

O HORRENDO ART. 18 DA LEI Nº 14.133/21

Ivan Barbosa Rigolin
(mar/23)

I – Motivos para destratar e depreciar a nova lei de licitações não faltam e, bem ao oposto, vicejam em notável abundância, como num safári em jardim zoológico. Quase se pode mesmo afirmar que é árduo encontrar o dispositivo perfeito, redondo, concatenado e harmonioso com a tradição, o direito circundante e a prática das licitações, e isso se deve à desmedida abundância de previsões.

Um crescente problema do legislador de nossa amada pátria é o de *não saber a hora de parar de escrever*, de um lado aparentando não confiar na força das instituições jurídicas, idealmente singelas e a serem escritas uma só vez – porque a repetição assistemática da mesma ordem apenas enfraquece o comando da lei, e de outro lado querendo inscrever seu nome na história como um notável construtor do direito. Neste caso, quanta ilusão !..

Já se disse que o legislador parece descreer que uma ordem dada uma só vez seja respeitada, e desse modo a repisa na esperança de que essa reiteração impressione o aplicador e, com isso, por dever de ofício ou por temor do aplicador, mereça acatamento.

Não pode haver pior ideia dentro da elaboração legislativa nem atitude mais desgastante à própria eficácia da lei produzida, pois que em dado momento será lícito ao aplicador indagar se um comando escrito apenas uma só vez também precisa ser cumprido ... (1)

Com todo efeito, a obstinação repetitiva de comandos e de regras dá a nítida impressão de que o legislador *não confia na força da lei que escreve*. E o mesmo se diga de longos e extenuantes roteiros procedimentais, os quais muito amiúde reinventam a roda e ensinam ao vigário como rezar a ave-maria.

É o caso exato deste desanimador art. 18, da Lei nº 14.133, de 2.021, verdadeiro suplício a profissionais racionais e experimentados.

II – Reza aquele dispositivo, que abre a Seção I (*instrução do processo licitatório*) do Capítulo II (*da fase preparatória*) da lei:

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do **caput** do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

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

¹ Tal qual naquele narrado episódio em que um juiz do interior paulista, lendo a peça oferecida por um advogado que grifava grande parte das palavras, lhe indagou se o que não estava grifado também era para ser lido.

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.

§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do **caput** deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

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.

§ 2º O estudo técnico preliminar deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º deste artigo e, quando não contemplar os demais elementos previstos no referido parágrafo, apresentar as devidas justificativas.

§ 3º Em se tratando de estudo técnico preliminar para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrada 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.

Tome fôlego o leitor e não entregue os pontos: o momento é muito ruim, mas seguramente o aplicador da lei já enfrentou provações piores em sua vida.

III – Dispõe-se a lei a ensinar a quem por vezes prepara e opera licitações há trinta anos como se organiza um certame licitatório. Imagine-se que desolação se não o fizesse !..

O comentário inicial é o seguinte: se toda esta *via crucis* for realmente obrigatória o ente público é de esperar que faça o que estiver ao seu alcance para *não realizar a licitação*. Não existe pior desestímulo a licitar que rebarbativos roteiros, na maior parte já palmilhados e dominados há ao menos meio século, como o deste art. 18.

Mas não se intimide o aplicador com a verborragia da lei, porque *com* este roteiro, *sem* este roteiro ou *apesar* deste roteiro os certames precisarão ser levados a cabo. Cumpre então tentar simplificar o procedimento.

IV – O *caput* é uma faca sem lâmina da qual retiraram o cabo. Não diz nada, nem lé com cré. O referido *plano de contratações* pode não existir, de modo que a ordem optativa cai no vazio. Por outro lado, as *leis orçamentárias* regem e limitam toda a vida do ente público, não apenas as suas licitações. Alguém na Administração desconhece que fora do orçamento nenhuma despesa tem cabimento ?

O processo preparatório da licitação deve conter – a teor do artigo e em sendo exequível:

inc. I - informação da necessidade do objeto em questão, com a informação que for possível e razoável, sem quaisquer excessos descritivos;

- inc. II – e a partir deste ponto estas informações devem constar do edital - definição e descrição do objeto, com o grau de detalhe cabível para cada diferente espécie. Recorde-se que *cada especificação do objeto* que edital fizer precisa ter uma justificativa, uma explicação a ser apresentada em caso de requerida; não antecipadamente, mas sempre que requerida por autoridade competente, ou pelo cidadão nas hipóteses constitucionais (CF, art. 5º, incs. XXXIII e XXXIV);

- inc. III – condições de execução e de pagamento, garantias exigidas e condições de recebimento, tudo a significar quais exames, testes ou provas o objeto entregue sofrerá como condição para ser aceito;

- inc. IV – orçamento do ente licitador, que pode ser *seco* ou fundamentado. O que o ente público precisa sempre manter, enquanto existir o processo, é a sua fonte de informação para ter chegado ao valor orçado;

- inc. V – edital da licitação. É a regra interna do certame, que obriga tanto a Administração quanto o proponente, e o foco praticamente único de atenção;

- inc. VI – minuta do contrato, que deve constar como anexo do edital. Ainda que seja uma simples nota de empenho deverá constar do edital, porque o licitante precisa saber em que barco está pisando, e também para lhe permitir impugnar o edital que descreva um objeto e preveja contratar outro;

- inc. VII – regime de fornecimento, com prazos, quantidades e toda outra informação importante para a

orientação tanto do contratado que entrega quanto do agente público que recebe o objeto;

- inc. VIII – modalidade da licitação (cf. art. 28); o critério de julgamento (cf. art. 33 e seguintes), e o modo de disputa (cf. art. 56). Quanto às demais previsões de ‘adequação e eficiência’, que talvez o autor saiba o que significam, recomendamos fingir que isso não está escrito, ou, em certos casos em que o ente julga polêmicos e discutíveis os parâmetros escolhidos, então justificá-los como lhe for possível e razoável. Atenção: *no processo administrativo* preparatório e nunca no edital, porque edital não se presta a justificar coisa nenhuma. Evidentemente não existe regra objetiva para isto, até porque toda essa eventual justificativa é inteiramente subjetiva;

- inc. IX – outra previsão própria de quem não encontra o que mais fazer em sua vida; seria algo talvez como uma autoanálise introspectiva e dialética da motivação ocupacional do atormentado ente público sob a ótica aristotélica, ou baboseira teatral semelhante. Se e quando por acaso o ente entender necessário explicar suas escolhas e seus parâmetros, então que o faça com os meios de que dispuser, acerca das parcelas relevantes do objeto, ou da qualificação exigida dos futuros participantes, ou de critério de pontuação de propostas.

E quando se imagina que o subsequente edital dará ainda mais trabalho à autoridade, além de todo este despropositado circo de cavalinhos, talvez algum aturdido aplicador da lei se indague se, de fato, vale a pena viver;

- inc. X – análise de riscos, nas raras hipóteses em que esse cálculo e essa projeção é recomendável. É o caso dos contratos de concessão de transporte público, por exemplo, objeto esse sujeito a intempéries e atropelos de *a* a *z*, que atormentam concessionário, concedente e usuários em caráter permanente; mas, repita-se são raros os casos de necessária análise de riscos, e não é porque a lei a previu que será sempre exigível. Uma gigantesca compra de papel sulfite, ou um contrato de serviço de limpeza, ou uma obra de casas populares, nada disso demanda análise de riscos;

- inc. XI – motivação sobre o momento da divulgação do orçamento: inciso esotérico, que recorda terapia de autoanálise retrospectiva. Deveria integrar manuais de alta magia, onde talvez fizesse algum sentido. Recomendamos, sem exceção à vista, ignorá-lo solenemente, na sua condição de conjunto juridicamente vazio, ou de indisfarçável fanfarronada legislativa.

V – O tormentoso § 1º segue na mesma toada. Fruto de sadismo legiferante, elenca em seus treze incisos os conteúdos do *estudo técnico preliminar* a que se refere o inc. I do *caput*.

Tanto mais patético então se torna, quando se sabe que o próprio estudo é dispensável e prescindível, o que ocorre sempre que o ente licitador já tenha equacionado e diante de seus olhos todo o quadro da sua necessidade, ou de outro modo quando o objeto é tão simples que só em si inexistem estudos prévios. Em caso de o ente licitador já ter projeto básico ou executivo, então onde caberia um estudo técnico preliminar ?

E quando acaso o ente entende necessário aquele estudo, ao deparar com o que a lei pretende exigir que contenha logo deve mudar de ideia, e dispensar o estudo.

O estudo não é obrigatório, porém se a autoridade quiser elaborá-lo deverá seguir rigoroso roteiro... e assim quem pode o *mais*, que é não ter estudo prévio, não pode o *menos*, que é escolher o seu conteúdo.

Duvida-se que na imensa maioria das situações usuais e correntes da Administração os órgãos de fiscalização e de controle exijam dos entes públicos a apresentação daquele estudo prévio. É o perfunctório do perfunctório, ou a perfumaria mais exibicionista que alguém em má hora conceba para a vida negocial da Administração pública.

Se o objeto é de tal dificuldade, complexidade, risco ou ineditismo capaz de fazer periclitare a iniciativa e o resultado, então a lei nem sequer precisaria mandar elaborar estudos preliminares porque o ente público já o faz desde sempre, há longas décadas, e o faz simplesmente porque sabe seu trabalho e conhece sua responsabilidade, e não porque lei alguma o exigiu.

Deixa-se por essa razão de minuciar cada exigência – ou cada coisa que o valha – dos 13 (treze) incisos do § 1º, quase sempre por completo inútil como é o próprio parágrafo. Não seria um trabalho racional, e poderia dar a falsa impressão de que o dispositivo tem alguma importância no ordenamento jurídico brasileiro.

VI – Encerram este tenebroso e acabrunhante art. 18 os seus §§ 2º e 3º.

Num quadro tal, os dois parágrafos finais não seriam diferentes. O § 2º dispensa – fundamentadamente - da apresentação no estudo preliminar da maioria dos requisitos constantes dos incisos. Ora, se eram dispensáveis, então por quê foram previstos, e com ar de compulsórios ? Uma mendicância jurídica e lógica se sucede à outra.

O § 3º, felizmente o último desta infelicidade toda, dispensa o estudo preliminar em obras e serviços de engenharia se demonstrada a ‘inexistência de prejuízo na aferição dos padrões de desempenho’ – e outra vez se afirma: seja lá isso o diabo que for.

É tão tortuoso o raciocínio, e tão artificial a preocupação, e no que tem de compreensível tão óbvia a conclusão, que se torna quase constrangedor o tempo perdido do aplicador apenas para ler o texto até este ponto.

Artigo 18 da Lei nº 14.133: o legislador prestou um *tremendo desserviço* ao direito brasileiro ao redigir este amontoado de inutilidades bisonhas e gratuitas, com a feição de obrigação ao preparador de licitações.

E como pelo dedo se conhece o gigante este art. 18 acaba constituindo uma eloquente amostra da qualidade da lei como um todo, lamentavelmente abaixo da crítica mais complacente.

Potestades celestiais ! Resguardai o licitador brasileiro !

