

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG

Cristina Andrade Melo

O advérbio “preferencialmente” na nova lei de licitações e contratos administrativos

Belo Horizonte
2024

Cristina Andrade Melo

O advérbio “preferencialmente” na nova lei de licitações e contratos administrativos

Monografia de especialização apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Licitação e Contratações Públicas.

Orientador: Prof. Doutor Florivaldo Dutra de Araújo.

Belo Horizonte

2024

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

Melo, Cristina Andrade

M528a O advérbio "preferencialmente" na nova lei de licitações e contratos administrativos [manuscrito] / Cristina Andrade Melo. - 2024.

[39] f.

Orientador: Florivaldo Dutra de Araújo.

Monografia (especialização) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito administrativo. 2. Licitação pública. 3. Poder discricionário.
I. Araújo, Florivaldo Dutra de. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 351.712.2



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

UFMG

CURSO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

ATA DA DEFESA DA MONOGRAFIA DA ALUNA CRISTINA ANDRADE MELO

Realizou-se, no dia 25 de fevereiro de 2025, às 08:00 horas, 501 (Prédio da Graduação), Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de monografia, intitulada *O advérbio "preferencialmente" na nova lei de licitações e contratos administrativos*, apresentada por CRISTINA ANDRADE MELO, número de registro 2023711384, graduada no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do certificado de Especialista em CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Florivaldo Dutra de Araújo - Orientador (UFMG), Prof(a). Fernando Couto Garcia (UFMG).

A Comissão considerou a monografia:

Aprovada

Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 2025.

Prof(a). Florivaldo Dutra de Araújo (Doutor)

Prof(a). Fernando Couto Garcia (Doutor)

À Aurora e ao Flávio, que me apoiaram no desafio de conciliar o maternar com a vida acadêmica.

RESUMO

A Lei n. 14.133/2021, atual lei que regula licitações e contratos administrativos, empregou o advérbio “preferencialmente” em 16 artigos diferentes, o que significa dizer que em 16 oportunidades o verbo núcleo do comando normativo foi modificado pelo uso do referido advérbio. Diante disso, é de se questionar se a lei confere discricionariedade ao administrador público na aplicação da norma, isto é, se este possui liberdade de escolha entre as opções delineadas pela lei, todas de mesmo valor perante o direito. De um modo geral, o objeto da pesquisa não vem sendo estudado de forma específica e sistêmica pela doutrina administrativista, o que justifica a escolha do tema. Objetiva-se compreender o significado e extensão do advérbio “preferencialmente” na Lei n. 14.133/2021 e as consequências disso na condução dos processos licitatórios. Considerando-se o conceito de discricionariedade proposto por Eduardo Garcia de Enterría, no sentido de que a discricionariedade significa escolha entre “indiferentes jurídicos”, porque qualquer solução adotada seria igualmente justa e correta perante o direito, afirma-se que o emprego do advérbio “preferencialmente” não revela competência discricionária da administração pública. A pesquisa que se propõe pertence à vertente jurídico-dogmática, por basear-se na interpretação e aplicação de normas jurídicas inseridas na Lei n. 14.133/2021. Por conseguinte, a pesquisa segue o tipo metodológico jurídico-compreensivo ou jurídico-interpretativo. De acordo com as técnicas de análise de conteúdo, afirma-se que se trata de uma pesquisa teórica, de modo que o procedimento que se adotará para investigar e compreender o advérbio “preferencialmente” na nova lei de licitações será a análise de conteúdo de textos doutrinários e normas jurídicas. De maneira ilustrativa e complementar, será realizado um levantamento de dados jurisprudenciais. Quanto à natureza dos dados, são dados primários da pesquisa as leis e demais normas, bem como jurisprudências do Tribunal de Contas da União (TCU) e tribunais de contas de estados e municípios relacionadas com o assunto; e são dados secundários da pesquisa os textos doutrinários referentes ao Direito Administrativo, sobretudo aqueles que realizam trabalhos interpretativos dos artigos da Lei n. 14.133/2021 que mencionam o advérbio “preferencialmente”.

Palavras-chave: Nova lei de licitações; Lei n. 14.133/2021; Advérbio “preferencialmente”; Discricionariedade; Vinculação; Dever de motivação.

ABSTRACT

Law n. 14.133/2021, current bidding and administrative contracts law, employed the adverb "preferentially" in 16 different articles, meaning that in 16 instances the core verb of the normative command was altered by the use of this adverb. In light of this, it is worth questioning whether the law grants discretion to the public administrator in applying the norm, that is, whether they have the freedom to choose among the options outlined by the law, all of equal value under the law. Generally speaking, the subject of this research has not been specifically and systematically studied by administrative law doctrine, which justifies the choice of the theme. The aim is to understand the meaning and extent of the adverb "preferentially" in Law n. 14.133/2021 and its consequences in the conduct of bidding processes. Considering the concept of discretion proposed by Eduardo Garcia de Enterría, which states that discretion means the choice among "legal indifferents," because any adopted solution would be equally just and correct under the law, it is asserted that the use of the adverb "preferentially" doesn't reveal discretionary power of public administration. The proposed research belongs to the legal-dogmatic approach, as it is based on the interpretation and application of legal norms found in Law n. 14.133/2021. Therefore, the research follows the legal-comprehensive or legal-interpretative methodological type. According to content analysis techniques, it is classified as theoretical research, whereby the procedure to investigate and understand the adverb "preferentially" in the new procurement law will be a content analysis of doctrinal texts and legal norms. Illustratively and complementarily, a survey of jurisprudential data will be conducted. Regarding the nature of the data, the primary data for the research includes the laws and other regulations, as well as jurisprudences from the Federal Court of Accounts (TCU) and state and municipal Courts of Accounts related to the subject; secondary data consists of doctrinal texts related to Administrative Law, especially those that provide interpretative works of the articles of Law n. 14.133/2021 that mention the adverb "preferentially."

Keywords: New bidding and administrative contracts law; Law n. 14.133/2021; Adverb "preferentially"; Discretion; Binding nature; Duty to justify.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. O ADVÉRBIO NO PROCESSO LEGISLATIVO	11
3. REVISÃO DA DOUTRINA SOBRE O OBJETO DA PESQUISA	13
3.1 Livros de comentários por artigos da Lei n. 14.133/2021	14
3.2 Artigos doutrinários	24
4. A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO ADVÉRBIO NO CONTEXTO DA LEGISLAÇÃO SOBRE LICITAÇÕES PÚBLICAS	27
4.1 Análise da jurisprudência sobre a legislação anterior à Lei n. 14.133/2021	27
4.2 Análise da jurisprudência sobre a Lei n. 14.133/2021	28
4.2.1 Tribunal de Contas da União	29
4.2.2 Tribunais de contas estaduais e municipais	29
5. VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE	33
6 CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS	39
ANEXO ÚNICO – DISPOSITIVOS DA LEI N. 14.133/2021 QUE CONTÊM O ADVÉRBIO “PREFERENCIALMENTE”	43

1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, foi introduzida no ordenamento jurídico com o objetivo de unificar e atualizar a legislação acerca das licitações e contratos administrativos, estabelecendo normas gerais para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Após prorrogação promovida pela Medida Provisória n. 1.167, de 31 de março de 2023, foram finalmente revogadas a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e a Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, bem como os artigos 1º a 47-A da Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011, todas na data de 30 de dezembro de 2023.

Em uma análise comparativa, verificou-se que as Leis n. 8.666/1993 e n. 10.520/2002 empregaram, cada uma, somente uma vez o advérbio “preferencialmente”, e a Lei n. 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC – empregou-o duas vezes.

Destoando desse histórico legislativo, a Lei n. 14.133/2021 empregou o advérbio “preferencialmente” em 16 artigos diferentes, abarcando os mais variados temas, incluindo desde norma que determina o vínculo, com a administração pública, dos agentes públicos que exercem funções essenciais na licitação até a realização de “dispensa eletrônica”, em função do pequeno valor, nas contratações diretas.

Preferência, segundo o Dicionário Aurélio¹, significa “1 Ato ou efeito de preferir. 2 Predileção”. Já preferir, conforme o mesmo dicionário, é “1 Dar primazia a, escolher. 2 Ter predileção por. 3 Achar melhor”.

No Dicionário Michaelis², preferência é “1 Ação ou efeito de preferir uma pessoa ou coisa a outra; predileção. 2 Manifestação de agrado, atenção ou distinção relativamente a alguém. 3 **Condição do que ocupa o primeiro lugar em importância, necessidade, premência etc.; precedência, primado, primazia.**” (Negrito nosso.)

Conforme Evanildo Bechara³, advérbio é a expressão modificadora que, por si só, denota uma circunstância, podendo referir-se a um verbo, a um adjetivo ou a um advérbio (como intensificador). Fazendo referência à Nova Nomenclatura Gramatical Brasileira, Ataliba

1 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI**: O minidicionário da língua portuguesa. Coordenação de edição: Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira; lexicografia, Margarida dos Anjos [et al.]. 4. ed. rev. ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

2 PREFERÊNCIA. In: MICHAELIS ON-LINE, Dicionário Brasileiro da Língua Brasileira. São Paulo: Editora Melhoramentos Ltda., 2015. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=prefer%C3%A2ncia> Acesso em 19 nov. 2024.

3 BECHARA, Evanildo. **Moderna Gramática Portuguesa**. 37. ed. rev. e amp. 14ª reimpr. Rio de Janeiro: Lucerna, 2004, p. 287.

T. de Castilho⁴ ensina que a maioria dos advérbios terminados em “-mente” são considerados advérbios de modo.

A utilização do advérbio “preferencialmente” em comandos normativos referentes à função administrativa estatal acaba por modificar o verbo que determina o modo como a ação deve se desenvolver por meio do ato administrativo. Via de consequência, interfere em aspectos importantes deste, notadamente a vinculação e discricionariedade.

Diante disso, é de se questionar se a lei, ao utilizar o advérbio “preferencialmente”, confere discricionariedade ao administrador público na aplicação da norma, isto é, se este possui liberdade de escolha entre as opções delineadas pela lei, todas de mesmo valor perante o direito. Para responder a tal questionamento, utilizou-se como referencial teórico o conceito de discricionariedade proposto por Eduardo Garcia de Enterría, no sentido de que a discricionariedade significa escolha entre “indiferentes jurídicos”.

A pesquisa que se propõe pertence à vertente jurídico-dogmática, por basear-se na interpretação e aplicação de normas jurídicas inseridas na Lei n. 14.133/2021. Por conseguinte, a pesquisa segue o tipo metodológico jurídico-compreensivo ou jurídico-interpretativo. De acordo com as técnicas de análise de conteúdo, afirma-se que se trata de uma pesquisa teórica, de modo que o procedimento que se adotará para investigar e compreender o advérbio “preferencialmente” na nova lei de licitações será a análise de conteúdo de textos doutrinários e normas jurídicas. De maneira ilustrativa e complementar, será realizado um levantamento de dados jurisprudenciais. Quanto à natureza dos dados, são dados primários da pesquisa as leis e demais normas, bem como jurisprudências do Tribunal de Contas da União (TCU) e tribunais de contas de estados e municípios relacionadas com o assunto; e são dados secundários da pesquisa os textos doutrinários referentes ao Direito Administrativo, sobretudo aqueles que realizam trabalhos interpretativos dos artigos da Lei n. 14.133/2021 que mencionam o advérbio “preferencialmente”.

A maneira como se interpreta o advérbio “preferencialmente” no contexto do comando legal, se este revela competência discricionária ou vinculada da administração pública, tem impacto em inúmeras situações na prática administrativa de condução de processos licitatórios, bem como no controle do ato administrativo, o que, aliado à escassez doutrinária sobre o tema, justifica a investigação.

4 CASTILHO, Ataliba T. de. **Nova gramática do português brasileiro**. 1. ed., 7ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2022, p. 542.

2. O ADVÉRBIO NO PROCESSO LEGISLATIVO

Vários foram os projetos de lei que tramitaram no Congresso Nacional visando à alteração da Lei n. 8.666/1993. Alguns deles viraram leis efetivamente, enquanto outros foram se avolumando no Parlamento a ponto de o histórico Projeto de Lei n. 1.295/1995 contar com mais de 230 projetos lei a ele apensados⁵.

Contudo, o projeto de lei que pretendeu instituir um novo marco legal de licitações e contratos administrativos no Brasil data de 2013, quando instituída, no Senado Federal, a Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Projeto de Lei do Senado n. 559/2013)⁶. Em pesquisa realizada no texto inicial do citado projeto de lei, foram encontradas apenas 6 referências ao advérbio “preferencialmente”⁷. Já no Substituto ao PLS n. 559/2013, versão após o trâmite do processo legislativo no âmbito do Senado Federal, localizaram-se 8 referências ao citado advérbio⁸.

Quando chega à Câmara dos Deputados, o PLS n. 559/2013 é renomeado PL n. 6.814/2017. Em março de 2018 foi instituída na Câmara de Deputados a “Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 1.292, de 1995”. Após apreciação pelos parlamentares, a versão final que é enviada ao Senado Federal já contém 15 referências ao advérbio “preferencialmente”, sem que houvesse, nos documentos oficiais do processo legislativo, notadamente no relatório da “Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 1.292, de 1995”⁹, qualquer justificativa para o aumento considerável na utilização do advérbio.

A despeito dessa ausência, podem ser presumidas algumas razões que levaram o legislador a lançar mão em variados contextos do termo “preferencialmente”.

Se, por um lado, uma das características marcantes da Lei n. 14.133/2021 é que ela consolida práticas que já existiam na administração, mormente no plano federal, e também entendimentos pacificados no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), por outro, a lei

5 BRASIL, Câmara dos Deputados. **Parecer ao Projeto de Lei n. 1.292, de 1995**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1697133&filename=PRL+10+PL129295+%3D%3E+PL+1292/1995 Acesso em 08 nov. 2024.

6 Projeto de Lei do Senado elaborado pela Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/1993) – CTLICON. Presidente: Senador Vital do Rego. Relatora: Senadora Kátia Abreu. Relator Revisor: Senador Waldemir Moka.

7 Art. 19, §2º; art. 28, inciso II; art. 33, inciso I; art. 67, inciso II; art. 67, §1º, inciso I; art. 75.

8 Art. 10, inciso VI; art. 15, §2º; art. 17, inciso I; art. 33, §1º, inciso I; art. 36, inciso I; art. 54, inciso II; art. 90, §2º; art. 112, §12º;

9 BRASIL, Câmara dos Deputados. **Parecer ao Projeto de Lei n. 1.292, de 1995**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1697133&filename=PRL+10+PL129295+%3D%3E+PL+1292/1995 Acesso em 08 nov. 2024.

trata de normas gerais, a serem aplicadas por entes federativos com capacidades bastante díspares em termos técnicos, operacionais e econômicos.

Nesse sentido, a inserção do advérbio “preferencialmente” junto ao verbo núcleo do comando normativo tem o efeito de retirar o caráter obrigatório, peremptório e rígido da obrigação legal, o que beneficia, de forma especial, entes de reduzida estrutura burocrática.

Contudo, como será observado no decorrer do presente estudo, mitigar a obrigatoriedade não significa conferir liberdade ao administrador público, no sentido de que este poderia optar por agir de um ou outro modo livremente. O termo, portanto, não pode ser interpretado como mero artifício linguístico, de modo a afastar a ação que o legislador considerou que deve vir em primeiro lugar. Princípio basilar da hermenêutica jurídica orienta-nos no sentido de que a lei não contém palavras inúteis, o que significa que deve ser extraído o sentido de cada palavra e a ela deve ser dada a máxima eficácia possível. Assim, o advérbio “preferencialmente” funcionaria como um qualificador da motivação a ser demonstrada pelo gestor público, como será dissertado mais adiante.

A estratégia também pode ter sido utilizada para amenizar disposições que poderiam ser consideradas normas específicas direcionadas tão-somente à União. Como se verá no tópico seguinte, em ao menos dois artigos da Lei n. 14.133/2021, a doutrina especializada tem apontado que as normas, se consideradas gerais, violam a autonomia administrativa dos demais entes federativos por se imiscuírem em questões sobre as quais a Constituição assegura competência a eles, tais como regime de servidores e organização administrativa (art. 7º e art. 181, parágrafo único). Obviamente que a utilização do termo “preferencialmente” não possui o condão de transformar uma norma, que, na essência, é específica, em norma geral, mas, na prática, pode enfraquecer o argumento em questionamentos judiciais, por exemplo.

Atualmente, após a inclusão do inciso XVIII ao art. 75 pela Lei n. 14.628/2023 (acrescendo mais uma hipótese de licitação dispensável), a Lei n. 14.133/2021 conta com 16 referências ao advérbio “preferencialmente”, englobando temáticas variadas, como se pode observar no quadro a seguir¹⁰:

10 Os dispositivos na íntegra estão catalogados no Anexo Único deste estudo.

Quadro 1

Artigos que fazem referência ao advérbio “preferencialmente” na Lei n. 14.133/2021

Nº.	ARTIGO	TEMA
01	Art. 7º, I	Agentes públicos para o desempenho de funções licitatórias
02	Art. 12, VI	Atos digitais no processo licitatório
03	Art. 17, §2º	Forma eletrônica das licitações
04	Art. 19, I	Centralização de procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços
05	Art. 19, §3º	<i>BIM (Building Information Modelling)</i> para obras e serviços de engenharia e arquitetura
06	Art. 36, §1º, I	Critério de julgamento de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual
07	Art. 40, §1º, I	Catálogo eletrônico de padronização
08	Art. 60, II	Desempate entre propostas – avaliação do desempenho contratual
09	Art. 75, XVIII	Dispensa de licitação – Programa Cozinha Solidária
10	Art. 75, §3º	Procedimento eletrônico para dispensa de pequeno valor
11	Art. 75, §4º	Utilização de cartão de pagamento para compras de pequeno valor
12	Art. 92, §6º	Prazo para resposta do pedido de repactuação de preços
13	Art. 103, §2º	Transferência ao contratado dos riscos que tenha cobertura de seguradoras
14	Art. 158, §1º	Composição da comissão de processo de responsabilização
15	Art. 169, §3º, I	Aperfeiçoamento de controles preventivos e capacitação dos agentes públicos
16	Art. 181, p. u.	Centrais de compras para município com até 10.000 habitantes por consórcios

Fonte: www.planalto.gov.br

3. REVISÃO DA DOUTRINA SOBRE O OBJETO DA PESQUISA

As licitações e as contratações públicas sempre foram objeto de estudos por parte da doutrina, os quais foram bastante intensificados com a publicação do novo marco legal. Essa gama de estudos doutrinários se debruça sobre os mais variados aspectos da nova lei de licitações, evidenciando os avanços, retrocessos e omissões, principalmente em análise comparativa com o regime legal anterior.

De um modo geral, com relação à alargada utilização do advérbio “preferencialmente” na Lei n. 14.133/2021, a doutrina ocupa-se do assunto quando comenta algum artigo que contenha o citado advérbio, fazendo uma interpretação, no mais das vezes, concentrada no contexto do dispositivo normativo objeto do comentário.

Para adequada compreensão do problema, optou-se por desenvolver uma revisão da doutrina administrativista, até o momento, sobre a interpretação que tem sido dada ao advérbio “preferencialmente” na nova lei de licitações e contratos administrativos.

3.1 Livros de comentários por artigos da Lei n. 14.133/2021

Em um primeiro momento, a pesquisa foi realizada em livros que comentam artigo por artigo da lei de licitações, tendo sido selecionados os seguintes: (1) “Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativa”, de Marçal Justen Filho; (2) “Leis de Licitações Comentadas”, de Ronny Charles Lopes Torres; e (3) “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021”, coordenado por Cristiana Fortini, Rafael Sérgio de Lima de Oliveira e Tatiana Camarão.

O primeiro artigo da Lei n. 14.133/2021 que faz uso do advérbio “preferencialmente” é o art. 7º, inciso I, que trata do vínculo jurídico entre o servidor designado para exercer funções atreladas ao processo licitatório e a administração pública. Segundo o dispositivo, compete à autoridade máxima do órgão ou da entidade promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho de funções que preencham alguns requisitos, entre eles que seja, “preferencialmente”, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da administração pública.

A preferência da lei pelo servidor efetivo – não necessariamente estável – ou empregado público dos quadros permanentes da administração justifica-se pela maior possibilidade de atuação desses agentes com neutralidade e independência, sem receio de influências ou represálias que prejudiquem o bom desempenho das funções. Além disso, a designação de servidores com vínculo mais forte com a administração contribui para a construção de conhecimento e memória técnica dos órgãos públicos, o que dificilmente seria possível com a troca dos agentes públicos envolvidos na contratação pública a cada gestão. Esse requisito, juntamente com outros dispostos na lei, são essenciais para que a alta administração consiga implementar, na prática, as diretrizes de gestão por competência e governança no órgão ou entidade sob seu comando.

De um modo geral, a doutrina tem apontado o desafio para implementação da nova norma, que, com a natureza de regra geral, uniformiza os critérios de designação de servidores para atuarem em processos de contratação, sem considerar as estruturas administrativas tão díspares dos órgãos e entidades existentes no território nacional.

Talvez exatamente por essa polêmica, o art. 7º, inciso I, é o que mais tem merecido atenção dos autores administrativos selecionados na primeira etapa da pesquisa com relação ao uso da palavra “preferencialmente”. Merece destaque Marçal Justen Filho¹¹, que rechaça a liberdade do administrador na escolha do agente público para desempenhar funções licitatórias. Em suas palavras:

A expressão “preferencialmente” não significa a liberação da autoridade máxima (ou de quem lhe fizer as vezes) para indicar agentes públicos que não preencham os requisitos do inc. I. A Lei impõe uma preferência, a ser observada de modo objetivo e rigoroso. Ou seja, somente caberá indicar sujeito que não atenda aos requisitos do inc. I quando se verificar a inviabilidade ou a frustração da solução consagrada no dispositivo.

Tatiana Camarão¹² entende que o advérbio “preferencialmente” permite, quando impossível a designação de efetivos, a atuação de servidores comissionados e temporários, mediante justificativa do gestor:

Vale destacar que o inciso I traz em sua redação a expressão “preferencialmente”, o que pode induzir o gestor público ao erro no entendimento desse inciso, no sentido de que seja possível estender as funções voltadas às contratações aos prestadores de serviço terceirizados. Como dito, essa não é a interpretação correta, o que a Lei prestigia é a alocação nas contratações de servidores efetivos. Não sendo possível atender essa orientação, é permitido nomear servidores comissionados ou contratados por tempo determinado para exercer essa função, mas desde que seja temporariamente e de excepcional interesse público.

(...) Contudo, é essencial que o gestor responsável pela nomeação justifique a razão pela qual tal decisão foi tomada.

Ronny Charles¹³ identifica que a regra em análise tem natureza materialmente geral e, embora menos enfático, entende que a preferência não pode ser relegada a uma disposição inútil:

Em relação a condição de servidor efetivo ou empregado público, necessário frisar que o legislador não definiu peremptoriamente a necessidade desta condição. Este é um dado muito importante para identificarmos a natureza jurídica da norma existente no dispositivo. Ao definir como preferencial, o legislador demonstrou que a regra ali disposta tem natureza materialmente geral. Quis o legislador definir uma diretriz, que deve ser perseguida pelos órgãos e entidades públicas, na medida de suas possibilidades. [...] Por outro lado, o “preferencialmente” adotado pela Lei é fundamento para que se exija o dever de motivação/justificativa caso o órgão opte pela adoção de servidores comissionados, notadamente quando ele possui condições de delegar tais funções a servidores efetivos ou

11 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 201.

12 FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima; CAMARÃO, Tatiana (Coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** – Volume 2: Lei n. 14.133, de 1.º de abril de 2021 – Artigos de 71 a 194.º. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 175.

13 TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Comentadas**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 108.

empregados públicos. A preferência definida pelo legislador não pode ser relegada a uma disposição inútil. Entendemos que essa exigência deve ser feita pelos órgãos de controle, de acordo com a realidade de cada organização.

Os dois dispositivos seguintes que utilizam o advérbio “preferencialmente” tratam de aspectos do processo licitatório relacionados à era digital. Segundo o art. 12, inciso VI, “os atos (do processo licitatório) serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico”. Entre as obras selecionadas, destaca-se a de Justen Filho¹⁴, que faz as seguintes observações:

Esse dispositivo não significa a obrigatoriedade da adoção de processos eletrônicos – tema disciplinado em outros dispositivos da Lei. O dispositivo estabelece que, mesmo quando o processo for físico, os atos deverão ser praticados e documentados preferencialmente por via digital. Somente por exceção é que será admissível a opção pela forma não digital para a documentação dos atos. Mais precisamente, somente caberá afastar a solução digital quando for impossível a sua utilização.

Já o art. 17, §2º, disciplina que “As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo¹⁵”. Esse artigo traz a peculiaridade de a própria norma admitir de forma expressa a regra, que é a virtualização dos atos que compõem o processo de licitação, e, ao mesmo tempo, a exceção, que é a utilização da forma presencial. A preferência pela forma eletrônica e a excepcionalidade da forma presencial é reforçada no § 5º do mesmo artigo, segundo o qual, “Na hipótese excepcional de licitação sob a forma presencial a que refere o § 2º deste artigo, a sessão pública de apresentação de propostas deverá ser gravada em áudio e vídeo, e a gravação será juntada aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento”.

Ainda, dizendo o óbvio (mas que muitas vezes se revela necessário), o legislador cuidou de exigir a motivação da utilização da forma presencial, o que deve ser avaliado pelo administrador durante o planejamento da licitação, na fase preparatória. Os autores selecionados não se debruçaram sobre a utilização do advérbio “preferencialmente”, talvez pelo

14 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 274-275.

15 Artigos correlatos: Art. 17, § 5º: Na hipótese excepcional de licitação sob a forma presencial a que refere o § 2º deste artigo, a sessão pública de apresentação de propostas deverá ser gravada em áudio e vídeo, e a gravação será juntada aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento.

Art. 176. Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento:

I - dos requisitos estabelecidos no [art. 7º](#) e no [caput do art. 8º desta Lei](#);

II - da **obrigatoriedade** de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o [§ 2º do art. 17 desta Lei](#);

fato de a própria norma congregar a regra, a exceção, o dever de motivação e a forma como a exceção há de ser exercida, o que esvazia análises mais aprofundadas.

Sobre a competência regulamentar dos órgãos da Administração que envolvem licitações e contratos, o art. 19 emprega em duas oportunidades o advérbio “preferencialmente”.

A primeira, quando determina que esses órgãos deverão “I – instituir instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços”¹⁶. A doutrina selecionada não se debruçou especificamente sobre o emprego do advérbio neste ponto.

A segunda, no § 3º, que estabelece que “Nas licitações de obras e serviços de engenharia e arquitetura, sempre que adequada ao objeto da licitação, será preferencialmente adotada a Modelagem da Informação da Construção (*Building Information Modelling – BIM*) ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substituí-la”.

Marçal Justen Filho, após ponderar as dificuldades dos entes federativos em incorporar recursos inerentes à evolução tecnológica, tanto de ordem econômica como de ordem técnica e cultural, escreve que a norma consagra formalmente um “dever jurídico”, que deve ser observado de modo compulsório. E, embora não fazendo menção expressa ao emprego do advérbio “preferencialmente”, prossegue¹⁷:

Não se trata de fornecer sugestões às entidades e órgãos. Não existe competência discricionária para ignorar as determinações referidas. Há o dever de incorporar as inovações tecnológicas referidas na atividade administrativa.

Nesse ponto, é necessário reiterar ponderações realizadas anteriormente. As previsões objeto de exame dirigem-se à Administração Pública. Mais precisamente, são imposições direcionadas às autoridades de mais elevada hierarquia.

A omissão da autoridade de hierarquia mais elevada em adotar providências para implantação das soluções de informatização previstas nos dispositivos examinados configura infração funcional e propicia a sua responsabilização pessoal.

Portanto, na visão do autor, trata-se de um dever jurídico que não se enquadra na competência discricionária da autoridade administrativa responsável por adotar as providências necessárias, o que sugere que Justen Filho interpreta a norma como de competência vinculada, uma vez que a norma expressaria um comando unívoco de incorporação das inovações tecnológicas (no caso, do *BIM*), direcionado à administração pública.

16 O comando normativo que estabelece a ação preferencial (centralização da contratação de bens e serviços) parece contraditório com a dicção peremptória do art. 181, *caput*, segundo o qual “Os entes federativos instituirão centrais de compras, com o objetivo de realizar compras em grande escala, para atender a diversos órgãos e entidades sob sua competência e atingir as finalidades desta Lei”.

17 *Op. cit.* p. 374-375.

Avançando, a Lei n. 14.133/2021, no art. 36, § 1º, inciso I, emprega o advérbio “preferencialmente” para determinar a predileção pelo critério de julgamento da técnica e preço nas licitações para contratação de serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual, listados no art. 6º, inciso XVIII:

Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.

§ 1º O critério de julgamento de que trata o caput deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de:

I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado¹⁸;

Se não preencherem os requisitos para a contratação por inexigibilidade, de acordo com os requisitos do art. 74, inciso III, os serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual devem ser contratados após licitação realizada pelo critério de julgamento de técnica e preço, de maneira preferencial.

Chama atenção que, das cinco hipóteses em que a lei autoriza a realização de licitação pelo critério de técnica e preço, em apenas uma – serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual – o critério deve ser “apenas” preferencialmente empregado.

Os autores selecionados não fazem menção expressa ao termo “preferencialmente” nos comentários ao artigo objeto de estudo. Sobre o critério em si, destaca-se o entendimento de Marçal Justen Filho, segundo o qual a consagração de rol exaustivo de cabimento de licitação de técnica e preço não significa a vedação da adoção de licitação de menor desembolso, já que a Lei n. 14.133/2021 não impõe de modo compulsório a opção pela técnica e preço nas hipóteses elencadas no § 1º. De toda forma, a escolha da administração acerca do critério utilizado deve ser sempre motivada, como adverte o administrativista¹⁹:

Mas é indispensável a motivação adequada e satisfatória quanto à escolha do critério de julgamento a ser adotado. É necessário reiterar que a atribuição de autonomia de escolha para

18 Demais hipóteses legais:

II - serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;

III - bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação;

IV - obras e serviços especiais de engenharia;

V - objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.

19 *Op. cit.* p. 509.

a Administração não autoriza decisões arbitrárias, dissociadas de motivação, infringentes do conhecimento técnico ou incompatíveis com a experiência atinente a um certo tipo de atividade.

Sobre a fase de planejamento das licitações, o art. 40, § 1º, inciso I, estabelece que o termo de referência deverá conter as seguintes informações: “especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança”. A doutrina selecionada não se deteve sobre a utilização do advérbio “preferencialmente” nesse dispositivo. Se é certo que órgãos com estruturas menores muitas vezes podem não possuir um catálogo eletrônico de padronização²⁰ – novidade como norma geral da Lei n. 14.133/2021 – também é certo que o art. 19, inciso II, admite a adoção do catálogo do Poder Executivo federal por todos os entes federativos.

Prosseguindo, mais uma utilização do advérbio “preferencialmente” é observada no art. 60, inciso II, que normatiza os critérios de desempate entre duas ou mais propostas. Caso o critério do desempate real (inciso I), em que as partes são convocadas para formular uma última proposta, não solucione o imbróglio, parte-se para o critério do inciso II, qual seja, “avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos neste Lei”. Nenhum dos autores selecionados fez comentário sobre o uso do advérbio neste caso.

No artigo destinado às licitações dispensáveis (art. 75), o advérbio preferencialmente foi empregado por três vezes. As duas primeiras dizem respeito a aspectos operacionais da contratação: tratam do procedimento de escolha do contratante e da forma de pagamento.

A Lei n. 14.133/2021 estabelece que as contratações cuja licitação foi dispensada pelo baixo valor do bem ou serviço “serão preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa” (art. 75, §3º). A lei instituiu, portanto, um procedimento eletrônico simplificado para contratações diretas por

20 Como exemplo da complexidade para formação do catálogo, podemos citar que a Portaria SEGES/ME n. 938, de 2 de fevereiro de 2022, estabelece em seu art. 5º as etapas para o procedimento de padronização, que podem ser assim resumidas: (I) Identificação do(s) item(ns) e comissão de padronização; (II) Parecer técnico; (III) Minutas padronizadas; (IV) Audiência pública; (V) Consulta pública; (VI) Tratamento de sugestões; (VII) Aprovação da Seges; (VIII) Publicações. Os primeiros itens catalogados que constam do Portal Eletrônico de Contratações Públicas são água mineral natural sem gás, café e açúcar. Disponível em: <https://www.gov.br/pncp/pt-br/catalogo-eletronico-de-padronizacao>. Acesso em 29 out. 2024.

dispensa de licitação, o que tem sido denominado na prática de “preguinho”, acrescentando o elemento da disputa a esse tipo de dispensa. Não se desconhece que órgãos com estruturas burocráticas muito pequenas podem ter dificuldade em atender ao comando preferencial da norma, por absoluta impossibilidade técnica e financeira. Contudo, a norma regulamentar federal, que instituiu o Sistema de Dispensa Eletrônica no âmbito da administração pública federal, autorizou outros órgãos e entidades a utilizar o sistema referido por meio da celebração de termo de acesso ao Comprasnet 4.0²¹. Mais uma vez, as obras selecionadas para esta revisão doutrinária não teceram comentários expressos sobre a utilização da expressão “preferencialmente”.

Quanto à forma de pagamento, o mesmo artigo dispõe que as mesmas hipóteses de contratação por dispensa “serão preferencialmente pagas por meio de cartão de pagamento, cujo extrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)” (art. 75, § 4º). Felipe Boselli²² disserta que o legislador quis estabelecer uma regra, cuja exceção deve ser justificada:

A regra não obriga a utilização do cartão de pagamento, mas adota a expressão preferencialmente, o que significa afirmar que o uso do cartão será a regra, sendo excepcional sua não adoção. Nestas situações, em que a Administração, por alguma razão, deixar de pagar as contratações com esse mecanismo, deverá o gestor justificar as razões que levaram ao pagamento no modelo tradicional, em detrimento de um sistema mais eficiente e organizado de gestão, sobretudo para as pequenas compras.

Por fim, encerrando o uso do advérbio em questão no art. 75, a Lei n. 14.628, de 20 de julho de 2023, incluiu mais três hipóteses de licitação dispensável, entre elas a “contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação do Programa Cozinha Solidária, que tem como finalidade fornecer alimentação gratuita preferencialmente à população em situação de vulnerabilidade e risco social, incluída a população em situação de rua (...)”²³ (inciso XVIII). Como a lei inclusiva foi sancionada após a publicação das obras selecionadas para a presente revisão doutrinária, o inciso não foi objeto de comentários pelos autores.

²¹ Art. 3º, §2º, Instrução Normativa SEGES/ME n. 67, de 8 de julho de 2021.

²² FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima; CAMARÃO, Tatiana (Coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** – Volume 2: Lei n. 14.133, de 1.º de abril de 2021 – Artigos de 71 a 194.º. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 113.

²³ Art. 75. É dispensável a licitação:

XVIII - para contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação do Programa Cozinha Solidária, que tem como finalidade fornecer alimentação gratuita **preferencialmente** à população em situação de vulnerabilidade e risco social, incluída a população em situação de rua, com vistas à promoção de políticas de segurança alimentar e nutricional e de assistência social e à efetivação de direitos sociais, dignidade humana, resgate social e melhoria da qualidade de vida. [\(Incluído pela Lei nº 14.628, de 2023\)](#)

De forma curiosa, o art. 92, § 6º, estabelece um prazo a ser cumprido “preferencialmente”: nos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, os pedidos de repactuação de preços devem ser respondidos “preferencialmente” no prazo de um mês²⁴. Era usual que pedidos de repactuação se arrastassem pela burocracia administrativa sem decisão em prazo razoável, o que acabava por provocar o acionamento do Poder Judiciário. A norma visa a, portanto, dotar os contratos administrativos de segurança jurídica. Contudo, o dispositivo não foi objeto de comentários pelos autores selecionados, no que diz respeito ao emprego do advérbio em questão.

Passando para a disciplina dos riscos contratuais e matriz de alocação de riscos, o art. 103, § 2º, estabelece que “Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado”. O advérbio não mereceu comentários expressos dos autores destacados. Ronny Charles claramente não vislumbra obrigatoriedade na norma, embora convirja para a solução sempre apontada pela doutrina, ou seja, a necessidade de justificativa ou motivação²⁵:

Essa premissa deve ser relativizada quando a opção pelo seguro não se mostrar economicamente mais vantajosa.

A norma jurídica deste dispositivo deve ser compreendida em sua perspectiva funcional. A alocação do risco na matriz, ao contratado, apenas deve ser feita quando a cobertura por seguro se mostrar mais eficiente. Existindo formas mais eficientes, que apontem para uma melhor alocação do risco com o Poder Público contratante, essa deve ser a opção tomada, mediante justificativa na fase preparatória.

Sobre a composição da comissão de processo de responsabilização para aplicação das sanções de impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade, a Lei n. 14.133/2021, em seu art. 158, dispõe que deve ser composta por dois ou mais servidores estáveis. Já o § 1º admite que, em órgãos ou entidades cujo quadro funcional não seja formado por servidores estatutários, a comissão “será composta de 2 (dois) ou mais empregados públicos

24 Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

[...]

§ 6º Nos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços será **preferencialmente** de 1 (um) mês, contado da data do fornecimento da documentação prevista no [§ 6º do art. 135 desta Lei](#)

25 TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Comentadas**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 634.

pertencentes aos seus quadros permanentes, preferencialmente com, no mínimo, 3 (três) anos de tempo de serviço no órgão ou entidade”.²⁶

Optou o legislador pela estabilidade dos servidores, na presunção que seriam mais imunes a pressões internas e externas para agirem em determinado sentido, o que dialoga com um dos objetivos do novo marco legal de licitações e contratos administrativos, que é justamente garantir integridade ao ambiente das contratações públicas. Embora nenhum dos autores selecionados tenha comentado de forma expressa a utilização do advérbio “preferencialmente”, Ronny Charles manifestou entendimento a respeito do caráter não geral da norma²⁷: “Em princípio, entendemos que essa condição de estabilidade aos respectivos servidores, embora louvável em sua intenção, reveste-se da condição de regra materialmente específica, não vinculando estados, Distrito Federal e municípios”. A observação feita pelo professor insere-se na crítica feita por muitos estudiosos, no sentido de que a Lei n. 14.133/2021, embora anuncie trazer normas gerais para licitações e contratos administrativos, acaba por albergar em seu bojo algumas normas que são, na verdade, aplicáveis apenas à União, dado seu caráter específico.

Com relação ao controle das contratações públicas, o art. 169 estabelece três linhas de defesa, integradas (1ª) por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; (2ª) pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; (3ª) pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal. Estes, segundo o § 3º, inciso I, “quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis”. Rafael de Amorim, na terceira obra selecionada para essa revisão, entende que as medidas a serem

26 Art. 158. A aplicação das sanções previstas nos [incisos III e IV do caput do art. 156 desta Lei](#) requererá a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir.

§ 1º Em órgão ou entidade da Administração Pública cujo quadro funcional não seja formado de servidores estatutários, a comissão a que se refere o caput deste artigo será composta de 2 (dois) ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, **preferencialmente** com, no mínimo, 3 (três) anos de tempo de serviço no órgão ou entidade.

27 TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Comentadas**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 846.

adotadas pelo administrador para evitar a repetição das impropriedades se inserem em sua competência discricionária²⁸:

O inciso I do § 3º do art. 169 da NLLCA disciplina os encaminhamentos a serem adotados pelas linhas de defesa citadas quando constatarem simples impropriedade: inicialmente, adotar as medidas necessárias para o saneamento da impropriedade; depois, realizar diagnóstico das causas determinantes da impropriedade; e, por último, respeitada a discricionariedade do gestor público, promover a implementação de medidas para mitigar riscos de sua nova ocorrência, notadamente por meio do aperfeiçoamento dos controles preventivos e da capacitação dos agentes públicos responsáveis. Nessas situações, a preocupação central é evitar a ocorrência de novas impropriedades, o que exigirá, após a identificação de suas possíveis causas, a adoção de controles preventivos e de ações de capacitação para os agentes públicos que desempenham funções essenciais na execução das contratações públicas.

Por fim, nas disposições transitórias e finais da Lei n. 14.133/2021, o art. 181 determina que “os entes federativos instituirão centrais de compras, com o objetivo de realizar compras em grande escala, para atender a diversos órgãos e entidades sob sua competência e atingir as finalidades da lei”. E, em seu parágrafo único, estabelece que “No caso dos Municípios com até 10.000 (dez mil) habitantes, serão preferencialmente constituídos consórcios públicos para a realização das atividades previstas no caput deste artigo, nos termos da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005”. Todos os autores selecionados, embora não tenham se debruçado sobre o uso do advérbio “preferencialmente”, consideram que a norma extrapolou os limites constitucionais, ao avançar na autonomia administrativa dos municípios de decidirem, ou não, constituir consórcios públicos para promover compras compartilhadas. Por todos, cite-se Rafael Sérgio Lima de Oliveira²⁹:

Em nossa avaliação, o parágrafo único do art. 181 fere a Constituição, por restringir de forma indevida a autonomia federativa dos municípios com até 10.000 (dez mil) habitantes. Lei federal não pode determinar a maneira como esses entes da federação se organizarão para a consecução de suas atividades. Não resta dúvida que o dispositivo em foco extrapola os limites do inciso XXVII do art. 22 da Constituição, ultrapassando as fronteiras das “normas gerais de licitação e contratação”. Não resta dúvida, no entanto, que a constituição de consórcio é uma excelente ferramenta para os municípios de menor porte. A rigor, trata-se de instrumento valioso para todos os entes federados.

Em conclusão parcial, constata-se que, dos autores selecionados, Marçal Justen Filho foi o que mais se posicionou a respeito do advérbio “preferencialmente”, abordando-o em subtópicos específicos de sua obra de referência. Em geral, o citado autor manifestou-se pela

28 FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima; CAMARÃO, Tatiana (Coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** – Volume 2: Lei n. 14.133, de 1.º de abril de 2021 – Artigos de 71 a 194.º. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 600.

29 *Op. cit.*, p. 636.

ausência de discricionariedade – algumas vezes de maneira veemente – para o administrador, pontuando que o agir administrativo dissonante da regra legal que conferiu primazia à ação deve ser sempre justificada.

3.2 Artigos doutrinários

Em um segundo momento, para além das coletâneas e livros de comentários à Lei n. 14133/2021, foi realizada busca por artigos doutrinários que tratassem especificamente de quaisquer dos temas em relação aos quais a Lei n. 14.133/2021 fez uso do advérbio “preferencialmente”.

Sobre o art. 7º, inciso I, segundo o qual compete à autoridade máxima do órgão ou da entidade promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho de funções que preencham alguns requisitos, entre eles que seja, “preferencialmente”, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da administração pública, Ronny Charles³⁰, em artigo que trata do agente de contratação, vislumbra no advérbio “preferencialmente” uma diretriz de profissionalização no ambiente licitatório:

A diretriz do artigo 7º, ao definir a preferência por servidores efetivos, embora permita certa margem de adequação à realidade do órgão, indica a necessidade geral de profissionalização para exercício das funções essenciais ao ambiente licitatório, o que envolve não apenas agente de contratação e pregoeiro, mas também outras funções nas quais a existência de vínculo efetivo se demonstra também sensível, como fiscais de contratos, gestores, agentes de controle interno, entre outros.

Em outro artigo, sobre a dispensa eletrônica prevista no art. 75, § 3º, o mesmo autor³¹ ressalta que “[...] a divulgação de aviso para a obtenção de propostas adicionais é uma preferência e não um dever legal, sendo possível justificar a sua não adoção. No entanto, é necessário justificar sempre que o órgão optar por não realizar a disputa”.

Há autores que leem o advérbio “preferencialmente” como um amparo de flexibilidade e liberdade para o administrador escolher entre a preferência estampada no comando normativo ou outra conduta oposta, sem manifestarem a preocupação de motivação do ato de escolha. Ainda sobre o art. 7º, inciso I, cite-se trabalho publicado por Madeline Rocha Furtado e

30 TORRES, Ronny Charles Lopes de. Agente de Contratação e a condição de servidor efetivo. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/agente-de-contratacao-e-a-condicao-de-servidor-efetivo/>. Acesso em 21 nov. 2024.

31 TORRES, Ronny Charles Lopes de. É possível fazer dispensa de licitação sem disputa? Disponível em: [É possível fazer dispensa de licitação sem disputa?](#). Acesso em 02 de dez. 2024.

Antonieta Pereira Vieira, que dissertam sobre o vínculo do fiscal do contrato com a administração pública³²:

Chama-se a atenção para a possibilidade de que esse representante da Administração denominado nesse estatuto jurídico como fiscal, pode ser designado mesmo não sendo servidor público, tendo em vista que o artigo 7º estabelece que o agente público seja “preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública”. O que se percebe é que nas entrelinhas o contrato poderá ser acompanhado por um agente público, entendendo este como qualquer pessoa designada, não sendo obrigatório ser servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública, podendo ser agente público que ocupa uma função de livre nomeação. Observa-se que a Lei deu maior flexibilidade para a designação da função de Fiscal do que a para os Agentes de Contratação que devem ser servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública.

Sobre o mesmo artigo da nova lei e no mesmo sentido, registre-se a posição de Maria Coutinho Ferreira Giroto³³, para quem a preferência estipulada pela lei igualmente não mereceu nota ou ressalvas a respeito do dever de motivação:

Especificamente em relação ao servidor ocupante de cargo de livre nomeação, não há vedação legal de que seja designado para a função de fiscal de contrato, por exemplo. Entretanto, ele deverá desempenhar essa função paralelamente e concomitantemente ao desempenho das atribuições de direção, chefia e/ou assessoramento do cargo para o qual foi nomeado.

Ivan Barbosa Rigolin vai além, ao interpretar o advérbio “preferencialmente” na Lei n. 14.133/2021 como mero aconselhamento ou recomendação do legislador e que, como tal, deveria ser desconsiderado. Fazendo referência ao processo de dispensa eletrônica e ao uso de cartão de pagamento para compras de pequeno valor (art. 75, §§ 3º e 4º), o autor adverte³⁴:

Os §§ 3º e 4º deste art. 75 podem ser desconsiderados, porque não contêm comandos, mas meras recomendações, veiculadas pelo advérbio preferencialmente. Sempre advertimos em livros, artigos, aulas, palestras e onde mais tivermos voz que disposições jurídicas que recomendem, ou que indiquem caminhos preferenciais, sejam puladas, como se não existissem, porque lei não é catecismo nem manual de aconselhamento. Tudo o que numa lei venha escrito após o advérbio preferencialmente, ou recomendavelmente, de nada presta, e não vale a tinta gasta na impressão, se nos dias de hoje alguma tinta foi gasta.

32 FURTADO, Madeline Rocha e VIEIRA, Antonieta Pereira. A Lei de Licitações nº 14.133/2021: velhos atores para uma nova lei, afinal quem licita e quem fiscaliza os contratos? **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 21, n. 244, p. 71-85, abr. 2022.

33 GIROTO, Maria Coutinho Ferreira. Considerações sobre a designação de agentes públicos para funções previstas na Lei n. 14.133/21. **Revista Simetria do Tribunal de Contas do Município de São Paulo**. 2021, v. 1, n. 8, p. 28–39. Disponível em: [v. 1 n. 8 \(2021\): Revista Simetria | Revista Simetria do Tribunal de Contas do Município de São Paulo](#) Acesso em 21 nov. 2024.

34 RIGOLIN, Ivan Barbosa. Dispensa por valor (Lei nº 14.133/21, art. 75, I e II, e §§1º a 4º). **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 23, n. 275, p. 13-19, nov. 2024.

Se não for para alterar o Direito, mas apenas para recomendar condutas, a lei simplesmente não deve existir, e até porque se supõe que quem a lê não procura conselhos, e que tenha mais o que fazer na vida senão conjecturar sobre recomendações ou aconselhamentos.

Por fim, em um terceiro momento, pesquisou-se artigos que tratassem de forma específica e sistêmica sobre a alargada utilização do advérbio “preferencialmente” no contexto da Lei n. 14.133/2021. Até o momento, foi identificado apenas um artigo, de autoria de Hamilton Bonatto e Vivian Aparecida Ciscato Chuchene Bonatto, intitulado “O advérbio ‘preferencialmente’ na Lei n. 14.133, de 2021”³⁵, com reflexões interessantes:

Verificando-se essa opção do legislador pela palavra *preferencialmente*, observa-se que ao repeti-la de forma contínua estabelece uma diretriz, uma uniformidade de forma sistemática da utilização desse termo no texto. Nas previsões acima relacionadas, o acréscimo do advérbio, cuja função sintática é modificar o modo como a ação verbal será praticada. (*Sic.*) Dar *preferência a um comportamento significa impor uma condição de primeiro lugar em importância, necessidade, premência*. Em outras palavras, houve uma evidente manifestação legislativa pela distinção entre a ação prevista e o modo como executá-la, tendendo a um propósito uniformizador com esta utilização.

Observa-se que não há uniformidade na doutrina a respeito da interpretação do advérbio “preferencialmente” na Lei n. 14.133/2021. Há quem refute, como Marçal Justen Filho, que o uso da palavra confira discricionariedade para a administração pública para agir na forma que bem entender; há outros que consideram que o termo traz flexibilidade e liberdade para o processo de tomada de decisão do agir administrativo e até quem, a despeito de ser posição isolada, radicaliza a ponto de desconsiderar os dispositivos legais que contêm o mencionado advérbio, por interpretar como mera recomendação.

Essa disparidade de entendimentos reforça o objetivo deste trabalho, de contribuir para a adequada interpretação do advérbio “preferencialmente” no contexto dos comandos da Lei n. 14.133/2021, tendo em vista o impacto que possui em inúmeras situações na prática administrativa de condução de processos licitatórios.

35 BONATTO, Hamilton. BONATTO, Vivian Aparecida Ciscato Chuchene. **O advérbio “preferencialmente” na Lei nº 14.133, de 2021. 28 fev. 2024.** Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/o-advérbio-preferencialmente-na-lei-no-14-133-de-2021/#:~:text=N%C3%A3o%20se%20trata%20de%20liberdade,uma%20a%C3%A7%C3%A3o%20em%20primeiro%20lugar>. Acesso em 30 jul. 2024.

4. A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO ADVÉRBIO NO CONTEXTO DA LEGISLAÇÃO SOBRE LICITAÇÕES PÚBLICAS

De maneira complementar, na busca pela adequada interpretação do advérbio “preferencialmente” na legislação de licitações públicas, foi realizada pesquisa na jurisprudência dos tribunais brasileiros.

4.1 Análise da jurisprudência sobre a legislação anterior à Lei n. 14.133/2021

Como mencionado anteriormente, antes da Lei n. 14.133/2021, a legislação de licitações públicas era tímida quanto ao uso do advérbio “preferencialmente”. A Lei n. 8.666/1993 em apenas um dispositivo fez uso do vocábulo³⁶, sem nenhuma repercussão na jurisprudência. A pesquisa realizada no banco de dados do Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunal de Contas da União (TCU) não retornou resultados positivos.

A hoje revogada lei do pregão (Lei n. 10.520/2002) empregou o advérbio também por apenas uma vez, quando tratou da composição da equipe de apoio ao pregão³⁷. Como as responsabilidades recaíam sobre o pregoeiro, não foi localizada jurisprudência relevante para os fins ora pretendidos nos tribunais superiores e TCU. O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais³⁸ fixou o seguinte prejudgamento de tese, com caráter normativo:

É possível a participação, em comissão de licitação ou em equipe de apoio, de servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, seja pela perspectiva da Lei n. 8.666/1993, da Lei n. 10.520/2002 ou da Lei n. 14.133/2021, desde que na composição sejam atendidos os requisitos especificados em cada diploma legal.

No corpo do acórdão, não se observa nenhuma orientação ao gestor no sentido de que a nomeação de servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão para a equipe de apoio

36 Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

[...]

§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, **preferencialmente**, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

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

[...]

§ 1º A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração, **preferencialmente** pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento.

38 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta n. 1.102.275. Tribunal Pleno. Relator: Conselheiro-substituto Adonias Monteiro. Sessão do dia 30 mar. 2022.

no pregão seja motivada em função da preferência legal por servidores efetivos, como se observa do seguinte trecho: “Nesse sentido, não há óbice à participação de membro que não ostente tal qualificação, como é o caso do servidor ocupante de cargo exclusivamente em comissão, atendidos os requisitos do mencionado dispositivo legal”.

Por sua vez, a Lei n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas)³⁹ lançou mão do advérbio por duas vezes: uma para estabelecer a preferência: (I) pelos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral ou contratação integrada e (II) para a forma eletrônica da licitação, o que guarda pertinência com a Lei n. 14.133/2021, que possui dispositivo semelhante no art. 17, § 2º. Igualmente, não foi localizada nenhuma jurisprudência relevante para os fins ora pretendidos.

4.2 Análise da jurisprudência sobre a Lei n. 14.133/2021

Embora esteja em vigor desde sua publicação, ocorrida em 1º/4/2021, a Lei n. 14.133/2024 somente passou a ser utilizada de maneira exclusiva a partir de 31/12/2023, com a revogação das Leis n. 8.666/1993 e n. 10.520/2002 e dos arts. 1º a 47 da Lei n. 12.462/2011 (art. 193, inciso II, alíneas “a” a “c”). Por isso, os tribunais judiciais superiores ainda não tiveram oportunidade de se debruçar sobre o vocábulo “preferencialmente” na nova lei de licitações.

Diferentemente, os tribunais de contas, órgãos competentes para fiscalizar o exercício da função administrativa sob os aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial, deparam-se diuturnamente com processos de controle envolvendo licitações e contratos públicos. Seja por meio de representações e denúncias, seja por meio de auditorias e inspeções, os tribunais de contas possuem competência para controlar tanto o procedimento licitatório como a execução contratual. A pesquisa detectou que, por muitas vezes, o advérbio “preferencialmente” é objeto de manifestação e interpretação dos órgãos de controle, notadamente nos seguintes assuntos: (I) a preferência por servidores efetivos ou empregados

39 Art. 8º Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

I - empreitada por preço unitário;

II - empreitada por preço global;

III - contratação por tarefa;

IV - empreitada integral; ou

V - contratação integrada.

§ 1º Nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia serão adotados, **preferencialmente**, os regimes discriminados nos incisos II, IV e V do caput deste artigo.

Art. 13. As licitações deverão ser realizadas **preferencialmente** sob a forma eletrônica, admitida a presencial.

Parágrafo único. Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a administração pública poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

públicos dos quadros permanentes para desempenharem funções relacionadas à execução da nova lei de licitações (art. 7º, inciso I); (II) a preferência pelas licitações no formato eletrônico (art. 17, § 2º); (III) a preferência pela dispensa eletrônica, com abertura da disputa, nas contratações com dispensa de licitação em razão do baixo valor (art. 75, § 3º) e (IV) a preferência pela utilização do cartão para pagamento de compras de baixo valor.

4.2.1 Tribunal de Contas da União

No Manual “Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU”, publicação do Tribunal de Contas da União, que possui caráter pedagógico e preventivo, direcionado aos gestores e todos aqueles que atuam na função de contratações das organizações públicas, consta a seguinte orientação a respeito da preferência legal pela designação de servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública (art. 7º, inciso I): “A Lei torna exceção (a ser, portanto, motivada) a designação de servidores temporários ou ocupantes de cargos em comissão que não sejam servidores de carreira”.⁴⁰

Sobre a preferência da lei pelo formato eletrônico das licitações (art. 17, § 2º), a orientação do TCU é na mesma linha: “O pregão deverá ser realizado preferencialmente no formato eletrônico. A forma presencial será, portanto, exceção, a ser motivada, devendo, nesse caso, a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo”⁴¹.

Para o TCU, portanto, a preferência determinada na lei é sempre a regra do agir administrativo, devendo o administrador buscar executar, em primeiro lugar, o que o comando normativo definiu. A adoção de outra conduta, que não aquela preferencial disposta na lei, é vista como exceção, devendo ser, dessa forma, motivada.

4.2.2 Tribunais de contas estaduais e municipais

Julgados do Tribunal de Contas do Estado do Paraná⁴² a respeito dos agentes públicos designados para exercerem suas funções no âmbito das contratações públicas (art. 7º, inciso I)

40 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações & Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU** / Tribunal de Contas da União. 5ª Edição, Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2023, p. 158.

41 *Op. cit.* p. 195.

42 PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 151530/24. Acórdão n. 2720/24. Tribunal Pleno. Relator: Conselheiro Fábio de Souza Camargo.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 279036/23. Acórdão n. 3561/23. Tribunal Pleno. Relator: Conselheiro José Durval Mattos do Amaral.

fazem referência ao entendimento de Marçal Justen Filho, afirmando não se tratar de ato meramente discricionário e que o agir diverso da conduta preferencial requer fundamentação do ato administrativo e comprovação da inviabilidade. O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro⁴³ também faz referência ao jurista citado, indicando a necessidade inarredável de motivação quando não for atendida a preferência contida no comando legal.

Sobre o mesmo artigo, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo⁴⁴ considera o advérbio “preferencialmente” como uma diretriz que deve ser alcançada pela administração, sempre que possível:

Ao definir como preferencial, o legislador impôs uma diretriz que deve ser alcançada pela administração, sempre que possível. Assim sendo, restou reconhecido que, em certos casos, especialmente nos municípios de pequeno porte, pode haver a indisponibilidade de servidor efetivo para atuar como assessor jurídico.

Aliás, em recente decisão no Supremo Tribunal Federal, em 09/04/2024, na ADI 6331[1], restou consolidada a tese de que criação de procuradorias municipais depende de escolha de cada município, no exercício da prerrogativa de sua auto-organização.

Por outro lado, o termo “preferencialmente” não pode ser considerado como disposição inútil, sendo necessário que a atuação de servidor lotado em cargo exclusivamente em comissão seja justificável.

Sob essa ótica, no caso concreto, na ausência de informação sobre a existência ou não do cargo de Procurador Jurídico ou similar no plano de cargos da Prefeitura, considerando o pequeno porte do município, de apenas 18.553 no censo 2022, alço o apontamento ao campo das ressalvas e recomendações.

O Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás⁴⁵, na Consulta 05436/23, fez uma análise da expressão “preferencialmente” no contexto do art. 7º, inciso I, para concluir que o dispositivo não indica exclusividade, de modo que os membros das comissões de contratação devem ser preferencialmente servidores efetivos ou empregados públicos e, na ausência destes servidores qualificados, podem ser designados, de forma excepcional, servidores comissionados capacitados, desde que haja comprovação e motivação.

Com relação à preferência da Lei n. 14.133/2021 pela forma eletrônica das licitações (art. 17, § 2º) – que, aliás, se verifica ser uma das tônicas da nova legislação –, o Tribunal de Contas de Santa Catarina⁴⁶ parece compreender o vocábulo preferencialmente como uma recomendação, muito embora tenha deixado registrado a necessidade de justificação da modalidade eletrônica:

43 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão n. 091533/2023. Consulta n. 251107-7/2022. Plenário Virtual. Relator: Christiano Lacerda Ghuerrren. Sessão de 28 ago. 2023.

44 SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Processo TC n. 019432.989.23-4. Relator: Auditor Antonio Carlos dos Santos. 14 de maio de 2024.

45 GOIÁS. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás. Processo n. 05436/23, Consulta n. 00007/2024

46 SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. @REP-23/80127519. Relator: Conselheiro Aderson Flores.

Enquanto a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 10.520/2002 são silentes no ponto, a Lei nº 14.133/2021 previu expressamente que as licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, exigindo motivação para utilização da forma presencial, na linha do que já prescrevia o Decreto nº 10.024/2019, aplicável à administração pública federal.

No âmbito deste Tribunal de Contas de Santa Catarina – TCE/SC, prevalece o entendimento de ser apenas recomendável (preferência) o procedimento eletrônico, não se verificando ilegalidade na adoção do pregão presencial, contanto que o órgão justifique a preterição da modalidade eletrônica, conforme se observa nos autos nº @REP-21/00195144.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais⁴⁷, enfrentando dispositivo de decreto estadual semelhante ao do art. 17, § 2º, da Lei n. 14.133/2021⁴⁸, considerou que o advérbio “preferencialmente” encerra obrigatoriedade da administração pública, e não faculdade. De acordo com o trecho selecionado do acórdão:

A respeito dessa questão, o art. 2º, caput e o § 1º, do Decreto Estadual nº 44.786/08, estabelece as regras sobre a escolha da modalidade de pregão para as licitações a serem realizadas no âmbito do Estado de Minas Gerais:

Art. 2º Ressalvadas as hipóteses previstas em lei, a aquisição de bens e de serviços comuns será precedida, obrigatoriamente, de licitação pública na modalidade de pregão, preferencialmente eletrônico, nos termos do art. 4º da Lei nº 14.167, de 10 de janeiro de 2002.

§ 1º A impossibilidade de utilização do pregão em sua forma eletrônica deverá ser justificada no momento da abertura da licitação, nos autos do processo, pela autoridade competente.

Embora o caput do art. 2º mencione que o pregão deve ser realizado, preferencialmente, de forma eletrônica, o § 1º do mesmo dispositivo dispõe que a adoção por outra forma, que não a eletrônica, deverá ser justificada nos autos do procedimento licitatório. **Ou seja, o termo “preferencialmente” deve ser interpretado como sendo obrigatoriedade, e não faculdade da Administração. Tal obrigação somente deixará de ser exigível se o responsável justificar que a outra forma de proceder é mais vantajosa para a Administração.**

Convém apontar que, no âmbito federal, o Decreto nº 5.504/05, em seu art. 1º, § 1º, também estabeleceu que o pregão eletrônico deve ser realizado preferencialmente em relação ao presencial. Ao interpretar esse dispositivo, o Tribunal de Contas da União – TCU firmou o entendimento de que a modalidade eletrônica deveria ser encarada como regra na Administração, sendo a presencial realizada apenas de forma excepcional. Nesse sentido, confirmaram-se as seguintes decisões:

O TCU consolidou o entendimento de que, nas licitações realizadas no âmbito da União para aquisição de bens e serviços comuns, é obrigatório o emprego da modalidade pregão eletrônico, que só poderá ser preterida quando comprovada e justificadamente for inviável (AC-1730-24/14-P, Rel. Min. Raimundo Carreiro, Sessão de 02/07/14).

47 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia n. 898.504. 1ª Câmara. Relator: Conselheiro Cláudio Couto Terrão. Sessão: 24 mai. 2016. Registre-se que a decisão foi mantida em sede de Recurso Ordinário n. 997.552 e 997.553, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, julgado pelo Tribunal Pleno do TCE/MG em 08 de novembro de 2017. O mesmo entendimento foi repetido anos depois, em 07 de outubro de 2020, pela 2ª Câmara do TCE/MG, no julgamento da Denúncia n. 997.691, de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão.

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

[...]

§ 2º As licitações serão realizadas **preferencialmente** sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

A utilização de pregão presencial em preterição ao pregão eletrônico deve ser acompanhada de justificativa nos autos do procedimento (AC-3361-51/15-P, Rel. Min. Weder de Oliveira, 09/12/15). (Negrito nosso).

A respeito da preferência da Lei n. 14.133/2021 pela realização de procedimento eletrônico para dispensas de licitação pelo baixo valor (art. 75, § 3^o⁴⁹) – que acrescenta o elemento da disputa a esse tipo de dispensa, uma espécie de pregão mais simplificado para contratações de baixo valor –, o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia possui entendimento, exarado em consulta⁵⁰, que se trata de competência discricionária do gestor, embora tenha considerado, de forma contraditória, que a não divulgação do aviso ofenderia princípios aplicáveis à administração pública. Confira-se o seguinte trecho destacado:

Consulta. Nova Lei de Licitações e Contratos. Lei nº 14.133/2021. Dispensa em razão do valor. Regramento previsto no § 3º, do art. 75 da lei. Interpretação do termo “preferencialmente”. [...]

Dessa forma, e respondendo o primeiro questionamento do consulente, embora na concepção teleológica do termo “preferencialmente” trazido pelo § 3º, artigo 75, da nova Lei de Licitações, o Gestor possua, nas contratações diretas por baixo valor, certa discricionariedade em optar ou não em divulgar o aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, entende esta Assessoria Jurídica de que ao escolher em não divulgar o aviso antes da contratação, em uma análise sistemática da lei, a Administração deixaria de observar o princípio da transparência, da publicidade, da igualdade de tratamento aos interessados, bem como dos outros princípios aqui já destacados.

Dizendo de outro modo, ainda que pela simples leitura da letra da lei o termo “preferencialmente” utilizado pelo legislador possa indicar certa discricionariedade, entende esta Unidade Jurídica, diante de uma análise sistemática do diploma legal, pela necessidade da publicação, conferindo maior lisura ao procedimento. Isso porque, deverá a Administração Pública observar os princípios estabelecidos no art. 5º, bem como os objetivos elencados no art. 11 da NLLC, destacando-se a transparência, a igualdade de tratamento aos interessados e o resultado de contratação mais vantajosa.

Na Consulta n. 12921e21, o mesmo tribunal repetiu o entendimento anterior com relação ao art. 75, § 3º, e fixou entendimento com relação ao § 4º do mesmo artigo, que dispõe sobre a preferência pelo uso do cartão de pagamento para as contratações de baixo valor, no sentido de o termo “preferencialmente” tratar-se de uma prioridade, em razão de o dispositivo não veicular norma de caráter geral:

49Art. 75. É dispensável a licitação:

[...]

§ 3º As contratações de que tratam os incisos I e II do **caput** deste artigo serão preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa.

50 BAHIA. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia. Processo nº 05675e22. Natureza: Consulta. Consulente: Vinícius Costa Silva. Procedência: Prefeitura Municipal de Macarani. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 21, n. 246, p. 13-27, jun. 2022.

Portanto, e **respondendo o segundo questionamento do consulente**, o parágrafo 4º do art. 75 da nova Lei estipula uma norma de pagamento que não se julga de caráter geral, podendo os demais entes, então, disciplinar a questão de modo diverso, em face de suas peculiaridades. Assim, temos que o termo “preferencialmente” aí estabelecido versa no sentido de prioridade, ou seja, deve o Gestor quando do pagamento das contratações diretas pelo valor **dar a devida prioridade** por intermédio de cartão de pagamento, cujo extrato deve ser divulgado no Portal Nacional das Contratações Públicas.

Em termos jurisprudenciais, portanto, mesmo na ausência de um tribunal de contas superior que uniformize os entendimentos regionais, destaca-se o coeso entendimento do TCU no sentido de que o advérbio “preferencialmente”, que retrata o modo de agir da administração pública que deve vir primeiro, é a regra, de modo que qualquer outra conduta deve ser tratada como exceção e motivada pelo administrador.

5. VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

Os aspectos do ato administrativo da vinculação e discricionariedade são amplamente estudados pela doutrina administrativa, tendo em vista a importância destes conceitos para o agir administrativo e também para o controle exercido por outros poderes e órgãos.

De um modo geral, entende-se por haver aspecto vinculado no ato administrativo sempre que a própria norma delimitar a ação administrativa com comandos unívocos, de modo a restar ao administrador, na aplicação da norma, apenas um comportamento, que é considerado, de antemão, o melhor possível.

Já a discricionariedade encerra inúmeras controvérsias, que ditam os limites do controle jurisdicional, ou pelos tribunais de contas, sobre a função administrativa. Segundo Florivaldo Dutra de Araújo⁵¹, o pensamento tradicional admite duas feições aos comandos legais ensejadores da discricionariedade.

A primeira a relaciona aos conceitos jurídicos indeterminados, no sentido de que esses conceitos levariam à discricionariedade da ação administrativa. Assim, diante de conceitos fluidos e imprecisos constantes da lei, como “boa-fé”, “ordem pública” e “utilidade pública”, abrir-se-ia ao administrador liberdade de escolha entre as inteleções diferentes que derivam que tais conceitos. O enquadramento dos conceitos jurídicos indeterminados no campo da discricionariedade é objeto de crítica do mencionado professor.

51 Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo. In: CORRÊA DE CARVALHO, Sérgio Mourão (Coord.). **Temas de Direito Administrativo**. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 102-103.

Pela segunda vertente, a discricionariedade confere uma margem de liberdade ao administrador, que pode escolher, entre as opções possíveis delineadas pelo “quadro” legal, aquela que, a seu juízo, melhor atende à finalidade pública. Essa a vertente que será utilizada no presente estudo, uma vez que o advérbio preferencialmente – palavra que indica uma circunstância e modifica um verbo, um adjetivo ou outro advérbio – não se enquadra como conceito fluido ou indeterminado; ao contrário, é perfeitamente determinado.

Como referência teórica para a presente pesquisa, serão utilizados os conceitos propostos por Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández e Florivaldo Dutra de Araújo.

Segundo os autores espanhóis, a discricionariedade significa escolha entre “indiferentes jurídicos”, porque qualquer solução adotada seria igualmente justa e correta perante o direito. Em suas palavras⁵²:

A discricionariedade é essencialmente uma liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, ou, se se preferir, entre indiferentes jurídicos, porque a decisão geralmente se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.) não incluídos na Lei e remetidos ao crivo subjetivo da Administração.

Já Florivaldo Dutra de Araújo⁵³, deixando de lado a noção tradicional da discricionariedade, propõe o seguinte conceito:

[...] a discricionariedade caracterizará dado aspecto do ato administrativo sempre que a norma de direito positivo regulá-lo de modo a transparecer que, na apreciação do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, está o administrador diante de um número determinado ou indeterminado de opções que se caracterizam como indiferentes jurídicos, pelo que a consideração axiológica da melhor alternativa se fará por meio de outros critérios que não de direito.

Retomando o problema que norteia a presente pesquisa, questiona-se se a Lei n. 14.133/2021, ao utilizar o advérbio “preferencialmente” de forma recorrente, mais precisamente por 16 vezes, confere discricionariedade ao administrador público na aplicação da norma, isto é, se existe liberdade de escolha entre as opções delineadas pela lei, todas de mesmo valor perante o direito.

52 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernández. **Curso de Direito Administrativo**. Revisor técnico: Carlos Ari Sundfeld. Tradutor: José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 467.

53 ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 85.

Hamilton Bonatto e Vivian Bonatto⁵⁴ dissertam que, quando confrontado com os advérbios “exclusivamente” e “facultativamente”, que denotam, sem questionamento, atos ditos vinculados e discricionários, respectivamente, o advérbio “preferencialmente” não se encontra em nenhum desses extremos, pois, se, por um lado, não traduz uma única opção e exclusão das demais, tampouco parece revelar liberdade de escolha entre opções possíveis delineadas pelo legislador. Prosseguem os autores:

Quando a Lei nº 14.133, de 2021, utiliza o advérbio *preferencialmente* nos 16 (dezesesseis) dispositivos supracitados, sem juízo desta opção do legislador, é preciso aceitar que é exigida a primazia da preferência de uma ação em primeiro lugar. Não há adoção de alternativas. Por conseguinte, ao não ser dada a preferência ao modo apontado para executar a ação prevista, requer-se a justificativa idônea de tal antagonismo, sob pena da caracterização de ilegalidade.

Concorda-se com os citados autores, na medida em que o vocábulo “preferencialmente” não encerra alternativas para o agir administrativo na aplicação da norma. Não está o legislador a disciplinar que, diante de uma determinada situação, o administrador pode livremente optar entre a solução A ou B e que ambas são de mesmo valor perante o direito (indiferentes jurídicos), porque não o são. O que o legislador pretende é a primazia de uma determinada ação, que esta seja realizada em primeiro lugar, que seja buscada com precedência em relação a outras ações. Um exemplo pode ajudar a clarear a questão: quando a lei determina que devem ser designados preferencialmente servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes para atuar nas licitações e contratações públicas, não significa que o administrador possa escolher entre um servidor efetivo ou um servidor comissionado para exercer tais funções, pois as opções não possuem o mesmo valor perante o direito. Dada a preferência legal pelo servidor efetivo – por presumir o legislador que este seja menos sujeito a influências e pressões em área tão sensível à administração pública, como a das compras públicas –, esta condição tem primazia em relação a outras opções (servidor comissionado ou temporário) e, conseqüentemente, um valor maior perante o direito.

Portanto, interpretar o advérbio “preferencialmente” como um vocábulo que confere discricionariade ao administrador não parece ser a solução mais acertada. Muitos autores rechaçam essa interpretação de forma expressa, como visto na revisão da doutrina desse

54 BONATTO, Hamilton. BONATTO, Vivian Aparecida Ciscato Chuchene. **O advérbio “preferencialmente” na Lei nº 14.133, de 2021. 28 fev. 2024.** Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/o-advérbio-preferencialmente-na-lei-no-14-133-de-2021/#:~:text=N%C3%A3o%20se%20trata%20de%20liberdade,uma%20a%C3%A7%C3%A3o%20em%20primeiro%20lugar>. Acesso em 30 jul. 2024.

trabalho. Por todos, cite-se Marçal Justen Filho, para quem inexistente liberdade do administrador nas situações que a Lei n. 14.133/2021 utiliza o mencionado advérbio.

Não havendo discricionariedade, é de se perguntar se se trata de ato vinculado da administração pública, uma vez que, como ensina a expressão em latim, *tertium non datur*. Se é certo que o advérbio “preferencialmente” não possui o mesmo significado de “exclusivamente”, que, quando empregada em textos legais, denota de forma mais potente a conduta que se pretende, não menos certo que o citado vocábulo vincula o agir para a ação que se considera primacial, precedente, prioritária.

Pode-se dizer, portanto, que o advérbio em comento revela um aspecto do ato administrativo vinculado, na medida em que a administração pública, toda vez que se deparar com um comando normativo que disciplina uma conduta de modo preferencial, está vinculada à ação que a lei considerou que deva ser tomada em primeiro lugar, por ser essa a melhor solução possível.

Florivaldo Dutra de Araújo⁵⁵ propõe o seguinte conceito de vinculação, em contraponto à discricionariedade:

A vinculação caracterizará dado aspecto do ato administrativo, sempre que a norma de direito positivo regulá-lo de modo a transparecer que, na consideração axiológica do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, deve o administrador, ao aplicar essa norma, fazê-lo da melhor maneira possível.

Prosseguindo, o professor ensina que a decisão do administrador está sujeita a controle porque “o ato se acha *vinculado* a uma regra de direito que pede *um só*, pois, o *melhor* comportamento possível”. Adotando esse raciocínio, é inegável concluir que a ação preferencial, definida em todas as 16 oportunidades em que a Lei n. 14.133/2021 empregou o advérbio, é o melhor comportamento possível e deve ser perseguida pelo administrador.

Nesse sentido, o vocábulo “preferencialmente” indica mais que uma diretriz, como ensina Ronny Charles; na verdade, indica uma ação vinculada na busca do melhor comportamento possível. Obviamente que a norma não pode ser “mais realista que o rei” e fechar os olhos para situações em que a práxis torna impossível o atendimento do comando preferencial. O agir administrativo que a lei considera preferencial deve ser lido como a regra, de forma que a exceção deve ser motivada de acordo com o contexto local.

55 ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 65.

A motivação, ensina o professor mineiro, pode ser material ou formal. A motivação material é “o pressuposto fático que tenha autorizado ou obrigado o administrador público a emití-lo”. Já a motivação formal⁵⁶:

Por sua vez, a *motivação formal* constitui-se na demonstração, pelo administrador, da existência da motivação substancial. Vale dizer: na exposição capaz de deixar claro que o ato tenha sido praticado segundo motivos reais aptos a provocá-lo, que esses motivos guardam relação de pertinência lógica com o conteúdo do ato e que este tenha emanado da autoridade competente, em vista da correta finalidade legal.

O agir administrativo destoante da conduta preferencial disposta na lei exige do administrador público motivação aderente à impossibilidade de cumprimento da ação preferencial ou mesmo à constatação de que a ação preferencial traria algum prejuízo ao interesse público. Por essa razão, pode-se dizer que o próprio comando normativo da nova lei de licitações determina o conteúdo da motivação, característica que a torna qualificada. Voltando ao exemplo da motivação para designação de servidor não efetivo para exercer funções ligadas às contratações públicas, não basta se ater aos atributos profissionais e pessoais do agente, mas sim às características inerentes ao aparato burocrático daquele momento, notadamente ao quadro de pessoal, a fim de justificar que não existe servidor efetivo com capacitação em contratações públicas disponível para atender às demandas do órgão ou entidade e que a abertura de concurso público traria prejuízo ao interesse público em razão da demora. A motivação qualificada revela-se ainda mais essencial em estruturas maiores de órgãos e entidades públicas, como a União, estados ou municípios de médio ou grande porte, pois estes, a princípio, possuem maior disponibilidade de servidores efetivos para exercer funções relacionadas às contratações públicas.

A motivação funciona como instrumento que dialoga com o objetivo do uso reiterado e excessivo do advérbio “preferencialmente” na Lei n. 14.133/2021, que é o de impedir que uma norma geral, que deve ser aplicada pelos três entes da federação, apresente uma solução rígida em uma realidade extremamente desigual entre eles. Na motivação, portanto, o administrador precisa justificar a impossibilidade de seguir a regra disposta no comando normativo ou mesmo que seu cumprimento importaria em prejuízo ao interesse público

É importante registrar que, dos 16 artigos da Lei n. 14.133/2021 que empregam o advérbio “preferencialmente”, apenas o art. 17, § 2^o⁵⁷ estabelece expressamente o dever de

⁵⁶ *Op. cit.* p. 91.

⁵⁷ Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:
[...]

motivação do ato que não acolhe a conduta preferencial. Contudo, o dever de motivação deve ser estendido a todos os outros comandos da lei, até mesmo em deferência ao parágrafo único do art. 20 da Lei n. 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), segundo o qual “A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Tal conduta não deve ser vista como mais um encargo imposto à burocracia estatal, pois se insere no dever de motivação dos atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários. É preciso, portanto, esclarecer que a situação fática que tenha motivado o ato é consentânea à finalidade da norma, o que se revela de fundamental importância para o controle do ato, seja ele judicial ou pelos tribunais de contas. Vários autores e entendimentos jurisprudenciais citados neste texto convergem para esse mesmo entendimento, qual seja, a necessidade de motivação do ato administrativo que destoa do agir preferencial.

6 CONCLUSÃO

Destoando das leis antecessoras, a Lei n. 14.133/2021 empregou o advérbio “preferencialmente” em 16 artigos diferentes, sem que houvesse justificativa para o uso excessivo do termo no longo processo legislativo que culminou na edição da norma.

A utilização do advérbio “preferencialmente” em comandos normativos referentes à função administrativa estatal acaba por modificar o verbo que determina o modo como a ação deve se desenvolver por meio do ato administrativo. Via de consequência, interfere em aspectos importantes deste, notadamente a vinculação e discricionariedade.

Diante disso, questionou-se se a lei, ao utilizar o advérbio “preferencialmente”, confere discricionariedade ao administrador público na aplicação da norma, isto é, se este possui liberdade de escolha entre as opções delineadas pela lei, ou, ao revés, se se trata de competência vinculada, por impor à administração pública, na verdade, um comando unívoco.

Conforme revisão da doutrina realizada ao longo deste trabalho, constatou-se que não há uniformidade na doutrina a respeito da interpretação do advérbio “preferencialmente” na Lei

§ 2º As licitações serão realizadas **preferencialmente** sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

§ 5º Na hipótese **excepcional** de licitação sob a forma presencial a que refere o § 2º deste artigo, a sessão pública de apresentação de propostas deverá ser gravada em áudio e vídeo, e a gravação será juntada aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento.

n. 14.133/2021. Há quem refute, como Marçal Justen Filho, que o uso da palavra confira discricionariedade para a administração pública para agir na forma que bem entender; há outros que consideram que o termo traz flexibilidade e liberdade para o processo de tomada de decisão do agir administrativo e até quem, a despeito de ser posição isolada, radicaliza a ponto de desconsiderar os dispositivos legais que contêm o mencionado advérbio, por interpretar como mera recomendação.

Essa disparidade de entendimentos reforça o objetivo deste trabalho, de contribuir para a adequada interpretação do advérbio “preferencialmente” no contexto dos comandos da Lei n. 14.133/2021, tendo em vista o impacto que possui em inúmeras situações na prática administrativa de condução de processos licitatórios.

Em termos jurisprudenciais, destaca-se o coeso entendimento do TCU no sentido de que o advérbio “preferencialmente”, que retrata o modo de agir da administração pública que deve vir primeiro, é a regra, de modo que qualquer outra conduta deve ser tratada como exceção e motivada pelo administrador.

O vocábulo “preferencialmente” não encerra alternativas para o agir administrativo na aplicação da norma. Não está o legislador a disciplinar que, diante de uma determinada situação, o administrador pode livremente optar entre a solução A ou B e que ambas são de mesmo valor perante o direito (indiferentes jurídicos), porque não o são. O que o legislador pretende é a primazia de uma determinada ação, que esta seja realizada em primeiro lugar, que seja buscada com precedência em relação a outras ações.

Não se tratando de discricionariedade, conclui-se, portanto, que o advérbio em comento revela um aspecto do ato administrativo vinculado, na medida em que a administração pública, toda vez que se deparar com um comando normativo que disciplina uma conduta de modo preferencial, está vinculada à ação que a lei considerou que deva ser tomada em primeiro lugar, por ser essa a melhor solução possível.

Nesse sentido, o vocábulo “preferencialmente” indica uma ação vinculada na busca do melhor comportamento possível. O agir administrativo que a lei considera preferencial deve ser lido como a regra, de forma que a exceção deve ser motivada de acordo com o contexto local, a fim de justificar a impossibilidade de seguir a regra disposta no comando normativo ou mesmo que seu cumprimento importaria em prejuízo ao interesse público.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo. In: CORRÊA DE CARVALHO, Sérgio Mourão (Coord.). **Temas de Direito Administrativo**. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-125.

BAHIA. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia. Processo nº 05675e22. Natureza: Consulta. Consulente: Vinícius Costa Silva. Procedência: Prefeitura Municipal de Macarani. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 21, n. 246, p. 13-27, jun. 2022.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

BECHARA, Evanildo. **Moderna Gramática Portuguesa**. 37. ed. rev. e amp. 14ª reimpr. Rio de Janeiro: Lucerna, 2004.

BONATTO, Hamilton. BONATTO, Vivian Aparecida Ciscato Chuchene. **O advérbio “preferencialmente” na Lei nº 14.133, de 2021. 28 fev. 2024**. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/o-advrbio-preferencialmente-na-lei-no-14-133-de-2021/#:~:text=N%C3%A3o%20se%20trata%20de%20liberdade,uma%20a%C3%A7%C3%A3o%20em%20primeiro%20lugar>. Acesso em 30 jul. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer ao Projeto de Lei n. 1.292, de 1995**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1697133&filename=PRL+10+PL129295+%3D%3E+PL+1292/1995 Acesso em 08 nov. 2024.

BRASIL. Instrução Normativa SEGES/ME n. 67, de 8 de julho de 2021. Disponível em <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-seges-me-no-67-de-8-de-julho-de-2021> Acesso em 30 out. 2024.

BRASIL. Portaria SEGES/ME n. 938, de 2 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/transferegov/pt-br/legislacao/portarias/portaria-seges-me-no-938-de-2-de-fevereiro-de-2022> Acesso em 30 out 2024.

BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, edição 61-F, seção 1 - Extra F, p. 2, 1 abr. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório Final da Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei De Licitações e Contratos (Lei Nº 8.666/1993) – CTLICON**. Brasília-DF, dezembro de 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações & Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União**. 5ª Edição, Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2023.

CASTILHO, Ataliba T. de. **Nova gramática do português brasileiro**. 1. ed., 7ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2022.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 6. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021)**: principais inovações e desafios para sua implantação. São Paulo: Dialética, 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Manual de Licitações e Contratos Administrativos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI**: O minidicionário da língua portuguesa. Coordenação de edição: Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira; lexicografia, Margarida dos Anjos ... [et al.]. 4. ed. rev. ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima; CAMARÃO, Tatiana (Coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Volume 2: Lei n. 14.133, de 1.º de abril de 2021 – Artigos de 71 a 194.º**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

FURTADO, Madeline Rocha e VIEIRA, Antonieta Pereira. A Lei de Licitações nº 14.133/2021: velhos atores para uma nova lei, afinal quem licita e quem fiscaliza os contratos? **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 21, n. 244, p. 71-85, abr. 2022.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernández. **Curso de Direito Administrativo**. Revisor técnico: Carlos Ari Sundfeld. Tradutor: José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Lucha Contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)**. Madrid: Ediciones Civitas, 1974.

GIROTO, Maria Coutinho Ferreira. Considerações sobre a designação de agentes públicos para funções previstas na Lei n. 14.133/21. **Revista Simetria do Tribunal de Contas do Município de São Paulo**. 2021, v. 1, n. 8, p. 28–39. Disponível em: [v. 1 n. 8 \(2021\): Revista Simetria | Revista Simetria do Tribunal de Contas do Município de São Paulo](#) Acesso em 21 nov. 2024.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo. T. 1 e 2**. Disponível em: www.gordillo.com Acesso em 24 abri. 2024.

GOIÁS. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás. Processo n. 05436/23, Consulta n. 00007/2024.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa e DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

KRELL, Andreas Joachim. **A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil**. Revista Interesse Público. Belo Horizonte: Fórum, 2004. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/v2/revista/P172>. Acesso em: 8 ago. 2024.

MADALENA, Luis Henrique. **Discricionariedade Administrativa e Hermenêutica**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta n. 1.102.275. Tribunal Pleno. Relator: Conselheiro-substituto Adonias Monteiro. Sessão do dia 30 mar. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia n. 898.504. 1ª Câmara. Relator: Conselheiro Cláudio Couto Terrão. Sessão do dia 24 mai. 2016.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 151530/24. Acórdão n. 2720/24. Tribunal Pleno. Relator: Conselheiro Fábio de Souza Camargo.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 279036/23. Acórdão n. 3561/23. Tribunal Pleno. Relator: Conselheiro José Durval Mattos do Amaral.

PREFERÊNCIA. *In*: MICHAELIS ON-LINE, Dicionário Brasileiro da Língua Brasileira. São Paulo: Editora Melhoramentos Ltda., 2015. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=prefer%C3%Aancia> Acesso em 19 nov. 2024.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Dispensa por valor (Lei nº 14.133/21, art. 75, I e II, e §§1º a 4º). **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 23, n. 275, p. 13-19, nov. 2024.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão n. 091533/2023. Consulta n. 251107-7/2022. Plenário Virtual. Relator: Christiano Lacerda Ghuerren. Sessão de 28 ago. 2023.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. @REP-23/80127519. Relator: Conselheiro Aderson Flores.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Processo TC n. 019432.989.23-4. Relator: Auditor Antonio Carlos dos Santos. Sessão de 14 mai. 2024.

SARAI, Leandro (Org.). **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2024.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Comentadas**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2023.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Agente de Contratação e a condição de servidor efetivo. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/agente-de-contratacao-e-a-condicao-de-servidor-efetivo/> Acesso em 21 nov. 2024.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. É possível fazer dispensa de licitação sem disputa? Disponível em: [É possível fazer dispensa de licitação sem disputa?](#) Acesso em 02 de dez. 2024.

**ANEXO ÚNICO – DISPOSITIVOS DA LEI N. 14.133/2021 QUE CONTÊM O
ADVÉRPIO “PREFERENCIALMENTE”**

LEI 14.133/2021		
N.	Dispositivo	Teor do dispositivo
01	Art. 7º, I	Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos: I - sejam, preferencialmente , servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;
02	Art. 12, VI	Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte: [...] VI - os atos serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico;
03	Art. 17, §2º	Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: [...] § 2º As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.
04	Art. 19, I	Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão: I - instituir instrumentos que permitam, preferencialmente , a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços;
05	Art. 19, §3º	Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão: § 3º Nas licitações de obras e serviços de engenharia e arquitetura, sempre que adequada ao objeto da licitação, será preferencialmente adotada a Modelagem da Informação da Construção (Building Information Modelling - BIM) ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substituí-la.
06	Art. 36, §1º, I	Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta. § 1º O critério de julgamento de que trata o caput deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de: I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado;
07	Art. 40, §1º, I	Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte: § 1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do caput do art. 6º desta Lei , além das seguintes informações: I - especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;
08	Art. 60, II	Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes

		<p>critérios de desempate, nesta ordem: [...]</p> <p>II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;</p>
09	Art. 75, XVIII	<p>Art. 75. É dispensável a licitação: XVIII - para contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação do Programa Cozinha Solidária, que tem como finalidade fornecer alimentação gratuita preferencialmente à população em situação de vulnerabilidade e risco social, incluída a população em situação de rua, com vistas à promoção de políticas de segurança alimentar e nutricional e de assistência social e à efetivação de direitos sociais, dignidade humana, resgate social e melhoria da qualidade de vida. (Incluído pela Lei nº 14.628, de 2023)</p>
10	Art. 75, §3º	<p>Art. 75. É dispensável a licitação: § 3º As contratações de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo serão preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa.</p>
11	Art. 75, §4º	<p>Art. 75. É dispensável a licitação: § 4º As contratações de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo serão preferencialmente pagas por meio de cartão de pagamento, cujo extrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).</p>
12	Art. 92, §6º	<p>Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam: [...]</p> <p>§ 6º Nos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços será preferencialmente de 1 (um) mês, contado da data do fornecimento da documentação prevista no § 6º do art. 135 desta Lei.</p>
13	Art. 103, §2º	<p>Art. 103. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados. [...]</p> <p>§ 2º Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado</p>
14	Art. 158, §1º	<p>Art. 158. A aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do caput do art. 156 desta Lei requererá a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir. § 1º Em órgão ou entidade da Administração Pública cujo quadro funcional não seja formado de servidores estatutários, a comissão a que se refere o caput deste artigo será composta de 2 (dois) ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, preferencialmente com, no mínimo, 3 (três) anos de tempo de serviço no órgão ou entidade.</p>
15	Art. 169, §3º, I	<p>Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: [...]</p> <p>§ 3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do caput deste artigo observarão o seguinte: I - quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos</p>

		responsáveis;
16	Art. 181, parágrafo único	<p>Art. 181. Os entes federativos instituirão centrais de compras, com o objetivo de realizar compras em grande escala, para atender a diversos órgãos e entidades sob sua competência e atingir as finalidades desta Lei.</p> <p>Parágrafo único. No caso dos Municípios com até 10.000 (dez mil) habitantes, serão preferencialmente constituídos consórcios públicos para a realização das atividades previstas no caput deste artigo, nos termos da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.</p>