nos deparamos com o exposto no inc. III do art. 59 da NLL, ao dispor que serão desclassificadas as propostas que apresentarem preços acima do estimado?

De igual forma, quando a NLL trata das negociações, segue a mesma diretriz, pois nos termos do art. 61, § 1º, a negociação poderá ocorrer a fim de obter proposta mais vantajosa com o primeiro colocado e com os subsequentes quando aquele for desclassificado em razão de seu preço permanecer acima do estimado pela Administração. Assim, indaga-se: Os valores dos bens utilizados como parâmetros da estimativa de preços são de produtos compostos de qualidade?

A Nova Lei nº 14.133/2021, como forma de planejamento, incorporou em seu texto legal alguns mecanismos de controle de riscos, porém, é dever do gestor analisar como esses mecanismos serão implementados no dia a dia e, se necessário, buscar outras estratégias/técnicas em prol do interesse público. Entre as ferramentas de gerenciamento, destacam-se: a homologação de amostras, o

processo de padronização e a pré-qualificação em vários dispositivos, 17, § 3º; 43 e 80, inc. II, da norma. Assim, vemos esses dispositivos sequencialmente:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

[...]

§ 3º Desde que previsto no edital, **na fase a que se refere o inciso IV do caput** deste artigo, o órgão ou entidade licitante poderá, **em relação ao licitante provisoriamente vencedor, realizar análise e avaliação da conformidade da proposta, mediante homologação de amostras**, exame de conformidade e prova de conceito, entre outros testes de interesse da Administração, de modo a comprovar sua aderência às especificações definidas no termo de referência ou no projeto básico. (Grifamos)

A fase referida no artigo em comento é a do julgamento das propostas, ou seja, os testes das amostras ocorrerão durante o procedimento licitatório.

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**. (Grifamos)

Segundo Justen Filho (2021, p. 567): “A padronização é um instrumento de racionalização das atividades administrativa, com redução de custos e otimização da aplicação de recursos. A padronização elimina variações de produtos na fase de julgamento, na utilização, conservação entre outras vantagens”.

Art. 80. A pré-qualificação é o **procedimento** técnico-administrativo **para selecionar previamente**:

[...]

II - **bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração**. (Grifamos)

Verifica-se que a pré-qualificação é um procedimento prévio às licitações, o que significa que as amostras dos bens e os testes ocorrem antes dos procedimentos licitatórios.

Argumenta Torres (2021, p. 471): “a pré-qualificação permanente pode produzir uma única aferição da qualidade de objetos pretendidos utilizando-a em várias futuras licitações”.

Desse modo, a contratação de bens seguros e de boa qualidade deve ser buscada pelos gestores diuturnamente, apesar de, na prática do dia a dia, ainda existir desafios a serem superados, já que as plataformas nas quais ocorrem os pregões eletrônicos foram projetadas para mensurar o critério do menor preço, e não do melhor valor, cabendo aos gestores a difícil tarefa de analisá-las.

Não por acaso, Di Pietro (2021, p. 30), ao comentar a respeito do § 1º do art. 34 da NLL, aduz:

Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento. **Contudo, apesar do avanço, a operacionalidade do dispositivo parece comprometida. Não fica claro como esses custos indiretos se incorporarão na sistemática de julgamento de licitação do tipo menor preço ou maior desconto**. (Grifamos)

Torres (2021, p. 209), ao comentar o art. 33, inc. I, que versa sobre o julgamento pelo menor preço, expõe: “sobre as perdas que este critério pode trazer [...]. Por conta disso, é necessária certa evolução para uma melhor compreensão da licitação como um “mecanismo” que deve ser desenhado (*market design*) de forma a ser aprimorado”. O mesmo autor defende, ainda, respeito aos experimentalismos no que toca aos critérios de julgamento.

Nunca é demais lembrar que, há décadas, compramos mal sob a égide da Lei nº 8.666/1993, sobretudo que esta não conseguiu combater a corrupção, bem como não propiciou, na maior parte das vezes, boas contratações para os entes públicos.

O pregão, instituído pela Lei nº 10.520/2002, por sua vez, mesmo com o ideal de simplicidade e celeridade, haja vista sua inversão de fases, continuou com o objetivo de reduzir a discricionariedade do gestor público para evitar a corrupção e também não resultou em boas contratações, bem como não impediu as corrupções.

No caso do pregão, comentam com sabedoria Nóbrega e Oliveira (2021, p. 4): “O problema é que, dependendo do objeto e da forma na qual a licitação for conduzida, a economia conseguida com a celeridade e agilidade do pregão, por exemplo, pode ser consumida pela má qualidade do bem ou mesmo atrasos na entrega do objeto”.

A ideia de um pretérito imperfeito, de reduzir ao máximo a discricionariedade do gestor para evitar a corrupção, não resultou ou não resultará em boas contratações. Ademais, na atualidade, vislumbramos grandes desafios com o advento da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Para Motta (2020, p. 164): “o contrato administrativo pode ser também encarado como mecanismo integrado a uma política pública. Nessa abordagem, o contrato extrapola suas tradicionais finalidades [...] para incorporar outras igualmente consagradas no ordenamento”.

Portanto, buscar boas práticas de governança, eficientes e eficazes para coletividade, sempre atenderá ao interesse público, uma vez que “as pessoas não existem para servir os poderes públicos ou à sociedade política, mas, ao contrário, estes é que se justificam como meios para a proteção e promoção dos direitos humanos” (SARMENTO, 2010, p. 27).

Não é aceitável, nas aquisições de bens, o endêmico problema que se refere à baixíssima qualidade, o qual tem o potencial de gerar mais prejuízos para a Administração com outros custos ou com a baixa satisfação das necessidades públicas.

Oportuno registrar que o TCU, no Acórdão nº 2.129/2021 do Plenário, ao se manifestar sobre pregão, ainda sob a égide da Lei nº 10.520/2002, consignou que as exigências de atendimento a normas técnicas da ABNT, declarações de qualidade, certificações, laudos técnicos e/ou certificados de conformidade afrontam o art. 3º da referida norma quando ocorrerem sem as devidas justificativas técnicas.

Não diferentemente, a NLL, no art. 42, permite que a prova de qualidade de produto apresentado como similar ao das marcas eventualmente indicadas no edital também seja feita por intermédio de atendimento a normas técnicas da ABNT, declarações, certificações, laudos e outros, desde que formalmente justificado nos termos de seu art. 41.

Os argumentos proferidos no supramencionado Acórdão do TCU, que também se encontram na mesma linha da Súmula nº 270 do Tribunal, são perfeitamente compreensíveis, pois o que se espera do gestor é prudência, ou seja, respeito com o dinheiro público. Assim, é dever estabelecer critérios éticos e objetivos para descrever os bens embasados em justificativas técnicas plausíveis. O correto é realizar estudos de casos, com registros de históricos de bens que apresentem desvio de qualidade durante seu ciclo de vida. Por isso, a solicitação de amostras, a pré-qualificação e a padronização serão excelentes ferramentas de gestão de riscos a ser implantada com procedimentos bem definidos, estabelecendo prazos, formas, possibilidade de o fornecedor acompanhar os testes, se for o caso, entre outros aspectos primordiais de transparência e respeito ao devido processo legal.

Frisa-se que mecanismos de gestão de riscos na área da saúde, por exemplo, são primordiais para o atendimento dos pacientes, uma vez que, a depender da qualidade dos insumos terapêuticos, estes poderão até ocasionar o agravamento da saúde dos pacientes, caso os produtos não agreguem segurança e qualidade adequadas. Nesse sentido, argumenta Justen Filho (2021, p. 565): “Na área médica, tal como linha de sutura cirúrgica. É inaceitável que um paciente sofra danos à saúde por utilização de produto destituído da qualidade”.

Realizar a pesquisa dos insumos junto aos profissionais que os utilizam é, sem dúvidas, também excelente ferramenta para embasar as justificativas técnicas nas descrições dos bens. Cita-se, para ilustrar pesquisa realizada em âmbito hospitalar, Gonçalves Filho (2021, p. 106), que constatou, diante das respostas dos gestores entrevistados, que 65,52% acreditam na eficácia dos testes realizados em

amostras, bem como que 89,66% concordam que a constituição de comissão de pré-qualificação dos produtos médicos resolveria o problema da qualidade dos bens adquiridos por pregão eletrônico.

Registra-se que a má qualidade de produtos não se restringe aos hospitais, pois é um grande problema em quaisquer órgãos da Administração Pública, tendo em vista que é comum encontrar material com pouquíssima durabilidade, isto é, com curto desempenho para o qual se propõe, por exemplo, copo descartável que quebra facilmente, caneta que falha ou lápis que quebra ao escrever, cartuchos para impressora com rendimento baixo ou qualidade ruim de impressão, aquisição de veículos cujo valor será bem maior a médio e longo prazos com custos de manutenção etc. Tudo isso levando apenas em conta o raciocínio simplista do menor preço econômico imediato, ou seja, em curto prazo.

Portanto, diante da demonstração de argumentos sólidos de doutrinadores respeitados, sobretudo das relevantes mudanças legislativas que afetarão significativamente o cenário das aquisições, deverá o gestor colocar em prática todos os mecanismos possíveis para aquisições mais vantajosas, ponderando o melhor preço sob uma perspectiva de custo-benefício.

REFERÊNCIAS

ABNT. *NBR 6023: Informação e documentação – Referências – Elaboração*. Rio de Janeiro, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.) et al. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COMPRAS em número. *Portal de Compras do Governo Federal*, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/>. Acesso em: 14 ago. 2021.

DI PIETRO. Estrutura geral da nova lei: abrangência, objetivos e princípios. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.) et al. *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133/21*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GONÇALVES FILHO, Fabio Vilas. *Casos concretos ocorridos em pregões eletrônicos e a pré-qualificação de materiais hospitalares: pré-requisito para controle de qualidade*. Curitiba: CRV, 2021. v.1.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à legislação de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MOTTA, Fabrício. Ensaio sobre contratos administrativos e políticas. In: GOMES, Carla Amado et al. *Responsabilidade nos contratos públicos: uma perspectiva comparada luso-brasileira*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas; Centro de Investigação de Direito Público, 2020. v.1.

NÓBREGA, Marcos; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O projeto da nova lei de licitação, o “fetichismo da mediocridade” e o empecilho ao Best Value for Money*. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: 10 ago.2021.

SARMENTO, Daniel. Interesse público vs. interesse privados na perspectiva da teoria e filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.) et al. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 12. ed. São Paulo: Juspodvm, 2021.

Como citar este texto:

FILHO, Fabio Vilas Gonçalves. Nova Lei de Licitações: a padronização, a pré-qualificação e a análise de amostras como mecanismos para aquisições mais vantajosas para a administração, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 08 dez. 2021. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm.

aaaa.