**Ementa: Administração indireta – Estatais – Lei nº 13.303/2016 – Definição do objeto – Normas infralegais – Considerações**

**Limites dos critérios de definição do objeto da licitação**

**Ladny Soares Rodrigues Silva**

Advogada regularmente inscrita na OAB/DF e empregada pública na Superintendência Jurídica de empresa estatal.

Sabe-se que a legislação que regula o procedimento de licitação, em especial o pregão eletrônico, versa de modo pormenorizado sobre a fase interna, com o objetivo de impedir a ocorrência de falhas e conduzir o processo administrativo regularmente para minimizar futuros questionamentos e/ou afrontas aos princípios que regem a matéria.

Sendo assim a fase preparatória da licitação é composta por determinadas etapas a serem observadas anteriormente à emissão do instrumento convocatório, é o que antevê os arts. 3º e 14 do Decreto n.º 10.024/2019, vale a transcrição:

Art. 3º. Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - aviso do edital - documento que contém:

[...]

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;

[...]

XI - termo de referência - documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter:

a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações:

1. a definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame;

2. o valor estimado do objeto da licitação demonstrado em planilhas, de acordo com o preço de mercado; e

3. o cronograma físico-financeiro, se necessário;

b) o critério de aceitação do objeto;

c) os deveres do contratado e do contratante;

d) a relação dos documentos essenciais à verificação da qualificação técnica e econômico-financeira, se necessária;

e) os procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato ou da ata de registro de preços;

f) o prazo para execução do contrato; e

g) as sanções previstas de forma objetiva, suficiente e clara.

§ 1º A classificação de bens e serviços como comuns depende de exame predominantemente fático e de natureza técnica.

§ 2º Os bens e serviços que envolverem o desenvolvimento de soluções específicas de natureza intelectual, científica e técnica, caso possam ser definidos nos termos do disposto no inciso II do caput, serão licitados por pregão, na forma eletrônica.

Mais adiante o art. 14 aduz:

Art. 14. No planejamento do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

I - elaboração do estudo técnico preliminar e do termo de referência;

II - aprovação do estudo técnico preliminar e do termo de referência pela autoridade competente ou por quem esta delegar;

III - elaboração do edital, que estabelecerá os critérios de julgamento e a aceitação das propostas, o modo de disputa e, quando necessário, o intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta;

IV - definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, dos prazos e das condições que, pelas suas particularidades, sejam consideradas relevantes para a celebração e a execução do contrato e o atendimento das necessidades da administração pública; e

V - designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio.

Ocorre que, quando da elaboração dos documentos essenciais e listagem das eventuais exigências é possível que o objeto a ser licitado tenha sido matéria de diversas normas infraconstitucionais, que podem influenciar a documentação obrigatória a ser exigida dos licitantes.

Nesses casos, a fim garantir a qualidade do objeto da contratação, mas sem prejudicar o alcance da ampla concorrência, deve a área técnica responsável avaliar as reais necessidades da Administração Pública para garantir quais exigências serão suficientes para suprir a demanda.

Noutras palavras, havendo uma variedade de regulamentos que imponham requisitos sobre o objeto ou serviço a ser adquirido, é razoável concluir que a Administração Pública pode não estar necessariamente obrigada a adotar todos eles, sendo essencial que a área demandante dite claramente quais são as definições adequadas para a completa aderência do objeto às necessidades da contratante.

Quando da análise de caso semelhante, o Tribunal de Contas da União – TCU, enunciou, no Acórdão nº 2.129/2021 – Plenário que “é irregular a exigência de atendimento a normas técnicas da ABNT, declarações de qualidade, certificações, laudos técnicos e certificados de conformidade sem a demonstração da essencialidade dessas exigências para se garantir a qualidade e o desempenho suficientes do objeto a ser contratado.”

No bojo do voto, sabiamente o TCU apontou que as leis e demais normas existentes, que versem sobre o objeto a ser contratado, “devem ser interpretadas e relativizadas, principalmente tendo em vista a imensa quantidade de normas técnicas hoje existentes. As leis devem ser interpretadas não só de forma literal, mas também a partir de uma visão sistêmica e teleológica que decorra também da evolução do quadro da realidade”, isso porque “uma postura exacerbada na aplicação desses diplomas legais levaria a situações de inconstitucionalidade, uma vez que teríamos restrições de competitividade vedadas pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.”

Na mesma toada, declarou que:

A escolha feita pela Administração Pública não pode ser arbitrária, ao contrário, deve ser motivada. Em suma, a licitação exige, necessariamente, algum tipo de restrição, pois, no momento em que se definem as características do produto desejado, afasta-se a possibilidade de participação das empresas que não detêm os bens com as características estipuladas. O que não se admite, e assim prevê tanto o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal como o art. 3º, §1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, é o estabelecimento de condições que restrinjam o caráter competitivo das licitações em razão de circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

[...]

A busca pela qualidade não pode ocorrer em prejuízo da economicidade e da ampliação da competitividade das licitações, devendo ser avaliado, em cada caso, se as exigências e as condições estabelecidas são pertinentes em relação ao objeto licitado, inclusive no intuito de garantir que o produto a ser fornecido tenha a qualidade desejada. É exatamente nesse ponto que reside a importância de haver a adequada motivação de todos os requisitos a serem cumpridos pelos produtos a serem fornecidos, o que não ocorreu no âmbito da licitação em tela.

**Sendo assim, entende-se que não é obrigatório manter exigências apenas para cumprir algum preceito disposto nas normas infralegais vigentes, porque a Administração Pública pode entender que descrição diversa atenderia a sua demanda e, por isso, a manutenção do texto com exigências excessivas pode implicar em restrição da competitividade.**

Não é demais ressaltar que, todas as justificativas pertinentes devem ser formalizadas nos autos do respectivo processo administrativo e, em caso de substancial modificação nas condições de contratação, em momento posterior, implica na revisitação dos autos para verificação do impacto da alteração nas diligências consumadas a fim de que sejam revalidadas ou atualizadas a exemplo da pesquisa de mercado.

Por fim, sabe-se também que, deve ser garantida a publicidade dos atos, ampla concorrência e escolha da melhor proposta.

**Como citar este texto:**

SILVA, Ladny Soares Rodrigues. Limites dos critérios de definição do objeto da licitação. Zênite Fácil, categoria Doutrina, XX jan. 2023. Disponível em: http://www.zenitefacil.com.br. Acesso em: dd mmm. aaaa.