



Escola Nacional de Administração Pública

Luiz Humberto Gomes de Oliveira

**O USO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO PELA SEGES/MGI NA EDIÇÃO
DE NORMAS QUE REGULAMENTAM A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS.**

MBA em Governança e Controle da Regulação

Brasília – DF

Abril de 2024



Escola Nacional de Administração Pública

Luiz Humberto Gomes de Oliveira

**O USO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO PELA SEGES/MGI NA EDIÇÃO
DE NORMAS QUE REGULAMENTAM A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS.**

Trabalho de Conclusão de Curso do MBA em
Governança e Controle da Regulação.Orientador:
Professor Tiago Lucas Aguiar.

Brasília – DF

Abril de 2024

RESUMO

A Lei de Liberdade Econômica, que regulamenta o art. 174 da Constituição Federal, estabeleceu normas sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, em especial que as propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, posteriormente regulamentado pelo Decreto n. 10.411, de 2020. Assim, o presente estudo trata da aplicabilidade do Decreto às normas editadas pela Secretaria de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos na regulamentação de artigos da Nova Lei de Licitações e Contratos.

Palavras chaves: Direito Constitucional. Direito Administrativo. Lei de Liberdade Econômica. Nova Lei de Licitações e Contratos. Decreto n. 10.411, de 2020. Análise de Impacto Regulatório.

ABSTRACT

The Economic Freedom Law, which regulates article 174 of the Federal Constitution, established norms on the State's performance as a normative and regulatory agent, in particular that proposals for editing and amending normative acts of general interest to economic agents or users of public services will be preceded by an analysis of regulatory impact, later regulated by Decree no. 10,411, of 2020. Thus, the present study deals with the applicability of the Decree to the regulations proposed by the Secretariat of Management and Innovation of the Ministry of Management and Innovation in Public Services in the regulation of articles of the New Law Bidding and Contracts.

Keywords: Constitutional Law. Administrative law. Economic Freedom Act. New Bidding and Contracts Law. Decree no. 10,411, of 2020. Regulatory Impact Analysis.



Escola Nacional de Administração Pública



1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. A regulamentação do artigo 174 da Constituição Federal veio com a conversão da Medida Provisória n. 881, de 2019, na Lei n. 13.874, de 2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelecendo normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador.

O art. 5º da Lei de Liberdade Econômica instituiu a obrigatoriedade de realização de análise de impacto regulatório das propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, assim como estendeu a obrigatoriedade a todo órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas.

A Nova Lei de Licitações e Contratos permitiu à Administração Pública a possibilidade de regulamentar vários de seus artigos. No Poder Executivo federal, essa regulamentação é editada, na maioria dos casos, pela Secretaria de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos (SEGES/MGI).

Com base nesse contexto, o estudo tem o objetivo de abordar o seguinte problema de pesquisa: as normas editadas pela SEGES/MGI na regulamentação de artigos da Lei de Licitações e Contratos, que se enquadram no conceito de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, são precedidas de análise de impacto regulatória e seguem as regras estabelecidas pelo Decreto n. 10.411, de 2020? Para responder o problema pretende-se identificar as competências da SEGES/MGI e se os procedimentos adotados na elaboração de normas complementares à Lei de Licitações e Contratos cumprem os requisitos da Lei e do Decreto; analisar a Lei de Liberdade Econômica e o Decreto n. 10.411, de 2020, em especial as disposições sobre análise de impacto regulatório; verificar artigos da Lei de Licitações e Contratos que concedem ao Executivo federal poder para expedir regulamentação; obter, por meio da Lei de Acesso à Informação, cópia de processos administrativos que trataram da regulamentação de artigos da Nova Lei de Licitações e



Contratos; e levantar as normas editadas pela SEGES/MGI, em especial as instruções normativas, para analisar se enquadram no conceito de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados.

O artigo prestou-se a delimitar as competências constitucionais, legais e infralegais do Executivo federal, da Secretaria de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos, verificar as regulamentações editadas para execução da Nova Lei de Licitações e Contratos, especialmente se se enquadram no art. 5º da Lei de Liberdade Econômica e devem ser submetidas às regras do Decreto n. 10. 411, de 2020.

Justifica-se o artigo como uma tentativa de contribuir com verificação do cumprimento da SEGES/MGI às normas da Lei de Liberdade Econômica e do Decreto n. 10.411, de 2020, quando edita instruções normativas para regulamentação da Nova Lei de Licitações e Contratos.

O presente trabalho foi estruturado apresentando-se o referencial teórico, no qual analisou-se a competência do Executivo federal e os conceitos do art. 5º da Lei de Liberdade Econômica e do Decreto que regulamentou a análise impacto regulatório. Posteriormente, fez-se o levantamento de dados a partir dos sítios governamentais e da Lei de Acesso à Informação, com a devida análise das informações obtidas e as considerações finais com as principais conclusões do problema levantado para estudo.



2. REFERENCIAL TEÓRICO.

A Constituição Federal estabelece no art. 22 a competência privativa da União e no art. 30 a competência dos Municípios, cabendo aos Estados, conforme o art. 25, legislar de forma residual, tendo como limites o que não é competência privativa da União e dos Municípios (Brasil, 1988). Por sua vez, o art. 24 da Constituição Federal elenca as competências concorrentes à União, aos Estados e ao Distrito Federal. Nos termos do §2º do art. 24, a competência da União para legislar sobre as normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados (Brasil, 1988).

A Constituição Federal, em seu art. 22, inciso XXVII, estabeleceu que compete privativamente à União a edição de normas gerais sobre licitações e contratos administrativos (Brasil, 1988). Em seu art. 37, inciso XXI, a Constituição Federal estabelece que compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços (Brasil, 1988).

O inciso XXI do art. 37 é regulamentado pela Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, que trouxe um novo marco legal à Administração Pública brasileira, em substituição à Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), à Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e à Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações – RDC) (Brasil, 1988).

A Nova Lei de Licitações é uma norma geral de aplicabilidade para as quatro esferas de governo, não impedindo a edição de normas ao nível estadual, municipal e distrital, desde que específicas, em vista da realidade local, ou seja, não existe impedimento de que as demais esferas editem suas próprias leis específicas e não afrontem as normas gerais, pois implicaria em inconstitucionalidade por invasão de competências (Spitzcovsky, 2024 p. 679).



O Poder regulamentar do Executivo encontra seus limites também na Constituição Federal, conforme o art. 84, o qual estabelece que compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução (BRASIL, 1988). O art. 87, parágrafo único, prevê que compete aos Ministros de Estado, além de outras atribuições expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos (Brasil, 1988).

Em razão dos princípios da reserva legal e da independência e harmonia entre os poderes, o Poder Regulamentar do Executivo limita-se a pormenorizar, detalhar e esmiuçar as regras legais, como observado no Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4218/DF:

É cediço na doutrina que "a finalidade da competência regulamentar é a de produzir normas requeridas para a execução de leis quando estas demandem uma atuação administrativa a ser desenvolvida dentro de um espaço de liberdade exigente de regulação ulterior, a bem de uma aplicação uniforme da lei, isto é, respeitosa do princípio da igualdade de todos os administrados" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 336). [ADI 4.218 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 13-12-2012, P, DJE de 19-2-2013.]

Logo, o poder regulamentar não se confunde com função legislativa, na medida que inovar a ordem jurídica é competência do Poder Legislativo e vedado aos regulamentos do Poder Executivo, pois são de origem infralegal.

No Executivo Federal, a competência para expedir instruções e regulamentos para execução da Nova Lei de Licitações e Contratos ficou a cargo, como regra, do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, nos termos definidos pela Lei n. 14.600, de 19 de junho de 2023, art. 32, inciso XIII (Brasil, 2023).

O Decreto n. 11.437, de 17 de março de 2023, que regulamenta a estrutura regimental do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, definiu que compete à Secretaria de Gestão e Inovação propor políticas, planejar, coordenar, supervisionar e normatizar as atividades relativas à gestão sustentável de materiais, de obras e serviços, de transportes, de licitações e contratações da administração pública federal direta, autárquica e fundacional (Brasil, 2023).

A Secretaria de Gestão e Inovação em Serviços Públicos também possui competência para atuar como órgão central do Sistema de Serviços Gerais – SISG, portanto, nos termos



Decreto n. 1.094, de 23 de março de 1994, que dispõe sobre o Sistema de Serviços Gerais (SISG) dos órgãos civis da Administração Federal direta, das autarquias federais e fundações públicas, tem a incumbência de expedir normas para disciplinar a licitação, a contratação, a aquisição, o recebimento, o registro, a guarda, a requisição, a distribuição e a utilização de material permanente e de consumo.

Dessa forma, no ordenamento jurídico brasileiro, da Constituição Federal para a legislação ordinária e legislação infralegal, é evidente que o Executivo Federal tem competência para expedir normas regulamentares relativas à licitações e contratos e, no caso do Executivo Federal, a competência recai na Secretaria de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos.

A atividade de regulação da economia está prevista no art. 174 da Constituição Federal, que estabelece o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (Brasil, 1988).

Em 2019, a Medida Provisória n. 881, de 2019, foi convertida na Lei n. 13.874, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelecendo normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador. A Exposição de Motivos Interministerial encaminhada ao Presidente da República com a proposta de Medida Provisória informou que:

[...] O objetivo desta Medida Provisória diferencia-se das tentativas do passado por inverter o instrumento de ação, ao empoderar o Particular e expandir sua proteção contra a intervenção estatal, ao invés de simplesmente almejar a redução de processos que, de tão complexos, somente o mapeamento seria desgastante e indigno, considerando que os mais vulneráveis aguardam por uma solução.

9. Assim, dez direitos para situações concretas foram elaborados no corpo de uma Declaração de Liberdade Econômica, com o objetivo de alterar em caráter emergencial a realidade do Brasil. São os direitos do brasileiro contra um Estado irracionalmente controlador. Eles primeiramente afetam relações microeconômicas específicas, que repercutirão macroeconomicamente, especialmente em favor dos mais vulneráveis, por sua expansividade por todos os setores: nada foi enunciado de maneira a privilegiar um em detrimento do outro, como o espírito da verdadeira economia de mercado demanda (Brasil, EMI n. 00083/2019 ME AGU MJSP, 2019).

O art. 5º da Lei de Liberdade Econômica estabelece que as propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos



serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico (Brasil, 2019).

Utilizando-se do conceito dado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no Guia para Elaboração de Atos Normativos e Comunicação Oficial¹, ato normativo pode ser entendido como o instrumento destinado a disciplinar determinada matéria ou suprir uma necessidade, bem como dar execução a leis, decretos ou outras espécies normativas no âmbito de sua competência. O Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI)² publicou em seu sítio eletrônico um conjunto de perguntas e respostas acerca da AIR e acrescenta o conceito de que ato normativo de interesse geral dos agentes econômicos e dos usuários dos serviços prestados pelo INPI é aquele que tenha efeito de criar ou modificar padrões e comportamentos.

O conceito trazido no documento “Diretrizes Gerais e Guia para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório” afirma que ato normativo de interesse geral dos agentes econômicos, dos consumidores ou usuários dos serviços prestados é aquele que tenha potencialidade de influir sobre seus direitos ou obrigações (Brasil, 2018).

Portanto, pode-se conceituar os atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados como aqueles editados visando disciplinar determinada matéria, suprir uma necessidade, dar execução a leis, decretos ou outras espécies normativas e que tenham como efeito a criação ou modificação de padrões e comportamentos e influência nos direitos e obrigações de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados.

Executivo Federal editou o Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, para regulamentar a análise de impacto regulatório de que tratam tanto o art. 5º da Lei nº 13.874, de 2019, quanto o art. 6º da Lei nº 13.848, de 2019, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, dispondo sobre o conteúdo da AIR, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

¹ <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais-administrativos-e-procedimentais/Guia-para-a-elaboracao-de-atos-normativos.pdf>

² <https://www.gov.br/inpi/pt-br/governanca/producao-normativa-e-analise-de-impacto-regulatorio/perguntas-frequentes>



Segundo seu art. 24, o decreto entrou em vigor na data de 15 de abril de 2021 para o Ministério da Economia, agências reguladoras e Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro). Em 14 de outubro de 2021, entrou em vigor para os demais órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

O art. 2º do Decreto define Análise de Impacto Regulatório como procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos, que conterá informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão (Brasil, 2020).

Segundo estudo da OCDE, a Análise do Impacto Regulatório tem como objetivo ser ferramenta e processo de decisão para subsidiar os tomadores de decisões políticas sobre quando e como regular, para atingir os objetivos das políticas públicas. Como ferramenta de apoio à tomada de decisão, a AIR examina sistematicamente os potenciais impactos das ações governamentais, fazendo perguntas sobre os custos e benefícios; quão eficaz será a ação na consecução dos seus objetivos políticos; e se existem abordagens alternativas melhores disponíveis para os governos. Como processo de decisão, a AIR se integra aos sistemas de consulta, desenvolvimento de políticas e elaboração de regras dentro do governo, a fim de comunicar informações *ex ante* sobre os efeitos esperados das propostas regulatórias em um momento e de forma que possa ser usada pelos tomadores de decisão, assim como *ex post*, para ajudar os governos a avaliar as regulamentações existentes (OCDE, 2009, p. 14).

As Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório, por sua vez, também traz sua definição de AIR:

(...) processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão. Como ferramenta de melhoria da qualidade regulatória, proporciona maior fundamentação técnica e analítica ao ente regulador no momento da sua tomada de decisão, especialmente quando esta significa a imposição de regras a serem cumpridas. (Brasil, 2018)

Acerca da Análise de Impacto Regulatório, a Exposição de Motivos Interministerial afirmou que:

12. Apresente proposta versa também sobre o ambiente regulatório sob dois prismas. Primeiramente, no art. 4º, se estabelecem requisitos objetivos, agora previstos em lei, que visam a garantir que o exercício regulador pelo Estado, conforme determina o ali.



174 da Constituição Federal, não atuará em sentido contrário ao da liberdade econômica.

13. No aperfeiçoamento de normas, estabelece-se a obrigatoriedade de, quando alcançados determinados critérios, a edição de uma regulação que limitar a liberdade do cidadão será precedida por Análise de Impacto Regulatório, que consiste em um processo sistemático baseado em evidências, que busca avaliar, a partir da definição de um problema, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos (Brasil, 2019).

O Decreto estabelece ainda que sua aplicação se estende aos órgãos e às entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, quando da proposição de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, no âmbito de suas competências.

Acerca dessa questão, a Consultoria Jurídica da Controladoria-Geral da União, órgão da Consultoria-Geral da União e parte da Advocacia-Geral da União, afirma, no Parecer n. 00261/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU, que a Lei de 13.874, de 2019, estendeu a obrigatoriedade a todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal e não somente à Agências Reguladoras (Brasil, 2023). Entendimento corroborado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão 2325/2022:

3. O supracitado Decreto resulta do atendimento ao parágrafo único do art. 5º da Lei 13.874/2019 e art. 6º da Lei 13.848/2019. Assim como também ao item 9.1.1.1. do Acórdão 1.263/2019-TCU Plenário, da relatoria do Ministro Vital do Rêgo, o qual recomendou a adoção de providências para promover a orientação, a capacitação e o estímulo para a observância da análise de impacto regulatório (AIR) na elaboração ou alteração de todo normativo infralegal que tenha potencial de onerar os usuários dos serviços prestados ou os agentes econômicos envolvidos, por qualquer órgão ou entidade com competência para tanto, avaliando a possibilidade de tornar obrigatória essa observância [Acórdão 2325/2022. Relator Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 19/10/2022].

Registra-se que o Decreto (art. 1º, §3º) não se aplica às propostas de edição de decretos, assim como aos atos normativos que precisam ser submetidos à aprovação do Congresso Nacional, como nos casos de proposta de lei ordinária, de lei complementar, de emenda constitucional ou de edição de medida provisória (Brasil, 2020).

Não obstante, existem situações em que a autoridade reguladora poderá dispensar a AIR, substituindo-o pela elaboração de nota técnica ou documento equivalente, conforme o art. 4º do Decreto n. 10.411, de 2020. Caso a dispensa ocorra por urgência, o órgão será obrigado a elaborar o documento de dispensa identificando, obrigatoriamente, o problema regulatório que se



pretende solucionar e os objetivos que se pretende alcançar, de modo a subsidiar a elaboração da ARR, observado o disposto no art. 12 (Brasil, 2020).

As hipóteses de dispensa de AIR podem ser resumidas no quadro abaixo:

Tabela 1 - Hipóteses de dispensa de AIR.	
Dispositivo	Redação da Norma
Art. 4º, inciso I	urgência;
Art. 4º, inciso II	ato normativo destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias;
Art. 4º, inciso III	ato normativo considerado de baixo impacto;
Art. 4º, inciso IV	ato normativo que vise à atualização ou à revogação de normas consideradas obsoletas, sem alteração de mérito;
Art. 4º, inciso V	ato normativo que vise a preservar liquidez, solvência ou higidez: a) dos mercados de seguro, de resseguro, de capitalização e de previdência complementar; b) dos mercados financeiros, de capitais e de câmbio; ou c) dos sistemas de pagamentos;
Art. 4º, inciso VI	ato normativo que vise a manter a convergência a padrões internacionais;
Art. 4º, inciso VII	ato normativo que reduza exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações com o objetivo de diminuir os custos regulatórios
Art. 4º, inciso VIII	ato normativo que revise normas desatualizadas para adequá-las ao desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos do disposto no Decreto nº 10.229, de 5 de fevereiro de 2020.

Fonte: Decreto n. 10.411, de 2020.

É importante registrar que a AIR tem natureza opinativa, ou seja, não vincula a autoridade competente para tomada de decisão. No entanto, a tomada de decisão contrária à manifestação técnica contida no Relatório da AIR deverá conter fundamentação expressa (Brasil, 2020).

O Decreto deixa expresso que a inobservância de suas disposições não constitui escusa válida para o descumprimento da norma editada e nem acarreta a invalidade da norma editada (Brasil, 2020).

Concluído o processo de AIR, ou editado o ato normativo, após sua publicação, o órgão deverá divulgar o Relatório de AIR no sítio eletrônico oficial, ressalvadas as informações com restrição de acesso, nos termos da Lei de Acesso à Informação. Conduta similar deverá ser adotada caso o órgão tenha optado pela dispensa, com a devida publicação da nota técnica ou o documento equivalente (Brasil, 2020).



O órgão também deverá disponibilizar em sítio eletrônico as análises das informações e das manifestações recebidas no processo de consulta pública, sendo facultado ao órgão apresentar suas considerações por grupos conexos e dispensar as contribuições irrelevantes (Brasil, 2020).

Por fim, percebe-se que a adoção da Análise de Impacto Regulatório como instrumento anterior à elaboração ou alteração de normativo infralegal contribui para que os órgãos da administração pública federal editem atos normativos para agentes econômicos ou usuários de serviços prestados, a partir de um processo baseado em evidências, ponderando os efeitos das alternativas disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos:

Trata-se de um processo de análise que identifica o problema, define quais os objetivos pretendidos com a política e analisa se a intervenção pública é de fato necessária. Em seguida, a AIR promove a identificação, a análise e a comparação dos impactos das possíveis alternativas de intervenção, de modo a subsidiar qual a melhor escolha a ser feita (FRITSCH et al., 2013; JACOBS, 2004). Durante o desenvolvimento da AIR, é fundamental que se utilize evidências e que a sociedade participe de sua construção para conferir legitimidade, credibilidade e precisão às análises, além de maior efetividade à política (JACOBS, 2004; MENEGUIN; SAAB, 2020). (Saab & Silva, 2021)

3. LEVANTAMENTO DE DADOS E RESULTADO.

Importa registrar que o presente estudo procura abordar apenas as normas alcançadas pelo Decreto n. 10.411, de 2020, ou seja, serão excluídas as propostas de edição de decreto ou atos normativos a serem submetidos ao Congresso Nacional, bem como os atos normativos listados no art. 3º, §2º, incisos I a VI. O foco do estudo será nas instruções normativas que regulamentam a Nova Lei de Licitações e Contratos.



A Secretaria de Gestão e Inovação em Serviços Públicos publica no Portal de Compras do Governo Federal lista com as regulamentações e estágios de regulamentação da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC)³.

No quadro abaixo, foram relacionados os dispositivos da Nova Lei de Licitações regulamentados por intermédio de instruções normativas publicadas⁴.

Tabela 2 – Norma e assunto da Instrução da Normativa.		
Dispositivo(s) da Lei nº 14.133, de 2021		Assunto
1.	Art. 23, § 1º	INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 65, DE 7 DE JULHO DE 2021. Dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.
2.	Art. 75	INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 67, DE 8 DE JULHO DE 2021 Dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, de que trata a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.
3.	Art. 6, incisos VIII e IX	INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 116, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2021 Estabelece procedimentos para a participação de pessoa física nas contratações públicas de que trata a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.
4.	-	INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 26, DE 13 DE ABRIL DE 2021 Dispõe sobre a dispensa, o parcelamento, a compensação e a suspensão de cobrança de débito resultante de multa administrativa e/ou indenizações, previstas na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, não inscritas em dívida ativa.
5.	Art. 6, inciso X Art. 18	INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 58, DE 8 DE AGOSTO DE 2022 Dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares - ETP, para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema ETP digital.

³ <https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/lista-de-atos-normativos-e-estagios-de-regulamentacao-da-lei-14133-de-2021.pdf>

⁴ O quadro é de autoria da SEGES/MGI e obtido via Lei de Acesso à Informação.

Tabela 2 – Norma e assunto da Instrução da Normativa.

Dispositivo(s) da Lei nº 14.133, de 2021		Assunto
6.	Art. 33, inciso I	INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 73, DE 30 DE SETEMBRO DE 2022 Dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por menor preço ou maior desconto, na forma eletrônica, para a contratação de bens, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.
7.	Art. 141	INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 77, DE 4 DE NOVEMBRO DE 2022 Dispõe sobre a observância da ordem cronológica de pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, prestação de serviços e realização de obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.
8.	Art. 6, inciso XIII Art. 18	INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 81, DE 25 DE NOVEMBRO DE 2022 Dispõe sobre a elaboração do Termo de Referência – TR, para a aquisição de bens e a contratação de serviços, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema TR digital.
9.	Art. 23, § 2º	INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 91, DE 16 DE DEZEMBRO DE 2022 Estabelece regras para a definição do valor estimado para a contratação de obras e serviços de engenharia nos processos de licitação e de contratação direta, de que dispõe o § 2º do art. 23 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.
10.	Art. 33, § 2º	INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 96, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2022 Dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por maior retorno econômico, na forma eletrônica, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.
11.	Art. 2, inciso V	INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 98, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2022 Estabelece regras e diretrizes para o procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta de que dispõe a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.
12.	Art. 51	INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 103, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2022 Dispõe sobre os procedimentos de seleção de imóveis para locação no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.
13.	Art. 33, inciso IV	INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/MGI Nº 2, DE 7 DE FEVEREIRO DE 2023 Dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por técnica e preço, na forma eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

Tabela 2 – Norma e assunto da Instrução da Normativa.		
Dispositivo(s) da Lei nº 14.133, de 2021		Assunto
14.	Art. 40, inciso I Art. 75, § 4º	INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/MGI Nº 11, DE 29 DE MARÇO DE 2023 Estabelece condições para o pagamento das despesas com compra de bens e prestação de serviços, de que dispõe o inciso I do art. 40 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e para o regime de adiantamento, por suprimento de fundos, de que tratam os arts. 45, 46 e 47 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.
15.	Art. 33, inciso III	INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/MGI Nº 12, DE 31 DE MARÇO DE 2023 Dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico, na forma eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.
16.	Art. 70, parágrafo único	INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/MGI Nº 53, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2023 Autoriza a utilização do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicaf para apresentação de documentação equivalente por empresas estrangeiras que não funcionem no País, com fins a habilitação em licitação, dispensa, inexigibilidade e nos contratos administrativos de acordo com o que dispõe o parágrafo único do art. 70 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

Fonte: SEGES/MGI, obtido via Lei de Acesso à Informação.

Conforme o quadro acima, até o momento, foram regulamentados por meio de instruções normativas quinze artigos da Nova Lei de Licitações e Contratos: o art. 2º, inciso V; art. 6º, incisos VIII e IX; art. 6º, inciso XX; Art. 18; art. 23, § 1º; art. 23, § 2º; art. 33, inciso I; art. 33, inciso III; art. 33, § 2º; art. 33, inciso IV; art. 40, inciso I; art. 75, § 4º; art. 51, art. 70, parágrafo único; art. 75; e art. 141.

A Nova Lei de Licitações e Contratos demanda em alguns artigos a sua regulamentação, ao passo que, em outros casos, a regulamentação é fruto do exercício do poder regulamentar do executivo. Veja como exemplo o art. 23, §1º, e o art. 70, parágrafo único:

Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.
§ 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, **conforme regulamento**, o valor estimado será definido com base no melhor preço



Escola Nacional de Administração Pública

aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

Art. 70. A documentação referida neste Capítulo poderá ser:

(...)

Parágrafo único. As empresas estrangeiras que não funcionem no País deverão apresentar documentos equivalentes, **na forma de regulamento emitido pelo Poder Executivo federal**. (Grifamos)

Por sua vez o art. 75 da Lei n. 14.133, de 2021, não demanda sua regulamentação, apenas prevê no seu §3º que as contratações de que tratam os incisos I e II 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.

No entanto, a SEGES/ME editou a Instrução Normativa SEGES/ME nº 67, de 8 de julho de 2021, que dispõe sobre a dispensa de licitação na forma eletrônica e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

Joel de Menezes Niebuhr, ao abordar o tema ,escreveu:

Reforça-se, diante do conjunto das considerações acerca do artigo 4º da Instrução Normativa n. 67/2021, que a dispensa de licitação eletrônica não é de uso meramente facultativo, pelo menos não é para a Administração Pública Federal, em linha um tanto diversa do preceituado no § 3º do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021, cujo texto assinala que ela deve ser empregada preferencialmente. Dito de outro modo, o artigo 4º da Instrução Normativa n. 67/2021 fez obrigatório o que o § 3º do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 qualificou como meramente preferencial. Não há ilegalidade nisso, porque é legítimo que a Administração Pública, por sua vontade, como é o caso, se obrigue a algo que o legislador determinou ser preferencial, é legítimo fazer mais do que lhe foi prescrito. Só haveria ofensa à legalidade se a Administração Pública fizesse menos, não desse a devida preferência à dispensa de licitação eletrônica, o que não ocorreu, bem ao contrário (Niebuhr, 2021).

Identificar se a regulamentação é uma demanda da própria Lei n. 14.133, de 2021, ou se é fruto da discricionariedade do regulador com propósito de afinar a execução da lei, tem importância na medida em que influi na fundamentação e hipótese dos casos de dispensa.

Inicialmente, registra-se que, por intermédio da Lei de Acesso à Informação, foi solicitado ao Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos informações acerca da realização de Análise de Impacto Regulatório das regulamentações da Lei n. 14.133, de 2021, editadas no âmbito da SEGES/MGI.



Escola Nacional de Administração Pública

O pedido de acesso à informação foi submetido via plataforma FalaBR⁵ com os seguintes questionamentos:

A SEGES realiza ou realizou AIR quando regulamenta artigos da nova lei de licitações e contratos?

Se a resposta for positiva, solicito informar em quais processos administrativos.

Se a resposta for negativa, solicito informar quais justificativas são utilizadas para a dispensa.

O Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos respondeu o questionamento da seguinte forma:

Senhor(a), O Serviço de Informações ao Cidadão do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos – MGI agradece o seu contato.

Em atenção à sua solicitação, informa-se que todos os atos regulamentares da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, a "Lei de Licitações e Contratos Administrativos", propostos ou editados por Secretaria de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos (Seges-MGI), órgão central do Sistema de Serviços Gerais (Sisg), enquadram-se nas hipóteses de não realização e dispensa da análise de impacto regulatório (AIR) previstas no Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, que "regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019". Nos termos do § 3º do art. 1º do Decreto nº 10.411, de 2020, "o disposto neste Decreto não se aplica às propostas de edição de decreto". No que tange à edição de atos de competência do Secretário de Gestão e Inovação, consoante estabelecido no art. 4º do referido Decreto, a realização da AIR fica dispensada por ser "ato normativo destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias". As justificativas da não aplicação da AIR e das dispensas de sua realização encontram-se postas em todas as Notas Técnicas para Atos Normativos que acompanham as respectivas propostas, conforme regulamenta o § 1º do art. 4º do Decreto nº 10.411, de 2020, as quais, por força do § 3º do art. 4º do mesmo normativo, são disponibilizadas no Portal deste MGI, através do link <https://www.gov.br/mdic/pt-br/assuntos/air> na opção 'Dispensas de AIR> Ministério da Economia (2019-2022)> Sec. Esp. De Desburocratização, Gestão e Governo Digital> Secretaria de Gestão'. Atenciosamente,

Conforme informado na resposta do MGI, o Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços (MDIC) publica, em seu sítio eletrônico, os relatórios de AIR e as notas técnicas de dispensa de AIR do Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos.

Constam publicadas no sítio do MDIC trinta Notas Técnicas para Atos Normativos. No quadro abaixo, foram correlacionadas as Instruções Normativas editadas para regulamentar a Nova Lei de Licitações e Contratos e as respectivas Notas Técnicas para Atos Normativos. Registra-se que nem todas as instruções normativas têm as notas técnicas publicadas no sítio do MDIC.

⁵ <https://falabr.cgu.gov.br/web/home>



Tabela 3 – Lista de normas por assunto e a respectiva nota técnica e fundamento para dispensa de AIR.		
Assunto	Nota Técnica	Norma
INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 65, DE 7 DE JULHO DE 2021 Dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.	Nota Técnica para Atos Normativos nº 227/2021/ME	Art. 4º, inciso II
INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 67, DE 8 DE JULHO DE 2021 Dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, de que trata a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.	Nota Técnica para Atos Normativos nº 279/2021/ME	Art. 4º, inciso IV
INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 116, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2021 Estabelece procedimentos para a participação de pessoa física nas contratações públicas de que trata a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.	Nota Técnica para Atos Normativos nº 509/2021/ME	Art. 4º, inciso IV
INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 26, DE 13 DE ABRIL DE 2021 Dispõe sobre a dispensa, o parcelamento, a compensação e a suspensão de cobrança de débito resultante de multa administrativa e/ou indenizações, previstas na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, não inscritas em dívida ativa.	Nota Técnica para Atos Normativos nº 294/2021/ME	Art. 4º, inciso II
INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 58, DE 8 DE AGOSTO DE 2022 Dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares - ETP, para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema ETP digital.	Nota Técnica para Atos Normativos nº 298/2021/ME	Art. 4º, inciso II



Tabela 3 – Lista de normas por assunto e a respectiva nota técnica e fundamento para dispensa de AIR.		
Assunto	Nota Técnica	Norma
INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 73, DE 30 DE SETEMBRO DE 2022 Dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por menor preço ou maior desconto, na forma eletrônica, para a contratação de bens, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.	Nota Técnica para Atos Normativos nº 584/2021/ME	Art. 4º, inciso II
INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 77, DE 4 DE NOVEMBRO DE 2022 Dispõe sobre a observância da ordem cronológica de pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, prestação de serviços e realização de obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.	Nota Técnica para Atos Normativos nº 267/2021/ME	Art. 4º, inciso II
INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 81, DE 25 DE NOVEMBRO DE 2022 Dispõe sobre a elaboração do Termo de Referência – TR, para a aquisição de bens e a contratação de serviços, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema TR digital.	Nota Técnica para Atos Normativos nº 468/2022/ME	Art. 4º, inciso II
INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 91, DE 16 DE DEZEMBRO DE 2022 Estabelece regras para a definição do valor estimado para a contratação de obras e serviços de engenharia nos processos de licitação e de contratação direta, de que dispõe o § 2º do art. 23 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.	Nota Técnica para Atos Normativos nº 405/2021/ME	Art. 4º, incisos I e II
INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 96, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2022 Dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por maior retorno econômico, na forma eletrônica, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.	Nota Técnica para Atos Normativos nº 260/2022/ME	Art. 4º, inciso II



Tabela 3 – Lista de normas por assunto e a respectiva nota técnica e fundamento para dispensa de AIR.		
Assunto	Nota Técnica	Norma
INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 98, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2022 Estabelece regras e diretrizes para o procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta de que dispõe a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.	--	--
INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 103, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2022 Dispõe sobre os procedimentos de seleção de imóveis para locação no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.	Nota Técnica para Atos Normativos nº 427/2022/ME	Art. 4º, inciso II
INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/MGI Nº 2, DE 7 DE FEVEREIRO DE 2023 Dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por técnica e preço, na forma eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.	--	--
INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/MGI Nº 11, DE 29 DE MARÇO DE 2023 Estabelece condições para o pagamento das despesas com compra de bens e prestação de serviços, de que dispõe o inciso I do art. 40 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e para o regime de adiantamento, por suprimento de fundos, de que tratam os arts. 45, 46 e 47 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.	Nota Técnica para Atos Normativos nº 97/2023/MGI	Art. 4º, incisos I e II
INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/MGI Nº 12, DE 31 DE MARÇO DE 2023 Dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico, na forma eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.	Nota Técnica para Atos Normativos nº 136/2023/MGI	Art. 4º, inciso II



Tabela 3 – Lista de normas por assunto e a respectiva nota técnica e fundamento para dispensa de AIR.		
Assunto	Nota Técnica	Norma
INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/MGI Nº 53, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2023 Autoriza a utilização do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicaf para apresentação de documentação equivalente por empresas estrangeiras que não funcionem no País, com fins a habilitação em licitação, dispensa, inexigibilidade e nos contratos administrativos de acordo com o que dispõe o parágrafo único do art. 70 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.	--	--

Verificando as Notas Técnicas para Atos Normativos da SEGES/MGI publicadas, identificamos que foram utilizadas as seguintes hipóteses: urgência; ato normativo destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias; e ato normativo que vise à atualização ou à revogação de normas consideradas obsoletas, sem alteração de mérito (respectivamente, incisos I, II e IV do art. 4º do Decreto n. 10.411, de 2020).

Observou-se, também, o mesmo padrão para justificar a dispensa de AIR, qual seja, a citação do Decreto n. 10.411, de 2020, a cópia do conceito de AIR previsto no documento “Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise Impacto Regulatório”, seguido da citação direta do art. 4º e do inciso que entendem ser aplicável.

7. Por oportuno, cabe indicar, quanto à análise de impacto regulatório (AIR) - "*processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos*"¹, de que trata do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, que "*regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019*", que propositura em epígrafe poderá ser dispensada, nos termos do seu art. 4º, haja vista enquadrar-se na hipótese de "*ato normativo destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias*".

Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020

"Art. 4º A AIR poderá ser dispensada, desde que haja decisão fundamentada do órgão ou da entidade competente, nas hipóteses de:

I - urgência;



II - ato normativo destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias;

III - ato normativo considerado de baixo impacto; IV - ato normativo que vise à atualização ou à revogação de normas consideradas obsoletas, sem alteração de mérito; (...)" (Grifou-se) (Brasil, 2021) Grifos Originais.

O art. 4º do Decreto n. 10.411, de 2020, afirma que a dispensa de AIR está condicionada a decisão fundamentada do órgão. A fundamentação de uma decisão consiste na exposição clara e precisa dos motivos de fato e de direito com os quais a Administração Pública se baseou, ou seja, é a conjunção da justificativa legal e fática do ato, demonstrando a sua legitimidade e razoabilidade.

Lembrando que o art. 50, caput e §1º, da Lei n. 9.784, de 1999, afirma que atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, e a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato (Brasil, 1999). Sobre a fundamentação, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REMOÇÃO EX OFFICIO DE POLICIAL MILITAR. SEGURANÇA CONCEDIDA NA ORIGEM, POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO IMPUGNADO. INVIABILIDADE DE MOTIVAÇÃO POSTERIOR, SOB PENA DE ESVAZIAMENTO DAS GARANTIAS DO SERVIDOR E DO ADMINISTRADO EM GERAL. AGRAVO INTERNO DO ENTE ESTADUAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(..)

3. O princípio da motivação regula a condução dos atos administrativos que negam, limitam ou afetam direitos e interesses do administrado. É certo que o ato administrativo, para que seja válido, deve observar, entre outros, o princípio da impessoalidade, da licitude e da publicidade. Estes três pilares do Direito Administrativo fundem-se na chamada motivação dos atos administrativos, que é o conjunto das razões fáticas ou jurídicas determinantes da expedição do ato.

4. O motivo do ato administrativo é pressuposto de fato e de direito, servindo-lhe de fundamento objetivo. Não se confunde, contudo, com a motivação, que é o dever de exposição dos motivos, a demonstração de que os pressupostos de fato e de direito realmente existiram no caso concreto. A motivação, nos atos administrativos, é obrigatória e irrecusável, não existindo, neste ponto, discricionariedade alguma por parte da Administração.

(...)

6. Não se harmoniza com o princípio republicano e democrático que rege o ordenamento jurídico brasileiro atribuir à Administração o livre alvedrio para agir ao seu exclusivo talante, sem levar em conta as necessárias correlações subjetivas com os indivíduos e os cidadãos; o controle de legalidade, no Estado Democrático de Direito, não se exaure na simples e linear observância de formas e formulários, devendo focar a sua energia sobre os motivos e sobre a motivação dos atos administrativos.

(...)



[AgInt no AgInt no EAREsp 1108757 – PI, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, de 03/12/2020]

A ausência de fundamentação expõe incongruências na hora de aplicação do dispositivo que autoriza a dispensa, como pode ser observado na Nota Técnica para Atos Normativos SEI nº 279/2021/ME, que trata da minuta de Instrução Normativa que dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

O dispositivo utilizado foi inciso IV do art. 4^a do Decreto 10.411, de 2020, segundo o qual a AIR poderá ser dispensada na hipótese de ato normativo que vise à atualização ou à revogação de normas consideradas obsoletas, sem alteração de mérito. O comando da norma é claro, aplica-se para atualização ou revogação de norma obsoleta. No entanto, foi utilizado para dispensar AIR de ato normativo que visava regulamentar a Nova Lei de Licitações e Contratos, que tinha entrado em vigor havia dois meses.

Questão semelhante ocorre na constante utilização do inciso II do art. 4^o do decreto, que permite a dispensa de AIR no caso de ato normativo ter como destino disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias.

O termo "diferentes alternativas regulatórias" se refere a abordagens diferentes que podem ser adotadas para alcançar determinado objetivo regulatório, ou seja, diferentes maneiras de intervir em um setor ou atividade para alcançar os resultados desejados. Inclusive, o Guia para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório do extinto Ministério da Economia ensina que é importante que se considere as opções de **não** ação, em outras palavras, a alternativa de não criação de uma regulação, ou, então, diferentes alternativas de soluções normativas (Brasil, 2021).

Acrescenta-se que a questão ganha maior relevância nos casos em que edição do ato normativo decorre do poder regulamentar do órgão, e não de uma exigência legal, uma vez que a autoridade competente tem dever de motivar o ato administrativo de forma mais robusta em respeito aos princípios da Administração Pública.

O ordenamento jurídico não pode ser analisado e interpretado de forma apartada. Por essas razões, fazendo interpretação sistêmica do art. 2º do Decreto n. 9.830, de 2019, que regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 da Lei de Introdução às normas do Direito



brasileiro, com o art. 4º do Decreto n. 10.411, de 2020, considera-se que as decisões de dispensa de AIR deverão ser motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos; que a motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa; que a motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram; e que a motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.

Portanto, vê-se que, apesar de o Decreto n. 10.411, de 2020 facultar à autoridade administrativa competente a dispensa nas hipóteses elencadas no art. 4º, ao usar o verbo “poderá”, os benefícios da AIR para processo de regulação são numerosos e a SEGES/MGI deveria adotar o instrumento visando a melhorar a qualidade do seu processo regulatório, definindo, de forma mais adequada, o problema regulatório e a alternativas regulatórias. No entanto, é essencial que as notas técnicas de dispensa sejam devidamente fundamentadas, uma vez que é exigência do Decreto e um pilar do Estado Democrático de Direito.

Portanto, a dispensa de AIR sem a devida fundamentação não só pode comprometer a qualidade da regulamentação, como fere princípios da Administração Pública.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo fez um levantamento das competências do Executivo Federal, para regulamentar artigos da Nova Lei de Licitações e Contratos, bem como de informações, por meio da Lei de Acesso à Informação, da realização de Análise de Impacto Regulatório pela SEGES/MGI. Demonstrou-se que a SEGES/MGI não realiza Análise de Impacto Regulatório das Instruções Normativas que regulamentam artigos da Nova Lei de Licitações e Contratos, assim como justifica as dispensas de AIR em suas notas técnicas, quase em sua totalidade, com fundamento no art. 4º, inciso II, do Decreto n. 10.411, de 2020.



No primeiro momento, verificou-se que o Poder regulamentar do Executivo e sua competência privativa para expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução, e as competências dos Ministros de Estado para expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos.

Posteriormente, analisamos a estrutura regimental do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos e da Secretaria de Gestão e Inovação para propor políticas, planejar, coordenar, supervisionar e normatizar as atividades relativas à gestão sustentável de materiais, de obras e serviços, de transportes, de licitações e contratações da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

No segundo momento, analisamos o art. 5º da Lei de Liberdade Econômica e conceituamos os atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados como aqueles editados visando disciplinar determinada matéria, suprir uma necessidade, dar execução a leis, decretos ou outras espécies normativas e que tenham como efeito a criação ou modificação de padrões e comportamentos e influência nos direitos e obrigações de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados.

No terceiro momento, analisamos o Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, e os conceitos de AIR, tanto do Decreto quanto o dado pela OCDE, e sua importância para a melhoria da qualidade regulatória.

Por intermédio da Lei de Acesso à Informação identificamos que foram regulamentados por meio de instruções normativas da SEGES/MG quinze artigos da Nova Lei de Licitações e Contratos.

Com os dados obtidos via Lei de Acesso à Informação foi possível concluir que a SEGES/MGI não realiza análise de impacto regulatório quando edita normas que regulamentam a execução da Nova Lei de Licitações e Contratos.

Dessa forma, passou-se a verificar as Notas Técnicas para Atos Normativos da SEGES/MGI publicadas nos sítios governamentais e identificamos um padrão tanto nas hipóteses de dispensa utilizadas, quanto nas justificativas, cuja fundamentação para dispensa de AIR não contempla as prescrições do Decreto n. 9.830, de 2019, ou seja, deveriam ser motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos; conter os fundamentos e apresentar a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa; indicar as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência



ou a doutrina que a embasaram; ou ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.

Entretanto, conclui-se que a SEGES/MGI deveria adotar a prática de realizar AIR mesmo nos casos de dispensa, uma vez que o objetivo primordial da análise de impacto regulatório é a melhora da qualidade do processo regulatório. Por sua vez, nos casos claros de dispensa, a SEGES/MGI deveria fundamentar de forma robusta suas notas técnicas de dispensa de AIR, uma vez que é exigência do Decreto e um pilar do Estado Democrático de Direito.

Importante registrar que este artigo teve como objeto de estudo estritamente as instruções normativas editadas pela SEGES/MGI que regulamentam a Nova Lei de Licitações e Contratos, não se debruçando sobre outras normas, por exemplo portarias, bem como analisou somente as Notas Técnicas de dispensa de AIR publicadas no sítio do MDIC, ou seja, para maiores resultados seria necessário o aprofundamento da pesquisa com as demais normas, a obtenção de outras notas técnicas que porventura não esteja publicadas.

Considerando que a Lei de Liberdade Econômica é de caráter nacional, eventualmente, pode-se investigar a perspectiva dos entes da federação, com foco nos grandes compradores.

Ademais, merece destaque o fato de a SEGES/MGI incentivar a participação ativa da sociedade através de mecanismos como consultas públicas na plataforma Participa + Brasil. Esse espaço garante maior transparência e legitimidade para as normas regulatórias, pois permite a expressão das demandas e preocupações de diversos grupos de interesse.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS



Escola Nacional de Administração Pública

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: DF, 1988.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 de abr. de 2024.

BRASIL. Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113874.htm. Acesso: em 21 de abr. de 2024.

BRASIL. Lei n. 14.600, de 19 de junho de 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14600.htm. Acesso em: 21 de abr. de 2024.

BRASIL. Lei n. 14.133, de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 21 de abr. de 2024.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 19 de janeiro de 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em 21 de abr. de 2024.

BRASIL. Decreto n. 10.411, de 30 de junho de 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm. Acesso em: 21 de abr. de 2024.

BRASIL. Decreto n. 11.437, de 17 de março de 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11437.htm. Acesso em: 21 de abr. de 2024.

BRASIL. Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório. Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view. Acesso em: 21 de abr. de 2024.

BRASIL, EMI n. 00083/2019 ME AGU MJSP. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf. Acesso em: 22 de abr. de 2024.



Escola Nacional de Administração Pública

BRASIL. Guia para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/aceso-a-informacao/analise-air-e-arr/guia-para-elaboracao-de-air-2021.pdf>. Acesso em: 22 de abr. de 2024.

BRASIL. Nota Técnica para Atos Normativos SEI nº 294/2021/ME. Disponível em: <https://www.gov.br/mdic/pt-br/assuntos/air/dispensas-de-air/ministerio-da-economia-2019-2022/sedgg/12.NTANINSTRUONORMATIVASEGESN26DE13DEABRILDE2022.pdf>. Acesso em: 21 de abr. de 2024.

BRASIL. Parecer n. 00261/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/77367/1/Parecer_261_2023_CONJUR_CGU_AGU.pdf. Acesso em: 21 de abr. de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.218, Relator Min. Luiz Fux, DJE de 19-2-2013.

BRASIL. Conselho Administrativo da Defesa Econômica. Guia para Elaboração de Atos Normativos e Comunicação Oficial. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais-administrativos-e-procedimentais/Guia-para-a-elaboracao-de-atos-normativos.pdf>. Acesso em: 22 de abr. de 2024.

BRASIL. Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Perguntas Frequentes. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/governanca/producao-normativa-e-analise-de-impacto-regulatorio/perguntas-frequentes>. Acesso em: 21 de abr. de 2024.

BRASIL, Tribunal de Contas da União, Acórdão 2325/2022, Sessão de 19/10/2022. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 23 de abr. de 2024.

BRASIL. Lista de atos normativos e estágios de regulamentação da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/lista-de-atos-normativos-e-estagios-de-regulamentacao-da-lei-14133-de-2021.pdf>. Acesso em: 21 de abr. de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Agravo Interno no Recurso Especial n. 1108757 – PI, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, de 03/12/2020. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 21 de abr. de 2024.



Escola Nacional de Administração Pública

NIEBUHR, Joel de Menezes. A dispensa de licitação eletrônica é modalidade de licitação disfarçada. Disponível em: <https://www.mnadvocacia.com.br/a-dispensa-de-licitacao-eletronica-e-modalidade-de-licitacao-disfarcada/>. Acesso em: 22 de abr. de 2024.

NOHARA, Irene Patrícia. Análise de Impacto Regulatório. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/analise-de-impacto-regulatorio/>. Acesso em: 21 de abr. de 2024.

Organisation for Economic Co-operation and Development, Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence, OECD Reviews of Regulatory Reform, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264067110-en..> Acesso em: 21 de abr. de 2024.

SPITZCOVSKY, Celso. Direito Administrativo Esquematizado. 2024. São Paulo: SaraivaJur.