

O PLANEJAMENTO NAS LEIS DE LICITAÇÕES FEDERAIS APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Paulo Roberto Lima Bezerra¹

Sumário: 1 INTRODUÇÃO; 2 A FASE INTERNA DAS LICITAÇÕES NO PERÍODO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988, 2.1 LEI 8.666/1993, 2.2 LEI Nº 10.520/2002, 2.3 LEI Nº 12.462/2011, 2.4 LEI Nº 13.303/2016, 2.5 LEI Nº 14.133/2021; 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

RESUMO

O tema do presente artigo é o planejamento nas leis de licitações federais após a Constituição de 1988. Os objetivos da pesquisa são: identificar o lugar da fase interna nas leis em vigor no período e quais as diferenças e avanços entre elas quanto à fase interna. Para o tratamento da temática diante do painel normativo existente, adotou-se na pesquisa a metodologia referencial bibliográfica, tendo como fontes de investigação as leis de licitações públicas federais, a doutrina especializada e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Além da introdução, apresenta-se uma seção subdividida em cinco subseções e as considerações finais.

PALAVRAS-CHAVE: PLANEJAMENTO. FASE INTERNA. LICITAÇÕES. CONTRATOS.

ABSTRACT

The subject of this article is planning in federal bidding laws after the 1988 Constitution. The research objectives are to identify the place of the internal phase in the laws in force in the period and what are the differences and advances between them regarding the internal phase. For the treatment of the theme in view of the existing normative panel, the bibliographic referential methodology was adopted in the research, having as sources of investigation the federal public bidding laws, the specialized doctrine, and the jurisprudence of the Federal Court of Auditors. In addition to the introduction, a section subdivided into five subsections and final considerations are presented.

KEYWORDS: PLANNING. INTERNAL PHASE. BIDS. CONTRACTS.

¹ Economista, Advogado, Especialista em Administração de Cidades pelo Centro Universitário UNIRB. Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

1 INTRODUÇÃO

Um dos aspectos fundamentais para o atingimento dos objetivos da Administração Pública é a contratação de obras, bens e serviços. Sendo a eficiência um dos princípios constitucionais, torna-se imperioso que o processo administrativo de contratação tenha no planejamento sua pedra angular. Tendo em vista a escassez de recursos econômicos, ele possibilita uma visão ampla das alternativas existentes e escolha da melhor solução para atendimento às demandas públicas.

Via de regra, o processo contratação dá-se através das licitações, e pode ser dividido em duas fases: a preparatória ou interna e a externa. Esta é a licitação propriamente dita, compreende a divulgação do edital até a adjudicação do contrato. Aqui, a fase preparatória ou interna é o foco a ser estudado.

A fundamentação jurídica para o planejamento das contratações públicas está alicerçada nas leis federais, que têm status de normas gerais e se aplicam no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A União também edita normas específicas, através de Decretos, Portarias e Instruções Normativas, com observância obrigatória apenas no âmbito federal. Portanto, existe uma vasta produção legislativa relacionada às licitações, além das inúmeras alterações de redação através de leis e medidas provisórias. Além desse ativismo do legislador federal, alguns entes da Federação produziram legislação própria de natureza complementar, a exemplo dos Estados da Bahia, Paraná, São Paulo, Sergipe e o Município de São Paulo.

Para o estudo dessa temática, analisa-se o tratamento dado à fase interna das licitações nas Leis Federais de Licitações no período Pós-Constituição Federal de 1988. Diante do painel normativo produzido nesse período, busca-se responder as seguintes questões: Qual o lugar da fase interna nas leis em vigor no período? Quais as diferenças e avanços entre elas quanto à fase interna?

Adotou-se na pesquisa a metodologia referencial bibliográfica, tendo como fontes de investigação as leis de licitações públicas federais, a doutrina especializada e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Além dessa introdução, apresenta-se uma seção subdividida em cinco subseções com tratamento específico de cada uma das leis promulgadas no período e relacionadas ao tema, além das considerações finais.

2 A FASE INTERNA DAS LICITAÇÕES NO PERÍODO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

Essa fase caracteriza-se pelo planejamento da contratação no âmbito interno da Administração Pública, sendo desenvolvida por equipe técnica e setor demandante vinculados ao ente público.

Trataremos a seguir as leis federais que normatizam as licitações públicas no período Pós-Constituição de 1988, com enfoque na fase interna.

2.1 LEI 8.666/1993

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, foi a primeira lei de licitações e contratos públicos decretada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Quanto a fase interna da licitação, MOREIRA e GUIMARÃES (2012, p. 140) relacionam os passos processuais nela contidos: confecção de projeto básico, de orçamento, previsão de dotação orçamentária, demonstrações fiscais, confecção de editais e seus anexos.

Ao determinar a necessidade de elaboração prévia de um Projeto Básico, a primeira Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, positivou a necessidade de planejamento das contratações públicas, porém, conforme o texto positivado, a finalidade do planejamento é a contratação de obras civis, para as quais são exigidas a elaboração de um projeto básico, a ser elaborado com base nos estudos técnico-preliminares, porém, omitiu-se a obrigatoriedade da fase interna para outros tipos de contratações, como bens e serviços comuns.

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;

- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados. (BRASIL, 1993, Art. 6º)

Para o professor PEREIRA JR. (2003, p.105) o art. 6º condiciona a abertura da licitação de obra ou serviço à existência do projeto básico, colocando-o como um requisito de validade da licitação, objetivando o controle externo dos atos administrativos.

Questão polêmica é a de saber se o projeto básico é indispensável, mesmo que o objeto da licitação não corresponda a obra ou serviço de engenharia. Isto porque, em todos os incisos que identificam o conteúdo necessário do instrumento, há expressa referência à obra, daí inferir-se que se o objeto for diverso de obra ou serviço de engenharia, a instauração do pélio licitatório prescindiria do projeto básico. (PEREIRA JR., 2003, p.105)

No entanto, LOPES DE TORRES (2021, p. 149), defende a valorização do projeto básico não pelo formalismo da lei, mas em razão do seu conteúdo. Mesmo nas contratações que não envolvam obras ou serviços de engenharia, devem descrever claramente o objeto, avaliação do custo, e justificativa do conteúdo e quantidade.

Aproximando-se desse entendimento, para MOREIRA E GUIMARÃES (2012, p.142), embora a terminologia utilizada pelo legislador seja da Engenharia, o conceito de projeto básico tem natureza extensiva a toda e qualquer obra ou serviço de qualquer natureza.

O artigo 7º elenca uma sequência obrigatória de etapas a serem cumpridas, colocando em primeiro plano a existência de projeto básico, seguido de projeto executivo, antes da etapa de execução.

Art. 7ºAs licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

§1ºA execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração.

§ 2º-As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.

§ 4º - É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo. (BRASIL, 1993, Art. 7º)

Em razão da obrigatoriedade legal de elaboração de instrumentos de planejamento da licitação restringir-se às contratações de obras civis, os gestores públicos ficaram, na prática, desobrigados de promoverem nos órgãos sob suas responsabilidades uma fase interna bem estruturada para outros tipos de contratações. Para essas, o único planejamento exigido era o orçamentário e financeiro, em atendimento à Lei 4.320/1964, que, ainda em vigência, requer previsão das despesas de custeio e de capital nos orçamentos públicos.

A consequência previsível da ausência de planejamento nas licitações, conforme JUSTEN FILHO (2016, p. 220), é a ocorrência de problemas contratuais e prejuízos para a Administração Pública.

Foi definido no art. 6º, o Projeto Executivo, como sendo o conjunto dos elementos necessários e suficientes para a execução completa da obra, em acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT. Porém, o

documento não se constitui obrigatório à abertura da licitação para obras e serviços, podendo ser elaborado durante a execução do contrato.

Sobre esse aspecto, para MOREIRA E GUIMARÃES (2012, p.153) a falta do Projeto Executivo antes da fase externa da licitação, pode criar problemas de difícil solução, uma vez que, através do seu detalhamento, amplia-se a segurança dos licitantes para apresentação de uma proposta, contribuindo para a maior isonomia na licitação e diminuição dos custos da contratação.

A lei 8.666/1993 ao não exigir o cumprimento de uma fase interna mais bem elaborada para toda e qualquer contratação, e não apenas nas obras e serviços de engenharia, deixou importante lacuna para a identificação da real necessidade da Administração Pública nas contratações de bens e serviços em geral. Pode-se inferir que tal omissão, provavelmente não garantiu, ao longo do tempo, o melhor resultado na escolha das soluções para as necessidades públicas em muitas contratações, sob os pontos de vista quantitativo e qualitativo; além de uma identificação mais precisa dos custos fixos e variáveis, e análise de risco, necessários para a celebração de contratos sem problemas.

2.2 LEI Nº 10.520/2002

A Lei 10.520 de 17 de julho 2002, conhecida como Lei do Pregão, instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, a modalidade de licitação denominada pregão.

A modalidade que não prevê a possibilidade de contratação de obras de engenharia, locações imobiliárias e alienações em geral, inaugurou uma clara ênfase à fase preparatória para aquisição de bens e serviços comuns, trazendo em seu art. 3º a necessidade de observação de critérios prévios:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

- I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;
- II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados. (BRASIL, 2002, Art. 3º)

Com o citado dispositivo, surgiu a obrigatoriedade de apresentar no processo administrativo de contratação a pretensão contratual, ou seja, a autoridade competente passou a ter a obrigação de justificar a contratação.

Discorrendo sobre a necessidade de justificativa da pretensão contratual, Ronny Charles Lopes de Torres apresenta razões de natureza prática que demonstram o acerto da medida:

“Aqueles que rotineiramente atuam com contratações públicas, sobretudo os que exercem suas atividades no âmbito interno da Administração, percebem a sabedoria desta exigência. Na maioria dos órgãos, muito embora a contratação e a gestão dos procedimentos licitatórios se concentrem em um ou mais setores, responsáveis por esta atividade meio, as diversas demandas são oriundas de setores outros”. (LOPES DE TORRES, 2021, p. 1.085).

No âmbito Federal, o Decreto nº 5.450 de 31 de maio de 2005 regulamentou a matéria, exigia a elaboração de um Termo de Referência a ser produzido pelo setor demandante, com informações sobre o objeto da contratação.

Nesse sentido, o Acórdão 2471/2008 do TCU, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, recomendou ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que as contratações dos serviços de Tecnologia da Informação pela Administração Pública Federal apresentem fundamentação da necessidade de contratação e modelo para prestação dos serviços.

Para a fundamentação da necessidade da contratação, o Acórdão recomendou explicitação mínima dos seguintes itens: justificativa da necessidade do serviço, relação entre previsão de demanda e quantidade da contratação, demonstrativo de economicidade dos recursos, indicativo de alinhamento da contratação pretendida com o Planejamento Estratégico do órgão.

Quanto ao modelo a ser adotado para a prestação de serviços, o Acórdão relacionou ainda os requisitos mínimos para o processo de contratação:

- estudos preliminares com a apresentação das soluções existentes no mercado para atender à demanda e a justificativa pela escolha daquela que será contratada;

- identificação da solução de TI como um todo, composta pelo conjunto de todos os serviços, produtos e outros elementos necessários e que se integram para o alcance dos resultados pretendidos com a contratação;
- justificativa para o parcelamento ou não do objeto, levando em consideração a viabilidade técnica e econômica para tal, a necessidade de aproveitar melhor as potencialidades do mercado e a possível ampliação da competitividade do certame, sem perda de economia de escala;
- no caso do parcelamento do objeto, justificativa da escolha dentre as formas admitidas, quais sejam, a utilização de licitações distintas, a adjudicação por itens, a permissão de subcontratação de parte específica do objeto ou a permissão para formação de consórcios;
- definição da forma de execução dos serviços, sendo preferencial a execução indireta com medição por resultados. Deve ser justificada nos autos a impossibilidade de sua adoção. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. (Acórdão nº 2471/20. Plenário)

Também com o mesmo espírito, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão editou em 12 de novembro de 2010 a Instrução Normativa nº 4, que tornou obrigatória a execução da fase de planejamento da contratação “inclusive nos casos de: inexigibilidade, dispensa de licitação, criação ou adesão à Ata de Registro de Preços, e contratações com uso de verbas de organismos internacionais”.

O Decreto 5.450/2005 foi revogado pelo Decreto 10.024 de 20 de setembro de 2019, cujo art. 14 determinou que:

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. (BRASIL, 2019)

Um outro aspecto diz respeito a elaboração de orçamento do objeto da contratação, feita na fase de estudos preliminares. A publicidade desse orçamento

no processo de licitação é obrigatória no âmbito da Lei 8.666/1993, porém a Lei do Pregão é omissa quanto a esse aspecto. Através de diversos Acórdãos, o TCU firmou entendimento de que a adoção do sigilo do orçamento é possível em algumas situações.

Em sede de licitação, na modalidade pregão, não se configura violação ao princípio da publicidade o resguardo do sigilo do orçamento estimado elaborado pela Administração até a fase de lances, sendo público o seu conteúdo após esse momento. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão** nº 2080/2012. Plenário)

Na realização de pregões para compras de medicamentos e materiais hospitalares, a divulgação, nos editais, dos preços estimados pela administração não se mostra vantajosa, devendo ocorrer apenas após a fase de lances. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão** nº 2150/2015. Plenário)

O advento da Lei 10.520/2002 contribuiu sobremaneira para o fortalecer a atividade de planejamento das contratações públicas em todas as esferas da Administração.

2.3 LEI Nº 12.462/2011

O Regime Diferenciado de Contratações – RDC, foi criado pela Lei Federal nº 12.462 de 04 de agosto de 2011, inicialmente para ser aplicável nas licitações e contratos com vistas à realização de obras e serviços de engenharia relacionados aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos 2016, Copa das Confederações da FIFA 2013, Copa do Mundo FIFA 2014 e obras de infraestrutura de serviços para aeroportos distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes desses eventos. Em razão do seu caráter menos burocrático que a legislação vigente até então, com o passar dos anos, outras ações e tipos de obras foram incluídas no RDC.

No que diz respeito à fase de planejamento das licitações, o art. 2º relaciona entre outras definições a serem observadas para sua aplicação, a necessidade de elaboração de projetos básico e executivo.

O projeto básico foi definido como sendo “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, conforme o Art. 2º, IV para:

- a) caracterizar a obra ou serviço de engenharia, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares;
- b) assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento;
- c) possibilitar a avaliação do custo da obra ou serviço e a definição dos métodos e do prazo de execução. (BRASIL, 2011, Art. 2º, IV)

Para garantir o melhor resultado para a Administração na contratação da obra ou serviço de engenharia, além das definições já mencionadas, o parágrafo único do referido artigo, determina a obrigatoriedade de o projeto básico conter minimamente, sem frustrar a necessária competitividade na licitação, os seguintes elementos:

Art. 2º Parágrafo único. O projeto básico referido no inciso IV do caput deste artigo deverá conter, no mínimo, sem frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, os seguintes elementos:

I - desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar seus elementos constitutivos com clareza;

II - soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a restringir a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem a situações devidamente comprovadas em ato motivado da administração pública;

III - identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento;

IV - informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra;

V - subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso, exceto, em relação à respectiva licitação, na hipótese de contratação integrada;

VI - orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados. (BRASIL, 2011, Art. 2º, parágrafo único)

Já o projeto executivo é definido no inciso V do mesmo artigo como “conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas técnicas pertinentes”.

Quanto ao orçamento da contratação, o RDC inovou ao positivar em seu art. 6º a possibilidade do caráter sigiloso do orçamento referencial:

Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. (BRASIL, 2011, Art. 6º)

O Decreto Lei nº 7.581 de 11 de outubro de 2011 que regulamentou o RDC, determina no art. 4º à Administração, elaboração de atos e expedição de documentos na fase preparatória necessários para a caracterização do objeto, definição de parâmetros da licitação, compreendendo doze itens:

I - justificativa da contratação e da adoção do RDC;

II - definição: a) do objeto da contratação; b) do orçamento e preço de referência, remuneração ou prêmio, conforme critério de julgamento adotado; c) dos requisitos de conformidade das propostas; d) dos requisitos de habilitação; e) das cláusulas que deverão constar do contrato, inclusive as referentes a sanções e, quando for o caso, a prazos de fornecimento; e f) do procedimento da licitação, com a indicação da forma de execução, do modo de disputa e do critério de julgamento;

III - justificativa técnica, com a devida aprovação da autoridade competente, no caso de adoção da inversão de fases prevista no parágrafo único do art. 14;

IV - justificativa para: a) a fixação dos fatores de ponderação na avaliação das propostas técnicas e de preço, quando escolhido o critério de julgamento por técnica e preço; b) a indicação de marca ou modelo; c) a exigência de amostra; d) a exigência de certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação; e e) a exigência de carta de solidariedade emitida pelo fabricante;

V - indicação da fonte de recursos suficientes para a contratação;

VI - declaração de compatibilidade com o plano plurianual, no caso de investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro;

VII - termo de referência que contenha conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar os serviços a serem contratados ou os bens a serem fornecidos;

VIII - projeto básico ou executivo para a contratação de obras e serviços de engenharia;

IX - justificativa da vantajosidade da divisão do objeto da licitação em lotes ou parcelas para aproveitar as peculiaridades do mercado e ampliar a competitividade, desde que a medida seja viável técnica e economicamente e não haja perda de economia de escala;

X - instrumento convocatório;

XI - minuta do contrato, quando houver; e

XII - ato de designação da comissão de licitação. (BRASIL, 2011)

Em relação ao termo de referência, projeto básico ou projeto executivo, o art. 5º do Decreto possibilita a previsão de “requisitos de sustentabilidade ambiental, além dos previstos na legislação aplicável”.

Ressalte-se ainda que além das inovações já apontadas, no RDC foi positivada a possibilidade de elaboração de uma matriz de risco para as contratações, conforme estabelecido no art. 9º, § 5º.

Art. 9º, § 5º Se o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a administração pública e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante. (BRASIL, 2011, art. 9º, § 5º)

2.4 LEI Nº 13.303/2016

A Lei 13.303 de 30 de junho de 2016, conhecida como Lei das Estatais, “dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. O Título II da Lei contém disposições aplicáveis às licitações e contratos.

Até o seu advento, as instituições por ela regulamentadas estavam sujeitas às normas de processo licitatório definidas pelas Leis 8.666/1993 e 10.520/2002.

Além de outras inovações, a Lei das Estatais estabeleceu previsão expressa da fase interna, conforme previsto no art. 51, como sendo a primeira das fases a serem cumpridas.

A fase interna é valorizada para a futura contratação. Todos os aspectos formais e materiais do planejamento devem estar presentes em processo administrativo específico nessa fase.

Diretrizes típicas de planejamento passaram a ser observadas:

Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

I - padronização do objeto da contratação, dos instrumentos convocatórios e das minutas de contratos, de acordo com normas internas específicas;

II - busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista, considerando custos e benefícios, diretos e

indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

III - parcelamento do objeto, visando a ampliar a participação de licitantes, sem perda de economia de escala, e desde que não atinja valores inferiores aos limites estabelecidos no art. 29, incisos I e II;

[...]

V - observação da política de integridade nas transações com partes interessadas. (BRASIL, 2016, Art. 32)

Dentre as diretrizes elencadas, além da padronização e parcelamento do objeto, já contemplados em outros estatutos legais sobre a matéria, é importante destacar aquela contida no inciso II e V. Estatais e sociedades de economia mista, ainda que eventualmente sejam monopolistas em sua atividade econômica, também ficam obrigadas a observar em seu planejamento o princípio da economicidade aliado à sustentabilidade ambiental e integridade com todos os envolvidos na sua operação.

Aprofundando a preocupação com a sustentabilidade ambiental, os parágrafos 1º e 2º do art. 32 relacionam algumas normas:

Art. 32, § 1º As licitações e os contratos disciplinados por esta Lei devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

II - mitigação dos danos ambientais por meio de medidas condicionantes e de compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e de recursos naturais;

IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado por investimentos realizados por empresas públicas e sociedades de economia mista;

VI - acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

§ 2º A contratação a ser celebrada por empresa pública ou sociedade de economia mista da qual decorra impacto negativo sobre bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados dependerá de autorização da esfera de governo encarregada da proteção do respectivo patrimônio, devendo o impacto ser compensado por meio de medidas determinadas pelo dirigente máximo da empresa pública ou sociedade de

economia mista, na forma da legislação aplicável. (BRASIL, 2016, Art. 32, §§ 1º e 2º)

BARCELOS E TORRES (2018, p. 320) essas normas não estabeleceram um rol de atos necessários para a fase interna, o que além de não significar diminuição de sua importância, permite que regras próprias e particulares de cada estatal sejam previstas em seus regulamentos, além das boas práticas ou elementos de outras normas. Ressalte-se que o art. 51 relaciona as fases a serem observadas nas licitações, sendo a fase preparatória a primeira delas, embora sem aprofundamento.

Repetindo a mesma regra do RDC quanto ao orçamento estimado da contratação, o orçamento sigiloso tem previsão legal na Lei das Estatais:

Art. 34. O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificção na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 1º Na hipótese em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório. (BRASIL, 2016, Art.34 caput e § 1º)

Importa ainda evidenciar que a Lei das Estatais repetiu o RDC quanto à necessidade de elaboração de uma matriz de riscos a ser elaborada na fase preparatória.

2.5 LEI Nº 14.133/2021

A Lei nº 14.133 promulgada em 01 de abril de 2021, conhecida como Nova Lei de Licitações e Contratos, substitui a antiga Lei Geral de Licitações, a Lei do Pregão e o RDC. Nela, a fase interna ganhou relevância especial, sendo obrigatória até mesmo nas dispensas e inelegibilidades.

No art. 6º, o estudo técnico preliminar – ETP, é assim definido:

Art. 6º XX – estudo técnico preliminar: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao

termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação. (BRASIL, 2021, Art. 6º, XX)

Dentre as exigências a serem observadas no processo licitatório, o art. 12, VII dispõe uma atribuição aos órgãos de planejamento dos entes da Federação, na forma dos seus respectivos regulamentos. Estes poderão elaborar um plano anual de contratações, a fim de racionalizá-las. O planejamento deve partir de documentos de formalização da demanda de cada órgão, além de estar de acordo com o planejamento estratégico do ente e emprestar subsídios para a elaboração das próprias leis orçamentárias.

Os artigos 18 a 27 tratam da instrução do processo licitatório. É uma fase de planejamento que, além da necessária compatibilidade com o plano anual de contratações, deve levar em conta os aspectos relacionados à técnica, mercado e gestão com possibilidade de interferência na contratação. Essa atividade compreende, conforme o art. 18, os seguintes aspectos:

I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;

II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;

III - a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;

IV - o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação;

V - a elaboração do edital de licitação;

VI - a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;

VII - o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala;

VIII - a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto;

IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;

X - a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;

XI - a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 24 desta Lei. (BRASIL, 2021, Art. 18)

Objetivando a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, a partir da identificação da melhor solução para o problema a ser resolvido, o § 1º do referido artigo traz um rol de elementos que devem fazer parte do ETP:

Art. 18 § 1º (...)

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

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

III - requisitos da contratação;

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

V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

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

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

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

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

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

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina. (BRASIL, 2021, Art. 18 § 1º)

Na lição de LOPES DE TORRES (pág.139, 2021), a importância da agregação desses novos elementos ao planejamento é exemplificada numa necessidade de transporte dos colaboradores de um órgão. Essa demanda contratual pode ser atendida pelo mercado através de várias soluções: contratação

de empresa de transporte, aquisição ou locação de veículos, uso de aplicativos, entre outras.

Apesar da obrigação de elaboração de um orçamento estimado na fase interna, o art. 24 da Lei permite a exemplo da previsão já existente na Lei do RDC (art. 6º, § 3º) e na Lei das Estatais (art. 34), mediante justificativa, a adoção do orçamento sigiloso, “sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas”. Porém, sendo o maior desconto o critério de julgamento, “o preço estimado ou o máximo aceitável constará do edital da licitação”. Ressalte-se a importância do orçamento sigiloso em determinados mercados, nos quais a divulgação da estimativa do orçamento junto à publicação do Edital pode acarretar apresentação de propostas com valores próximos do valor máximo.

No ETP é preciso que minimamente estejam contemplados os elementos relacionados no § 2º do art. 18: descrição da necessidade da contratação com estimativas das quantidades e valor referencial com memórias de cálculo e documentos de suporte, justificativas para o parcelamento ou não da contratação, demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis.

Na contratação de obras e serviços comuns de engenharia, o § 3º do art. 18, estabelece que se o ETP demonstrar a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos.

Para LOPES DE TORRES (2018, p. 142), na definição do objeto, os editais não devem conter excessivo detalhamento, evitando a intervenção do Poder Judiciário em razão de questionamentos sobre o direcionamento ou restrição da concorrência na licitação.

Além do ETP, o setor requisitante do órgão tem como outra tarefa da fase preparatória, a elaboração do Termo de Referência, este, seguindo o art. 6º, XXIII deve conter os seguintes elementos descritivos:

- a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;

- b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;
- c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
- d) requisitos da contratação;
- e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento;
- f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;
- g) critérios de medição e de pagamento;
- h) forma e critérios de seleção do fornecedor;
- i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;
- j) adequação orçamentária; (BRASIL, 2021, Art. 6º XXIII)

Nas obras e serviços de engenharia, a Lei 8.666/1993 já previa a obrigatoriedade de elaboração do projeto básico, que deve ser entendido como um documento de planejamento da contratação. LOPES DE TORRES (2021, p.146) informa que para a jurisprudência do TCU, a Administração está obrigada a usar planilhas, desde o projeto básico com informações detalhadas dos custos unitários dos itens de serviço, e não utilizar informações genéricas.

Segundo o art. 6º, XXV da Lei nº 14.133/2021, o projeto básico fundamentado no ETP deve possuir precisão adequada para definir a obra ou serviço, a fim de assegurar a viabilidade técnica, análise do impacto ambiental, avaliação do custo, definição dos métodos e prazo de execução, contemplando os seguintes elementos:

- a) levantamentos topográficos e cadastrais, sondagens e ensaios geotécnicos, ensaios e análises laboratoriais, estudos socioambientais e demais dados e levantamentos necessários para execução da solução escolhida;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a evitar, por ocasião da elaboração do projeto executivo e da

realização das obras e montagem, a necessidade de reformulações ou variantes quanto à qualidade, ao preço e ao prazo inicialmente definidos;

c) identificação dos tipos de serviços a executar e dos materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como das suas especificações, de modo a assegurar os melhores resultados para o empreendimento e a segurança executiva na utilização do objeto, para os fins a que se destina, considerados os riscos e os perigos identificáveis, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

d) informações que possibilitem o estudo e a definição de métodos construtivos, de instalações provisórias e de condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendidos a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, obrigatório exclusivamente para os regimes de execução previstos nos incisos I, II, III, IV e VII do caput do art. 46 desta Lei. (BRASIL, 2021, Art. 6º, XXV)

LOPES DE TORRES (2021, p.147 – 148) aponta outra peça importante de planejamento de obras - o anteprojeto de engenharia. Sua diferença em relação ao projeto básico e o termo de referência é o fato de ser um documento reservado para as licitações sob o regime de contratação integrada. Nesse tipo de contratação, a elaboração do projeto básico é responsabilidade da contratada. Como os licitantes apresentam projetos básicos distintos, com metodologias distintas, o TCU já firmou entendimento de que o edital deve definir adequadamente as características do objeto, através dos estudos preliminares.

O art. 6º, XXIV da Lei 14.133/2021 apresenta um rol mínimo de elementos com os subsídios necessários para o anteprojeto:

a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, avaliação de demanda do público-alvo, motivação técnico-econômico-social do empreendimento, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado;

b) condições de solidez, de segurança e de durabilidade;

c) prazo de entrega;

d) estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico e/ou projeto da área de influência, quando cabível;

- e) parâmetros de adequação ao interesse público, de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade;
- f) proposta de concepção da obra ou do serviço de engenharia;
- g) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção proposta;
- h) levantamento topográfico e cadastral;
- i) pareceres de sondagem;
- j) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação; (BRASIL, 2021, Art. 6º, XXIV)

Outro elemento de planejamento previsto na Lei nº 14.133/2021 é o projeto executivo, conceituado no art. 6º, XXVI como:

Art, 6º, XXVI - (...) conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, com o detalhamento das soluções previstas no projeto básico, a identificação de serviços, de materiais e de equipamentos a serem incorporados à obra, bem como suas especificações técnicas, de acordo com as normas técnicas pertinentes. (BRASIL, 2021, Art. 6º, XXVI)

LOPES DE TORRES (2021, págs. 148 - 149) interpreta esse conceito como sendo uma referência específica às contratações de obras. Segundo ele, esse conceito tem sua raiz no Decreto-Lei nº 2.300/1986, pois este já conceituava o projeto executivo como o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra. A Lei nº 8.666/1993 positivou esse conceito no art. 6º, X, acrescentando o trecho, “de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT”.

O referido autor, estabelece uma diferença entre o projeto básico e o projeto executivo, quanto à obrigatoriedade temporal de suas conclusões. A licitação da obra ou serviço não pode ser iniciada antes da conclusão do primeiro, porém pode ser iniciada sem a elaboração do segundo, posto que será elaborado pelo contratado. LOPES DE TORRES (2021, pág. 149).

A inovação da análise de riscos introduzida pela Lei das Estatais teve seu conceito praticamente repetido na Lei 14.133/2021 quanto às obras e serviços de engenharia, como definido no art. 42, XXVII.

Art. 42, XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prorrogação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;

b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;

c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia. (BRASIL, 2021, Art. 42, XXVII)

O art. 19 determina aos órgãos da Administração responsáveis pelos regulamentos de administração de materiais, obras e serviços, licitações e contratos, a criação de instrumentos que possibilitem: centralização dos procedimentos de licitações; padronização via catálogo eletrônico; acompanhamento informatizado de obras; uso de modelo de minutas de editais, termos de referência e contratos.

Para as licitações de obras e serviços de engenharia e arquitetura, a Lei incorporou a Estratégia BIM/BR, conforme já disposto nos Decretos Federais nº 9.983/2019 e nº 10.306/2020.

O BIM (*Building Information Model*) que em português pode ser traduzido para “Modelo de Informação da Construção” não se trata de um *software* específico, e sim de um conceito de virtualização, modelagem e gerenciamento das atividades inerentes ao projeto/construção de obras de engenharia. O projeto, neste novo conceito, torna-se muito mais próximo da obra real (virtualização dos elementos), facilitando a observação de possíveis inconformidades (erros de projeto, sobreposições, etc.). A representação planejada deixa de ser o meio para o desenvolvimento do projeto e torna-se um dos fins disponíveis de representação. (Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/saeapro/saeapro-2/conheca-o-projeto/o-conceito-bim-building-information-model/>> Acesso em: 25 fev.2021).

Conforme se observa:

A utilização do BIM em obras públicas poderá melhorar a qualidade das obras, reduzir desperdícios, conferir mais transparência nas contas públicas, mais ênfase no planejamento, confiabilidade nas estimativas de custos e cumprimento de prazos, bem como menor ocorrência de erros e imprevistos tanto nas obras quanto na redução de aditivos. (LOPES DE TORRES apud CBIC, 2021, p.152).

O art. 20 estabelece uma vedação à aquisição de bens de consumo de luxo, ao estabelecer que “os itens de consumo para suprir as demandas da Administração Pública deverão ser de qualidade comum, não superior à necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam, vedada a aquisição de artigo de luxo”. A partir de 120 dias da promulgação da Lei, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário ficaram obrigados a defini em regulamento os limites de enquadramento nas categorias comum e luxo, dos bens de consumo.

Diferentemente do previsto no art. 39 da Lei 8.666/1993, ficou facultado à Administração, no art. 21, a convocação de audiência pública, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis “sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados”.

Em relação a estimativa de preços para a futura contratação, a nova Lei estabeleceu regramento. LOPES DE TORRES (2021, p.156) comenta ser esse um tema gerador de dúvidas e pouca discussão doutrinária. O art. 23 da Lei 14.133/2021 firmou:

Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto. (BRASIL, 2021, Art. 23)

Discutindo a importância dessa estimativa, LOPES DE TORRES (2021, p.157) assevera que ela apenas visa aferir o preço de referência, para uma determinada contratação. Ela não se presta a identificar o preço exato ou justo. Visa apresentar um parâmetro para o preço contratado.

A lei fixa parâmetros, para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral, a serem adotados de forma combinada ou não, no art. 23, § 1º:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);

II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;

IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;

V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento. (BRASIL, 2021, Art. 23, § 1º)

Nas licitações de obras e serviços de engenharia, o § 2º do referido artigo estabelece que, conforme regulamento, o valor estimado, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas de referência e dos Encargos Sociais, será definido por meio da utilização ordenada dos seguintes parâmetros

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais obras e serviços de engenharia;

II - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e a hora de acesso;

III - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

IV - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento. (BRASIL, 2021, Art. 23, § 2º)

Ficam desobrigados ao cumprimento desses parâmetros os Municípios, Estados e Distrito Federal, nas contratações que não envolvam recursos da união. Para esses casos, o valor estimado deverá basear-se em sistemas de custos livremente escolhidos pelo respectivo ente.

Nas contratações por dispensa por inexigibilidade, sendo impossível a estimativa do valor, o contratado deverá comprovar a conformidade dos preços com aqueles praticados em contratações semelhantes, de notas fiscais emitidas por ele no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação, ou por outro meio idôneo.

Com relação à elaboração do Edital, última tarefa da fase interna, o art. 25 determina que este deverá conter o objeto da licitação e as regras de convocação, julgamento, habilitação, recursos e penalidades da licitação, fiscalização e gestão do contrato, entrega do objeto e condições de pagamento. Esse artigo detalha nos três parágrafos seguintes algumas especificidades importantes:

§ 1º Sempre que o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes.

§ 2º Desde que, conforme demonstrado em estudo técnico preliminar, não sejam causados prejuízos à competitividade do processo licitatório e à eficiência do respectivo contrato, o edital poderá prever a utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra.

§ 3º Todos os elementos do edital, incluídos minuta de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros anexos, deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso. (BRASIL, 2021, Art. 25, §§ 1º, 2º e 3º)

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi demonstrado, no período Pós-Constituição Federal de 1988 observa-se uma importância crescente no papel da fase interna, através da ampliação dos instrumentos de planejamento. Do ponto de vista normativo, essa fase passou por vários acréscimos de natureza qualitativa, visando especialização e seu aprofundamento, o que tende a possibilitar melhor resposta à obrigação da Administração quanto à adequada gestão dos recursos públicos. Acresça-se à rica

produção legislativa aqui apresentada, diversas Leis Complementares, Decretos, Portarias e Instruções Normativas produzidas, no âmbito da União, além de regramento próprio em alguns entes.

A fase interna na Lei de Licitações e Contratos Públicos, nº 8.666/1993, a primeira vigente no período, representou um importante passo rumo ao planejamento. Embora tenha positivado a obrigatoriedade de elaboração de projetos básico e executivo apenas para as obras e serviços de engenharia, alguns doutrinadores sustentam interpretação extensiva dos instrumentos de planejamento a outras contratações.

O advento da Lei nº 10.520/2002, Lei do Pregão, embora sem previsão de contratação para obras de engenharia, locações imobiliárias e alienações em geral, contribuiu sobremaneira para o fortalecer a atividade de planejamento das contratações públicas, inaugurando uma clara ênfase à fase preparatória para aquisição de bens e serviços comuns.

O RDC, instituído pela Lei nº 12.462/2011, passou a exigir uma caracterização mais detalhada de justificativa do objeto da contratação das obras e serviços de engenharia, aprofundou os elementos constitutivos dos projetos básico e executivo, incluiu a definição de parâmetros de sustentabilidade ambiental para a contratação, e a matriz de risco passou a ser um dos elementos necessários à fase interna da licitação.

Na Lei da Estatais, nº 13.303/2016, adotou-se uma previsão expressa da necessidade de elaboração da fase interna com participação de aspectos formais e materiais do planejamento no processo administrativo de contratação, observando a economicidade e sustentabilidade ambiental. Para a interpretação doutrinária, a lei não impõe a obrigatoriedade de um rol para a fase interna, deixa margem para serem incluídos nessa fase no rol normas do regulamento interno da estatal, boas práticas e elementos de outras normas, e como no RDC, uso do orçamento sigiloso e matriz de risco.

A novel Lei 14.133/202, representa a última das inovações legislativas sobre o tema. Incorporou vários dos dispositivos das leis anteriores, e trouxe para a fase interna um maior detalhamento, positivado em 27 (vinte e sete) artigos. Embora não perfeita, sinaliza que a Administração Pública dispõe de um novo aprimoramento da importante atividade de planejamento nas licitações em favor da sociedade. Certamente não será o último!

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações e Contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016. Salvador: Editora JusPodivum, 2018.

BRASIL. Decreto Federal Nº 5.450 de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm> Acesso em: novembro 2021.

_____. Decreto Federal Nº 10.024, de 20 de abril de 2019. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.024-de-20-de-setembro-de-2019-217537021>>. Acesso em: novembro 2021.

_____. Decreto Federal Nº 7.581, de 11 de outubro de 2011. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2011/decreto-7581-11-outubro-2011-611589-publicacaooriginal-133803-pe.html>>. Acesso em: janeiro 2021.

_____. Decreto Federal Nº 9.983 de 22 de agosto de 2019. Dispõe sobre a Estratégia Nacional de Disseminação do Building Information Modelling e institui o Comitê Gestor da Estratégia do Building Information Modelling. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2019/decreto-9983-22-agosto-2019-789002-norma-pe.html>>. Acesso em: fevereiro 2022.

_____. Decreto Federal Nº 10.306 de 02 de abril de 2020. Estabelece a utilização do Building Information Modelling na execução direta ou indireta de obras e serviços de engenharia realizada pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal, no âmbito da Estratégia Nacional de Disseminação do Building Information Modelling- EstratégiaBIMBR, instituída pelo Decreto nº 9.983, de 22 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.306-de-2-de-abril-de-2020-251068946>>. Acesso em: fevereiro de 2022.

_____. Decreto Lei 2.300 de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1980-1987/decreto-lei-2300-21-novembro-1986-365211-norma-pe.html>> Acesso em: fevereiro de 2022.

_____. Lei 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos

Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320> Acesso em: dezembro 2021.

_____. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: novembro 2021

_____. Lei 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm>. Acesso em: novembro 2021.

_____. Lei 10.520, de 17 de julho 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: novembro 2021.

_____. Lei 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm> Acesso em: novembro 2021.

_____. Lei 14.133, de 01 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: novembro 2021.

_____. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Instrução Normativa nº 04, de 12 de novembro de 2010. Dispõe sobre o processo de contratação de Soluções de Tecnologia da Informação pelos órgãos integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação - SISF do Poder Executivo Federal. (Redação dada pela Instrução Normativa Nº 2, de 12 de janeiro

de 2015). Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/legislacao/IN42014Completa.pdf>> Acesso em: janeiro 2022.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.471/2008. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 5/11/2008. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaocompleto*/NUMACORDAO%253A2471%2520ANOACORDAO%253A2008%2520RELATOR%253A%2522BENJAMIN%2520ZYMLER%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 10 fev. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/93. 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. 1.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Públicas. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 11ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2021.

UFRGS, <https://www.ufrgs.br/saepro/saepro-2/conheca-o-projeto/o-conceito-bim-building-information-model/>> Acesso em: 25 fev.2021).