

ASPECTOS PRÁTICOS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Organizadores: Marilene Carneiro Matos, Felipe Dalenogare Alves e Rafael Amorim de Amorim

André Jansen do Nascimento, Antonio Augusto Junho Anastasia, Benjamin Zymler, Caroline Maria Vieira Lacerda, Christianne de Carvalho Stroppa, Cristiana Fortini, Edgar Guimarães, Fabiane Aragão Dourado, Fabrício Helder Mareco Magalhães, Francisco Sérgio Maia Alves, Geraldo Leite, Héloísa Helena Antonacio Monteiro Godinho, José Eduardo Martins Cardozo, Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva, Leonardo César de Carvalho Ladeira, Manoel Castelo Branco, Murilo Jacoby Fernandes, Pedro Garrido da Costa Lima, Renato Fenili, Tatiana Camarão, Wellington Cícero Antunes do Nascimento



edições câmara

Câmara dos Deputados

57ª Legislatura | 2023-2027

Presidente

Arthur Lira

1º Vice-Presidente

Marcos Pereira

2º Vice-Presidente

Sóstenes Cavalcante

1º Secretário

Luciano Bivar

2ª Secretária

Maria do Rosário

3º Secretário

Júlio Cesar

4º Secretário

Lucio Mosquini

Suplentes de secretários

1º Suplente

Gilberto Nascimento

2º Suplente

Pompeo de Mattos

3º Suplente

Beto Pereira

4º Suplente

André Ferreira

Secretário-Geral da Mesa

Lucas Ribeiro Almeida Júnior

Diretor-Geral

Celso de Barros Correia Neto

Conselho Técnico-Editorial da Câmara dos Deputados

Portaria n. 119/2024

Titulares

Ana Lígia Mendes (presidente)

Fabiana Mircia Silva Amaral

José Theodoro Mascarenhas Menck

Mariana Barros Barreiras

Natália Morato Camargos

Suplentes

Jorge Paulo de França Junior

Liany Tavares Tadaiesky

Luciana da Silva Teixeira

Valéria Santos Paiva Dias Lima

Walter Santos Magalhães Neto



Câmara dos
Deputados

Aspectos práticos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

**Marilene Carneiros Matos
Felipe Dalenogare Alves
Rafael Amorim de Amorim
(organizadores)**

Brasília, 2024



Câmara dos Deputados

Diretoria-Geral: Celso de Barros Correia Neto

Consultoria-Geral: Wagner Primo Figueiredo Júnior

Consultoria Legislativa: Aurelio Guimarães Cruvinel e Palos

Centro de Documentação e Informação: João Luiz Pereira Marciano

Coordenação Edições Câmara: Ana Lígia Mendes

Edição: Izadora Matos e Luisa Souto

Preparação de originais e revisão: Seção de Revisão

Projeto gráfico: Giselle Sousa e Luiz Eduardo Maklouf

Capa e diagramação: Fabrizia Posada

Linha Estudos e Debates.

2024, 1ª edição.

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)

Coordenação de Biblioteca. Seção de Catalogação.

Bibliotecária: Débora Machado de Toledo – CRB1: 1303

Aspectos práticos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos [recurso eletrônico] / Marilene Carneiros Matos, Felipe Dalenogare Alves, Rafael Amorim de Amorim (organizadores). – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2024.

Versão e-book.

Modo de acesso: livraria.camara.leg.br

Disponível, também, em formato impresso

ISBN 978-85-402-1042-4

1. Brasil. Lei de licitações e contratos (2021). 2. Licitação, legislação, Brasil, coletânea. 3. Contratação pública, Brasil. 4. Contrato administrativo, Brasil. I. Matos, Marilene Carneiros. II. Alves, Felipe Dalenogare. III. Amorim, Rafael Amorim de.

CDU 351.712(81)

ISBN 978-85-402-1041-7 (papel)

ISBN 978-85-402-1042-4 (e-book)

Direitos reservados e protegidos pela Lei n. 9.610, de 19/2/1998.

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer meio sem prévia autorização da Edições Câmara, exceto nos casos de breves citações, desde que indicada a fonte.

Câmara dos Deputados

Centro de Documentação e Informação – Cedi

Coordenação Edições Câmara – Coedi

Palácio do Congresso Nacional – Anexo 2 – Térreo

Praça dos Três Poderes – Brasília (DF) – CEP 70160-900

Telefone: (61) 3216-5833

livraria.camara.leg.br

Sumário

Apresentação	7
Arthur Lira	
Prefácio	9
Félix Mendonça Júnior	
Nota dos organizadores	13
Marilene Carneiro Matos	
Felipe Dalenogare Alves	
Rafael Amorim de Amorim	
Poder de contratações estatal e desenvolvimento nacional	23
Rafael Amorim de Amorim	
Pedro Garrido da Costa Lima	
A governança da transição à nova lei de licitações: construção de modelo teórico	59
Renato Fenili	
Definições de obras e serviços de engenharia trazidas pela Lei n. 14.133/2021: construindo um entendimento necessário	75
Fabício Helder Mareco Magalhães	
Diálogo competitivo: as experiências estrangeiras e a aplicação do diálogo competitivo no Brasil	93
José Eduardo Martins Cardozo	
Caroline Maria Vieira Lacerda	
Exequibilidade de propostas e a competência da administração para aferir a regularidade do regime tributário de licitante: o caso da desoneração da folha de pagamentos	111
Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva	
Artefatos de planejamento	121
Tatiana Camarão	
Extinção do processo licitatório	137
Edgar Guimarães	

Os modos de disputa e seus desafios na Lei n. 14.133/2021	153
Murilo Jacoby Fernandes	
Dispute boards na lei de licitações e contratos administrativos	169
Antonio Augusto Junho Anastasia	
O comitê de resolução de disputas e sua utilização nos contratos administrativos	187
André Jansen do Nascimento	
Fiscalização e gestão de contratos na administração pública	205
Christianne de Carvalho Stroppa Cristiana Fortini Heloísa Helena Antonacio Monteiro Godinho	
Obras públicas paralisadas no Brasil: potencialidades da Lei n. 14.133/2021	223
Wellington Cícero Antunes do Nascimento	
O credenciamento na Lei n. 14.133/2021: práticas (no passado) que inspiraram a norma (do presente) e a norma (do presente) que possibilita práticas (no futuro)	241
Felipe Dalenogare Alves	
Contratações por inexigibilidade de licitação – um panorama traçado à luz da Lei n. 14.133/2021	263
Fabiane Aragão Dourado	
A dispensa por baixo valor à luz dos standards da Lei n. 14.133/2021 ...	281
Marilene Carneiro Matos Leonardo César de Carvalho Ladeira	
Os pontos de convergência entre a Lei n. 14.133/2021 e a LINDB	297
Benjamin Zymler Francisco Sérgio Maia Alves	
A reinvenção do controle interno em matéria de licitações e contratos: parâmetros constitucionais de observância e aspectos de governança interna	319
Geraldo Leite Manoel Castelo Branco	

Apresentação

A Câmara dos Deputados tem a satisfação de entregar ao público o livro *Aspectos Práticos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, que reúne artigos de pesquisadores e especialistas na matéria.

Os textos agora publicados acrescentam novas reflexões à publicação anterior sobre o mesmo tema – *Nova Lei de Licitações e Contratos: Lei n. 14.133/2021, debates, perspectivas e desafios* –, editada também pela Edições Câmara, em 2023.

Os dois volumes seguem a linha editorial Estudos e Debates, que pretende ampliar o acesso a análises sobre matérias em discussão no Parlamento, de forma a divulgar para a sociedade a perspectiva do Legislativo sobre questões relevantes para a compreensão do Brasil contemporâneo.

Nesta publicação, o leitor irá encontrar investigações em duas linhas de abordagem. Na primeira, discute-se as contratações públicas como ferramenta para estimular a economia e sua importância na definição de políticas de desenvolvimento econômico. Na segunda abordagem, as contratações públicas são analisadas em detalhe, nos seus vários aspectos técnicos, como instrumento para obter, de forma eficiente, célere e íntegra, bens e serviços úteis ao funcionamento do Estado e também necessários à implementação de políticas públicas.

Num momento em que a gestão da máquina estatal e a escassez de recursos públicos ganham evidência em todos os países, nada mais oportuno do que aprofundar análises sobre o universo das contratações públicas, feitas de forma clara e objetiva pelos organizadores e autores dos textos que compõem este livro.

A abrangência e a qualidade dos trabalhos aqui publicados serão de grande valia a todos que se interessam pelo tema, que é uma das preocupações mais relevantes dos parlamentos do mundo inteiro, sobretudo por representarem volume significativo das despesas públicas.

Mais uma vez, a Câmara dos Deputados cumpre sua missão institucional ao contribuir para a divulgação de debates e de reflexões sobre temas que não apenas dizem respeito ao trabalho legiferante, mas são de interesse de toda a sociedade.

Brasília, novembro de 2024.

Arthur Lira

Presidente da Câmara dos Deputados

Prefácio

É com grande honra e contentamento que apresento este livro coletivo sobre a atual Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021), um marco na modernização das contratações públicas em nosso país. A nova legislação, fruto de anos de debates e estudos intensos, reflete o compromisso do Congresso Nacional com a transparência, a eficiência e a integridade na gestão dos recursos públicos. Sou um dos artífices desse monumento legislativo, motivo de orgulho na minha trajetória política.

Como parlamentar diretamente envolvido na elaboração e na aprovação dessa norma, testemunhei de perto o esforço conjunto de diversos atores: juristas, gestores públicos, parlamentares e representantes da sociedade civil, todos imbuídos de um propósito comum – aprimorar o processo licitatório e promover uma administração pública mais ágil, justa e capaz de atender às demandas da sociedade. A elaboração dessa lei demandou, do corpo legislativo, esforço considerável no sentido de assegurar o imprescindível equilíbrio entre valores distintos como eficiência, inovação, qualidade dos bens e serviços contratados ante a obrigação de se assegurar a integridade dos procedimentos e, sobretudo, o respeito à legalidade.

A Lei n. 14.133/2021 representa uma resposta às novas exigências do cenário econômico e social, incorporando inovações tecnológicas e práticas internacionais que colocam o Brasil em consonância com os mais elevados padrões de governança pública. Esse novo marco legal não apenas substitui normas anteriores como também propõe uma visão integrada e contemporânea das licitações e dos contratos, equilibrando a necessidade de controle com a agilidade requerida pelas políticas públicas.

A norma em comento instituiu a obrigatoriedade de governança e o planejamento das contratações públicas, grandes entraves observados na seara das licitações no país, que se intentou solucionar. Enquanto a Lei n. 8.666/1993 tinha como foco de seus dispositivos a fase externa ou competitiva dos certames, a Lei n. 14.133/2021 visa tornar obrigatória a instituição, por todos os entes da administração pública no Brasil, de estruturas e procedimentos relativos à fase interna das contratações públicas. Dessa forma, busca-se garantir o sucesso dos objetivos por meio de seleção

de proposta que gere o melhor resultado de contratação, assegurar a isonomia entre os licitantes e a justa competição, impedir contratos superfaturados ou com sobrepreço, além de estimular a inovação e o desenvolvimento sustentável.

Outro aspecto objeto de minha particular atenção na ocasião da elaboração da norma recaiu sobre obras paralisadas, que impactam negativamente no erário e causam desgastes à imagem do país por sinalizar ao investidor – e à população – falta de governança e de eficiência do estado. Nesse sentido, o seguro-garantia (com possibilidade de retomada) tratado na Lei n. 14.133/2021 visa incrementar a segurança e evitar a interrupção de obras, problema crônico no Brasil.

Por importar em alteração da lógica nas contratações públicas, a efetiva implementação da Lei n. 14.133/2021 constitui desafio significativo à administração pública. Este livro surge como uma obra fundamental àqueles que desejam compreender profundamente as implicações da nova legislação. Ao reunir contribuições de especialistas renomados, a obra oferece análise crítica e detalhada dos principais aspectos da lei e apresenta novidades, estímulos e oportunidades essenciais ao futuro da gestão pública brasileira.

Destaca-se o louvável empenho dos organizadores e servidores desta casa Marilene Carneiro Matos e Rafael Amorim de Amorim e do Professor Felipe Dalenogare Alves, que conseguiram, mais uma vez, congregam diversas perspectivas distintas acerca desse tema. O livro tem o mérito de trazer capítulos elaborados pelos ministros Antonio Anastasia e Benjamin Zymler, representantes do Tribunal de Contas da União, por agentes públicos especializados, por professores renomados e por advogados atuantes na seara de contratações. É justamente essa diversidade de visões que torna essa obra única, leitura obrigatória para os diversos segmentos, públicos e privados, relacionados às contratações públicas no Brasil.

Neste ano, a Lei n. 14.133/2021 se tornou efetivamente de aplicação obrigatória. Assim, faz-se premente a discussão e o aprofundamento das reflexões acerca de suas disposições, para que surtam os efeitos práticos almejados pelo corpo profissional desta casa, justificando os esforços de elaboração e de concatenação dos mais variados pensamentos envolvidos num complexo e de importante envergadura processo legislativo. A obra atenta não apenas para os dispositivos que compõem a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, mas

também para os impactos almejados em termos de integridade e de eficiência dos procedimentos de contratação.

Desejo uma leitura enriquecedora e que este livro possa contribuir para o fortalecimento das práticas de licitação e contratação, ao promover um ambiente de negócios mais seguro e eficiente e, principalmente, ao garantir que o interesse público seja sempre o norte das ações governamentais, em todos os níveis da federação.

Brasília, novembro de 2024.

Félix Mendonça Júnior

Deputado federal

Nota dos organizadores

A publicação de uma obra coletiva pela editora da Câmara dos Deputados, reunindo capítulos escritos por renomados estudiosos sobre a Lei n. 14.133/2021, tem relevância tanto à Administração Pública quanto à sociedade brasileira.

Este compêndio proporciona uma análise detalhada e multidisciplinar de distintos institutos compreendidos na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA), oferecendo subsídios técnicos e doutrinários essenciais a sua interpretação e aplicação. Ao proporcionar uma compreensão mais aprofundada do diploma legal, este livro contribui à capacitação dos agentes públicos, do mercado fornecedor e da sociedade como um todo, promovendo a melhoria na gestão dos recursos públicos e a eficiência nos processos licitatórios.

Aos agentes públicos, esta obra demonstra-se crucial na medida em que oferece uma visão abrangente e multisetorial, do macro e do micro processo de contratação, com o estudo das principais mudanças legislativas trazidas pela Lei n. 14.133/2021. Ao reunir a *expertise* de diversos doutrinadores, o livro proporciona visões fundamentadas e orientações práticas que auxiliam os agentes no cotidiano das contratações públicas. Isso a torna relevante para evitar erros, promover a eficiência administrativa e garantir que os processos licitatórios sejam conduzidos de forma transparente e em conformidade com a lei.

Este livro também se torna vital ao mercado fornecedor de bens, serviços e obras à administração pública, uma vez que oferece uma compreensão aprofundada das novas regras, princípios e procedimentos estabelecidos pela Lei n. 14.133/2021. Com a análise de temas relevantes por especialistas da área, a obra propiciará que fornecedores se adaptem às exigências legais, otimizem suas propostas e a participem de forma competitiva e íntegra nas licitações públicas. Além disso, o conhecimento detalhado das normas contribui para a redução de riscos jurídicos e comerciais e fortalece a relação de confiança entre o mercado e o setor público.

Para a sociedade, a disseminação de conhecimento qualificado sobre a Lei n. 14.133/2021 é fundamental, pois fomenta a transparência, a integridade e a participação cidadã nos processos de contratações públicas. A obra coletiva

torna-se uma ferramenta valiosa para pesquisadores, advogados, gestores públicos e cidadãos e amplia o debate acadêmico e prático sobre a implementação da LLCA. Além disso, ao ser publicada por uma instituição de grande credibilidade como a Câmara dos Deputados, a obra ganha legitimidade, ao contribuir para a construção de uma cultura jurídica sólida e informada, que favorece a construção de práticas administrativas íntegras e eficientes no país.

Para tanto, no capítulo inaugural, o organizador Rafael Amorim de Amorim e Pedro Garrido da Costa Lima, trabalham o poder de contratações estatal e o desenvolvimento nacional. Nesse capítulo, são abordadas temáticas como o montante de recursos públicos despendidos pela administração pública às contratações, passando pelo estudo acerca dos objetivos do processo licitatório e a evolução do poder estatal de contratações na legislação brasileira. Os autores concluem, dentre outros aspectos, que se deve ir além da visão tradicional das contratações públicas como simples tarefas burocráticas, ao se compreender que os países despendem recursos públicos significativos em contratações estatais essenciais para prover bens e serviços necessários à consecução das funções públicas. Ademais, o Estado também pode utilizar suas contratações como ferramenta estratégica para implementação de políticas públicas com potencial de estimular o desenvolvimento nacional e para alcance de outros objetivos.

O segundo capítulo, elaborado por Renato Fenili, trata da governança da transição à nova lei de licitações e da necessária construção de um modelo teórico. O autor se debruça à investigação de aspectos como a problemática de se gerir uma transição de tamanho vulto, bem como ao que deve ser considerado, no contexto organizacional, como o propósito de viabilização dessa transição entre os regimes. Para o atendimento do propósito de transição, é proposto um modelo organizacional que engloba aspectos como regulamentação, gestão de pessoas e de processos, formação de estrutura subjacente ao processo de contratação, implementação de processos de tecnologia da informação e de comunicação e gestão de *stakeholders*. Fenili conclui seus estudos afirmando que o capítulo se propõe esclarecer importantes aspectos sobre a transição entre os regimes licitatórios, sob o prisma da gestão (perspectiva menos desenvolvida em contratações públicas, se cotejada com a jurídica *per si*).

O terceiro capítulo desta obra constrói entendimento acerca das definições de obras e de serviços de engenharia trazidas pela Lei n. 14.133/2021. Para isso, o autor, Fabrício Helder Mareco Magalhães, ao abordar tais conceitos como gê-

neros que comportam as espécies “comum” e “especial”. Em sede conclusiva, aponta-se que a classificação de obras ou de serviços de engenharia, bem como sua natureza comum ou especial, não é tarefa fácil, ante o grau de subjetividade presente nas definições. À vista disso, demandam-se critérios claros e objetivos, que possam minimizar o risco de interpretações equivocadas.

O quarto capítulo expõe o resultado de um estudo desafiador enfrentado por José Eduardo Martins Cardozo e Caroline Maria Vieira Lacerda, a respeito das experiências estrangeiras do diálogo competitivo e sua aplicação no Brasil. Para cumprir o propósito, os autores investigam os modelos europeu e estadunidense, para, em seguida, expor o diálogo competitivo conforme exposto na Lei n. 14.133/2021. Com base na análise, apresentam os principais pontos de interseção e como as experiências vivenciadas pelos países que já o adotaram podem colaborar à aplicação brasileira. Os autores encerram o trabalho apontando, dentre outras conclusões, que essa modalidade licitatória se destina à resolução de demandas complexas por parte da administração e que, apesar da possibilidade de trazer ganhos em eficiência (à medida em que facilita a resolução de necessidades especialmente difíceis), ainda é vista com desconfiança (proveniente da tendência inicial refratária à mudança). Por fim, enfatizam que, embora não seja indene de desvios, o diálogo competitivo apresenta características fundamentais ao desenvolvimento dos sistemas de contratação pública, como a flexibilidade, propícia em cenários de dificuldade técnica, jurídica ou financeira.

Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva presenteia o leitor com o quinto capítulo, o qual encara a temática da exequibilidade das propostas e a competência da administração para aferir a regularidade do regime tributário de licitante, a exemplo da desoneração da folha de pagamentos. O autor enfrenta, inicialmente, a discussão sobre a quem compete aferir a regularidade do regime tributário adotado pelo licitante, para, em um momento posterior, assentar as bases necessárias à aferição do regime tributário da licitante. O autor conclui que a administração, na licitação, tem uma competência condicionada (no momento da habilitação) à aferição da conformidade tributária das empresas, sendo que, a seu ver, uma análise mais ampla pelo órgão ou entidade viola, a um só tempo, sua competência condicionada, a competência fiscalizatória da administração tributária e a competitividade do certame. Assim, a administração pode analisar a correção do regime tributário tão somente a partir da exequibilidade das propostas para fins de qualificação, o que deve ser feito a título de prognóstico, ou

seja, uma avaliação quanto às prováveis consequências do atual estado fático e jurídico da licitante sobre o desenvolver da execução contratual.

O sexto capítulo, elaborado por Tatiana Camarão, trabalha os artefatos de planejamento do processo licitatório. O primeiro instrumento apresentado é o indispensável plano de contratações anual (PCA), o qual reveste-se em importante materialização do planejamento das contratações públicas. Na sequência, a autora trata do documento de oficialização da demanda (DOD), do estudo técnico preliminar (ETP) e do termo de referência (TR). Em suas palavras conclusivas, Camarão afirma que a revogada Lei n. 8.666/1993 foi concebida para combater a corrupção nas contratações públicas, mas não se preocupou com uma das etapas mais importantes para preveni-la: o planejamento. A Lei n. 14.133/2021, por sua vez, representa um passo importante à engrenagem da boa governança, ao destacar o dever dos órgãos e das entidades de promover o melhor planejamento das suas demandas para, assim, evitar-se a repetição dos velhos erros que têm gerado má conduta e desperdício nos processos de contratação pública.

Edgar Guimarães, no sétimo capítulo do livro, estuda a nova sistemática para a extinção do processo licitatório. Para esse fim, enfrenta a temática referente à natureza jurídica da licitação, bem como quais são os sujeitos da relação (jurídica-processual) e o marco inicial da efetiva materialização do processo. Em um segundo momento, o autor analisa cada uma das hipóteses, ordinária (homologação) e extraordinárias (revogação, anulação, fracasso e deserção), de extinção processual. O autor conclui sua pesquisa firmando o entendimento de que a natureza jurídica da licitação é de uma relação jurídica de direito público processual, que se exterioriza e se desenvolve por meio de uma sequência ordenada e sucessiva de atos, que une, de um lado, a administração pública (sujeito ativo), e, de outro, os licitantes (sujeitos passivos). Para Edgar, o processo licitatório estará materializado, efetivamente formado, apenas quando ocorrer a apresentação de propostas e documentos por parte dos interessados em participar do certame, só sendo extinto pela homologação (ordinariamente) ou pelas demais situações extraordinárias.

O oitavo texto deste compêndio é de autoria de Murilo Jacoby Fernandes e analisa os modos de disputa na Lei n. 14.133/2021. O autor inicia seus estudos com a realização de um histórico desses modos na legislação nacional e, em um segundo momento, passa à análise dos procedimentos atinentes a cada um deles (fechado, aberto, combinação entre o aberto e o fechado,

bem como a combinação entre o fechado e o aberto). Após essa abordagem, Murilo apresenta os principais desafios a eles inerentes, como a ausência de parametrização legal, a dificuldade da escolha pelo modo de disputa adequado e a utilização do modo aberto nas licitações de obras e serviços de engenharia. Em sede conclusiva, o autor afirma que os modos de disputa previstos no art. 56 da Lei n. 14.133/2021 não são novidades no ordenamento jurídico, estando previsto, anteriormente, no RDC, na Lei das Estatais e no decreto federal do pregão eletrônico. Dentre os principais desafios, destacam-se a ampla liberdade de regulamentação pelos entes federativos, a ausência de dados científicos sobre as vantagens e as desvantagens de cada um dos modos de disputa e a obrigatoriedade de lances nas licitações de menor preço ou de maior desconto, incluídos os casos de obras e serviços de engenharia.

O ministro Antonio Augusto Junho Anastasia presenteia o leitor com o nono capítulo, abordando os *dispute boards* na lei de licitações e contratos administrativos. No trabalho, o ministro Anastasia estuda importantes temas, a exemplo da conceituação dos *dispute boards*, como comitês de especialistas imparciais que emitem recomendações ou decisões para prevenir ou solucionar controvérsias ocorridas durante a execução de contratos, e explora alguns modelos de regulamentação, com ênfase naqueles elaborados pelos municípios de São Paulo e Belo Horizonte. O destinatário da obra acompanhará, ainda, o quanto a Lei n. 14.133/2021 se reveste de suporte legislativo à implementação desses comitês e possibilita que se consolidem como alternativas à jurisdição. O autor conclui, dentre outros aspectos, que a inclusão legal dos comitês de resolução de disputas na LLCA representa um avanço significativo à redução de disputas judiciais e à promoção de soluções mais ágeis e especializadas em contratações públicas. O Congresso Nacional deve buscar uma regulamentação nacional, mas, enquanto isso não ocorre, a aplicação dos comitês pode ser efetivada por meio de regulamentações infralegais ou, em último caso, pela jurisprudência e por orientações dos órgãos de controle.

O décimo capítulo, elaborado por André Jansen do Nascimento, reforça a importância da utilização dos comitês de resolução de disputas às controvérsias decorrentes dos contratos administrativos. Jansen, por um viés diferente do ministro Anastasia, analisa as espécies de *disputes boards* quanto ao momento de instauração, quanto ao caráter vinculante de suas decisões e quanto à quantidade

de membros. No sistema brasileiro, ao analisar a LLCA, o autor ainda traça importantes critérios à delimitação do objeto do *dispute board* e defende a aplicabilidade da atuação do comitê nos contratos celebrados antes da vigência da Lei n. 14.133/2021. Ao concluir sua investigação, o autor afirma que, após a análise do texto normativo da Lei n. 14.133/2021, é possível constatar que o objeto submetido ao comitê de resolução de disputas está restrito aos direitos patrimoniais disponíveis e que os contratos celebrados na vigência da Lei n. 8.666/1993 têm a possibilidade de ser aditados, a fim de inclusão da eleição pelo *dispute board*, sendo, a escolha dos membros do conselho, objeto de inexigibilidade ou de credenciamento.

O décimo primeiro capítulo aborda a fiscalização e a gestão dos contratos. Além de ressaltar a importância dessa atividade à administração pública, Christianne de Carvalho Stroppa, Cristiana Fortini e Heloísa Helena Antonacio Monteiro Godinho trabalham os principais aspectos a serem fiscalizados, as competências do gestor e dos fiscais e a possibilidade de contratação de terceiros para subsidiar esses agentes. As autoras ainda enfrentam os principais desafios à atividade e propõem soluções, destacando pontos como a falta de capacitação dos fiscais de contratos, a complexidade dos objetos contratados, a necessidade de segregação de funções, de aprimoramento dos processos de comunicação e coordenação, e de implementação de tecnologias e ferramentas de apoio. Ao concluírem, enfatizam que a fiscalização e a gestão de contratos são fundamentais para que a eficiência e a legalidade na execução dos contratos sejam garantidas. A legislação estabelece diretrizes claras para esse processo, traz requisitos à designação desses agentes e inclui responsabilidades à alta administração, como a capacitação dos fiscais e dos gestores e a implementação de tecnologias e ferramentas de apoio.

Wellington Cícero Antunes do Nascimento, na sequência, apresenta as potencialidades da Lei n. 14.133/2021 à redução das obras públicas paralisadas no Brasil. O décimo segundo capítulo apresenta ao leitor importantes questões, como a realização de um panorama das obras públicas paralisadas, com as principais causas que conduzem à paralisação, e o estudo dos princípios do planejamento, do diálogo, da razoabilidade e da proporcionalidade como potencialidades à redução da paralisação. O autor ainda trabalha a importância do sistema informatizado de acompanhamento de obras e a necessidade de mudança de cultura institucional e mudança de paradigma, e encerra o capítulo

afirmando que a Lei n. 14.133/2021 é uma promissora oportunidade para se reverter o cenário recorrente das obras paralisadas. A gestão mais eficiente e transparente, fomentada pela lei, pode criar um ambiente propício à redução dos problemas históricos que assolam os projetos de infraestrutura do país. Entretanto, é crucial ressaltar-se que a eficácia da nova legislação depende da implementação e da fiscalização efetivas. A colaboração entre os diversos atores envolvidos, incluídos órgãos governamentais, empresas, sociedade civil e instituições fiscalizadoras, é essencial para assegurar que os princípios e as potencialidades da nova legislação se materializem na prática.

O décimo terceiro capítulo, de autoria do organizador Felipe Dalenogare Alves, aborda o credenciamento, trabalhando práticas (no passado) que inspiraram a norma (do presente) e a norma (do presente) que possibilita práticas (no futuro). Para tanto, são estudados o surgimento e a evolução do instituto como hipótese ensejadora de contratações por inexigibilidade de licitação e sua natureza jurídica de procedimento auxiliar na Lei n. 14.133/2021. São apresentadas hipóteses que podem gerar contratação paralela e não excludente, bem como aquelas com seleção a critério de terceiros e as contextualizadas em mercados fluidos. Em sede conclusiva, o autor afirma que a inserção expressa do credenciamento como procedimento auxiliar surge para otimizar a atuação administrativa e decorre de práticas que, ao longo do tempo, foram implementadas pela administração pública, especialmente no âmbito federal, e apreciadas pelo Tribunal de Contas da União. A norma atual possibilita que, cada vez mais, sejam implementadas práticas inovadoras, como a utilização de *e-marketplace*, no qual os credenciados possam manter seus preços constantemente atualizados e a administração possa contratá-los pelo preço do dia, conforme sua necessidade.

Fabiane Aragão Dourado, no décimo quarto capítulo, traça um panorama das contratações por inexigibilidade à luz da Lei n. 14.133/2021. A autora enfatiza a obrigatoriedade de licitar e explora os pressupostos da licitação, para, posteriormente, adentrar na temática da contratação direta, elucidando cada uma das hipóteses de licitação inexigível e os aspectos processuais indispensáveis à sua execução. Fabiane conclui afirmando que a inexigibilidade, apesar de ser um procedimento de exceção, é célere, eficiente e segura, desde que obedecidos os pressupostos e as condições apresentados e o rigor processual, além do dever

de se atentar aos entendimentos que vêm sendo consolidados pela doutrina e pela jurisprudência.

À organizadora Marilene Carneiro Matos e a Leonardo Ladeira coube a tarefa de trabalhar a dispensa por baixo valor à luz dos *standards* da Lei n. 14.133/2021. Assim, no décimo quinto capítulo, os autores exploram, inicialmente, os *standards* inovadores da LLCA, como a governança das contratações, o novo tratamento da vigência contratual e as especificidades dos contratos de serviços continuados, para, posteriormente, adentrarem na nova sistemática das contratações diretas, perpassando, ainda, pelos cuidados que o gestor deve ter com o fracionamento de despesas. Por fim, os autores se posicionam no sentido de que o administrador público não deve interpretar disposições legais a partir da ótica adotada de acordo com a legislação revogada, sob pena de subverter os intentos adaptativos inerentes às modificações normativas. Antes, deve-se abraçar os desígnios inovadores da Lei n. 14.133/2021, que inaugura uma nova lógica das contratações públicas.

O décimo sexto capítulo, de autoria do ministro Benjamin Zymler e de Francisco Sérgio Maia Alves, trabalha os pontos de convergência entre a Lei de Licitações e Contratos Administrativos e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Os autores iniciam a análise pelas disposições da LINDB que impactaram diretamente a Lei n. 14.133/2021 e, posteriormente, verificam as disposições da LLCA que refletem as modificações ocorridas na LINDB, a exemplo da avaliação das consequências para invalidação de atos licitatórios e contratos administrativos, do método de superação da irregularidade em medidas cautelares dos tribunais de contas, da segurança jurídica na atuação de agentes públicos, da responsabilização administrativa dos agentes públicos em virtude do cometimento de irregularidades e da responsabilização administrativa dos licitantes e contratados. Entre outros aspectos, concluem que as novas disposições da LINDB, introduzidas pela Lei n. 13.655/2018, buscaram reforçar os primados da segurança jurídica e da eficiência na aplicação das normas de direito público. Dentro dessa matriz principiológica, é possível afirmar que a Lei n. 14.133/2021 reverberou esses objetivos ao contemplar regras tendentes a reforçar a segurança jurídica dos agentes públicos encarregados de impulsionar as contratações públicas, dos contratados e dos próprios negócios jurídicos pactuados.

O trabalho de Geraldo Leite e Manoel Castelo Branco, sobre a reinvenção do controle interno em matéria de licitações e contratos, com a observação de

parâmetros constitucionais e aspectos de governança interna, encerra a obra composta por dezessete capítulos. Para tanto, os autores apresentam uma visão geral do controle, ao abordarem: fundamentos do controle das atividades do Estado; funções administrativas, controle e relações com as licitações e contratos; tipologia dos controles da administração pública; e outras considerações sobre o controle interno. Em um segundo momento, adentram especificamente no controle interno específico em licitações e contratos, com a análise de alguns parâmetros constitucionais considerados e da necessidade de estabelecimento de uma governança setorial de controle interno. Em conclusão, os autores afirmam que se referem à “reinvenção” do controle interno em matéria das licitações e contratos porque, além de essa ser uma sistemática inovadora na regulamentação das licitações públicas, as disposições da lei discriminam as “linhas de defesa” com identificação funcional dos agentes responsáveis por essa atividade, preventiva e corretiva, e trazem diretrizes à atuação dessas frentes de defesa. Ademais, o sistema de controle interno não deve ser visto como um terreno dos receios ou também de risco, mas como um campo de segurança e para o resguardo dos próprios agentes.

Esta é a obra que, com muita dedicação e carinho, organizamos e entregamos à sociedade brasileira, esperançosos que se constitua uma ferramenta de trabalho a agentes públicos, a fornecedores e à sociedade em geral.

Brasília, novembro de 2024.

Marilene Carneiro Matos
Felipe Dalenogare Alves
Rafael Amorim de Amorim

Poder de contratações estatal e desenvolvimento nacional

Rafael Amorim de Amorim¹
Pedro Garrido da Costa Lima²

1. Introdução

As contratações públicas envolvem um volume significativo de recursos públicos, que, além de prover de forma célere, eficiente, íntegra, econômica e sustentável os bens e serviços necessários para a consecução das funções públicas, podem ser utilizados para o alcance de objetivos mais amplos, aqui interessando, em especial, a utilização do poder de contratações estatal como “uma alavanca estratégica para implementação de políticas públicas” (Organização, 2019), com potencial de estimular e impulsionar o desenvolvimento nacional.

Há, nessa perspectiva, a preocupação de se superar a visão tradicional das contratações públicas como simples tarefas burocráticas necessárias para prover os bens e serviços empregados na consecução de funções públicas (Arrowsmith, 2011)³, procurando-se, ao invés disso, “metaforicamente falando, [...] enxergar a floresta além das árvores” (Fortini; Amorim, 2023), para, a partir daí, ao se afastar de estereótipos e imagens que servem apenas para fins ideológicos e aceitar o papel estratégico do Estado na promoção do desenvolvimento nacional (Mazucato, 2014), estimular uma visão mais progressista dos “sistemas

1 Advogado e consultor legislativo da Câmara dos Deputados – área administração pública e direito administrativo; foi um dos responsáveis pela consultoria e assessoramento institucional da Câmara dos Deputados na tramitação das proposições que originaram o novo marco legal das contratações públicas (Lei n. 14.133, de 1º/4/2021).

2 Economista, doutor em economia pela Universidade de Brasília, consultor legislativo da Câmara dos Deputados – área política, planejamento e desenvolvimento econômicos e economia internacional.

3 Há, como explica Sue Arrowsmith, diversos aspectos a serem considerados nos debates acerca das contratações públicas, desde questões relacionadas ao planejamento das contratações (p. ex., o que contratar? quando contratar?), passando pela modelagem do procedimento de seleção do parceiro privado (p. ex. como contratar?) e pela definição dos termos segundo os quais os bens serão fornecidos ou os serviços prestados, até chegar à efetiva seleção do parceiro privado e celebração do respectivo contrato, que depois ainda exigirá o acompanhamento e a fiscalização da execução contratual.

de contratações públicas” (Organização, 2015, p. 9)⁴, inclusive quanto à sua capacidade de contribuir para contenção da desindustrialização prematura da indústria nacional (Mazzucato, 2023)⁵.

A utilização do poder de contratações estatal como alavanca estratégica para a implementação de políticas públicas é debatida ao longo do texto, a começar pela exposição acerca de dados relacionados ao volume de recursos despendidos pelos países na compra de bens e contratação de serviços, passando pelo aprofundamento das reflexões acerca dos objetivos que podem ser alcançados pelas contratações públicas e pela análise da utilização do poder de contratação estatal pela perspectiva econômica, até chegar à apresentação da legislação pátria que pode fundamentar a conformação de uma política de contratações públicas voltada a potencializar o desenvolvimento nacional.

2. Recursos públicos despendidos nas contratações estatais

Independentemente de posicionamento ideológico de governos e do tamanho das economias dos países, a Administração Pública despense recursos significativos com suas contratações, pois estas são fundamentais nas mais diversas áreas de atuação estatal (por exemplo, saúde, educação, segurança pública, etc.).

O volume de recursos públicos direcionados pelos países para contratações públicas de bens e serviços é difícil de ser definido com exatidão, mas, segundo estimativas do Banco Mundial, os países despenderam, em 2019, US\$ 13 trilhões em todo o mundo com contratações públicas, aproximadamente 15% do produto interno bruto global, o que impõe preocupações não apenas com aspectos operacionais das contratações públicas que impactam na eficiência e na economicidade, mas também com aspectos estratégicos relacionados às contratações

4 Denominação utilizada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Ver em <https://www.oecd.org/gov/ethics/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-conselho-contratos.pdf>, acessado em 30/5/2024.

5 De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apesar do crescimento experimentado entre 1930 e 1980, quando a indústria de transformação alcançou 35,9% em 1985 de participação no Produto Interno Bruto (PIB), houve diminuição da participação do setor no PIB para 12,3% em 2020, provocando a desindustrialização precoce do país, com externalidades negativas para toda a economia brasileira.

públicas que são capazes de promover sinergias e de impulsionar mudanças socioeconômicas (World Bank, 2022).

No âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (Organização, 2020; Instituto; Comissão, 2021)⁶, o estudo *Government at a glance* traz dados sobre as contratações públicas de seus países membros e de seus países parceiros, revelando que eles despenderam, em média, no ano de 2019, o equivalente a 12,6% do produto interno bruto na compra de bens, na contratação de serviços e na execução de obras, defendendo-se, a partir disso, a utilização estratégica das contratações públicas para agregar valor social e econômico (Organização, 2021).

Os dados acerca do volume de contratações públicas brasileiras também não são fáceis de ser obtidos com exatidão. No tópico “Real Dimensão do Mercado de Compras Públicas Brasileiro e sua Governança”, do estudo *Cadernos Brasil na OCDE Compras Públicas*, publicado no âmbito do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal), demonstrou-se que as contratações brasileiras representaram, em média, de 2002 a 2019, o equivalente a 12% do produto interno bruto brasileiro (Instituto; Comissão, 2021)⁷, conforme tabela a seguir:

6 O Brasil, como é de amplo conhecimento, está engajado na OCDE desde 1994, considerado parceiro-chave do referido organismo multilateral desde 16/5/2007, com tratativas para adesão desde 25/1/2022. Ver em: <https://www.oecd.org/latin-america/paises/brasil-portugues/> acessado em 30/3/2023. Sobre o debate relacionado às contratações públicas no âmbito da OCDE e a participação brasileira, ver em: https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/index.php?option=com_content&view=article&id=38248&Itemid=432, acessado em 28/5/2024.

7 Ver em https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/210707_cb_ocde_compras_publicas.pdf, acessado em 28/5/2024.

ASPECTOS PRÁTICOS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Ano	Total Brasil			União						Estados						Municípios								
	Valor	%/ PIB	Total	Segundo grupo de despesa			Total			Segundo grupo de despesa			Total			Segundo grupo de despesa			Total					
				Outras despesas correntes	Investimentos	%/ PIB	Valor	%/ PIB	Investimentos	Outras despesas correntes	Investimentos	%/ PIB	Valor	%/ PIB	Investimentos	Outras despesas correntes	Investimentos	%/ PIB	Valor	%/ PIB	Investimentos	Outras despesas correntes	Investimentos	%/ PIB
2002	505	13,0	278	7,2	216	5,6	63	1,6	96	2,5	69	1,8	27	0,7	130	3,4	94	2,4	36	0,9	3.883			
2003	468	11,4	251	6,1	192	4,7	58	1,4	87	2,1	67	1,6	21	0,5	130	3,2	100	2,4	30	0,7	4.100			
2004	530	12,2	294	6,8	229	5,3	66	1,5	98	2,2	75	1,7	23	0,5	138	3,2	107	2,5	31	0,7	4.342			
2005	548	12,0	298	6,5	225	4,9	73	1,6	111	2,4	82	1,8	28	0,6	139	3,1	115	2,5	24	0,5	4.555			
2006	626	12,8	332	6,8	248	5,1	84	1,7	120	2,5	87	1,8	33	0,7	173	3,5	132	2,7	41	0,8	4.902			
2007	672	12,7	373	7,0	275	5,2	99	1,9	113	2,1	87	1,6	26	0,5	186	3,5	142	2,7	44	0,8	5.298			
2008	799	14,0	443	7,8	318	5,6	125	2,2	141	2,5	99	1,7	41	0,7	215	3,8	155	2,7	60	1,0	5.720			
2009	778	13,2	441	7,5	282	4,8	159	2,7	155	2,6	102	1,7	53	0,9	181	3,1	146	2,5	36	0,6	5.877			
2010	874	13,5	501	7,7	319	4,9	182	2,8	172	2,7	109	1,7	63	1,0	201	3,1	156	2,4	46	0,7	6.469			
2011	847	12,4	482	7,1	320	4,7	163	2,4	144	2,1	104	1,5	40	0,6	220	3,2	170	2,5	51	0,7	6.841			
2012	942	13,2	560	7,9	386	5,4	174	2,4	144	2,0	111	1,6	33	0,5	238	3,4	178	2,5	60	0,8	7.111			
2013	952	12,8	566	7,6	388	5,2	178	2,4	173	2,3	119	1,6	54	0,7	213	2,9	174	2,3	39	0,5	7.435			
2014	994	13,1	581	7,7	417	5,5	163	2,2	187	2,5	123	1,6	64	0,8	227	3,0	184	2,4	43	0,6	7.574			
2015	796	11,2	453	6,4	338	4,8	115	1,6	134	1,9	103	1,4	31	0,4	209	2,9	171	2,4	38	0,5	7.100			
2016	705	10,1	359	5,1	278	4,0	83	1,2	134	1,9	106	1,5	29	0,4	212	3,0	173	2,5	39	0,6	6.985			
2017	670	9,4	350	4,9	276	3,9	72	1,0	131	1,8	104	1,5	27	0,4	188	2,6	166	2,3	22	0,3	7.125			
2018	732	10,2	389	5,4	281	3,9	108	1,5	133	1,9	104	1,5	29	0,4	210	2,9	181	2,5	29	0,4	7.186			
2019	681	9,4	338	4,7	226	3,1	113	1,6	121	1,7	101	1,4	20	0,3	221	3,0	187	2,6	34	0,5	7.257			
2011	847	12,4	482	7,1	320	4,7	163	2,4	144	2,1	104	1,5	40	0,6	220	3,2	170	2,5	51	0,7	6.841			
2012	942	13,2	560	7,9	386	5,4	174	2,4	144	2,0	111	1,6	33	0,5	238	3,4	178	2,5	60	0,8	7.111			
2013	952	12,8	566	7,6	388	5,2	178	2,4	173	2,3	119	1,6	54	0,7	213	2,9	174	2,3	39	0,5	7.435			
2014	994	13,1	581	7,7	417	5,5	163	2,2	187	2,5	123	1,6	64	0,8	227	3,0	184	2,4	43	0,6	7.574			
2015	796	11,2	453	6,4	338	4,8	115	1,6	134	1,9	103	1,4	31	0,4	209	2,9	171	2,4	38	0,5	7.100			
2016	705	10,1	359	5,1	278	4,0	83	1,2	134	1,9	106	1,5	29	0,4	212	3,0	173	2,5	39	0,6	6.985			
2017	670	9,4	350	4,9	276	3,9	72	1,0	131	1,8	104	1,5	27	0,4	188	2,6	166	2,3	22	0,3	7.125			
2018	732	10,2	389	5,4	281	3,9	108	1,5	133	1,9	104	1,5	29	0,4	210	2,9	181	2,5	29	0,4	7.186			
2019	681	9,4	338	4,7	226	3,1	113	1,6	121	1,7	101	1,4	20	0,3	221	3,0	187	2,6	34	0,5	7.257			
2011	847	12,4	482	7,1	320	4,7	163	2,4	144	2,1	104	1,5	40	0,6	220	3,2	170	2,5	51	0,7	6.841			
2012	942	13,2	560	7,9	386	5,4	174	2,4	144	2,0	111	1,6	33	0,5	238	3,4	178	2,5	60	0,8	7.111			
2013	952	12,8	566	7,6	388	5,2	178	2,4	173	2,3	119	1,6	54	0,7	213	2,9	174	2,3	39	0,5	7.435			
2014	994	13,1	581	7,7	417	5,5	163	2,2	187	2,5	123	1,6	64	0,8	227	3,0	184	2,4	43	0,6	7.574			
2015	796	11,2	453	6,4	338	4,8	115	1,6	134	1,9	103	1,4	31	0,4	209	2,9	171	2,4	38	0,5	7.100			
2016	705	10,1	359	5,1	278	4,0	83	1,2	134	1,9	106	1,5	29	0,4	212	3,0	173	2,5	39	0,6	6.985			
2017	670	9,4	350	4,9	276	3,9	72	1,0	131	1,8	104	1,5	27	0,4	188	2,6	166	2,3	22	0,3	7.125			
2018	732	10,2	389	5,4	281	3,9	108	1,5	133	1,9	104	1,5	29	0,4	210	2,9	181	2,5	29	0,4	7.186			
2019	681	9,4	338	4,7	226	3,1	113	1,6	121	1,7	101	1,4	20	0,3	221	3,0	187	2,6	34	0,5	7.257			
Média		12,0		6,6		4,8		1,9		2,2		1,6		0,6		3,1		2,5		0,6		0,6		

Fonte: Ipea/Cepal. Cadernos Brasil na OCDE - Compras Públicas. 2021. p. 39.

De maneira geral, os dados expostos revelam o poder inerente às contratações públicas (“poder de contratação estatal”)⁸ (Ribeiro; Inácio Júnior *apud* Ipea, 2022), pois, além de viabilizarem a seleção de particulares para proverem os bens e serviços necessários para consecução de funções públicas, determinam a alocação de recursos volumosos, independentemente de posicionamento ideológico de governos, do tamanho das economias e dos respectivos níveis de desenvolvimento, inclusive se identificando, muitas vezes, em países já desenvolvidos, volume de contratações públicas mais significativo do que em países em desenvolvimento.

O poder de contratações estatal no Brasil (que representou, em 2014, R\$ 994 bilhões, valor equivalente a 13,1% do PIB, e, em 2019, R\$ 681 bilhões, valor equivalente a 9,4% do PIB) também deve ser utilizado como “alavanca estratégica para implementação de políticas públicas” (Organização, 2019). Em especial, as contratações públicas relacionadas a investimentos (Instituto, 2019), que sofreram drástica redução no país (em 2014, representaram R\$ 271 bilhões – 3,6% do PIB, e, em 2019, 167 bilhões – 2,4% do PIB), precisam ser fortalecidas e direcionadas para impulsionar o desenvolvimento nacional⁹, nas suas diversas perspectivas – econômica, social, ambiental etc. (Organização, 2020).

3. Objetivos das contratações públicas

Há, de início, a necessidade de destacar que o debate sobre os objetivos das contratações públicas não está circunscrito ao cenário nacional, existindo, por

8 Denominação utilizada por Marina Fontão Zago (2018), pois melhor sintetiza a abrangência do poder inerente às contratações públicas, que não está adstrito à aquisição remunerada de bens (poder de compra), contemplando também os serviços contratados pela Administração junto a particulares, inclusive obras.

9 Os “investimentos públicos têm multiplicador elevado”, especialmente quando realizados em infraestrutura (estradas, energia, portos, etc.). Por isso, além de efeitos diretos no curto prazo que promovem o aumento imediato da demanda, reduzem ineficiências relacionadas à subutilização de fatores de produção, elevam a renda disponível e contribuem para a rápida retomada econômica, os investimentos públicos têm efeitos de longo prazo positivos e significativos, contribuindo para o aumento da capacidade produtiva, com reflexos nas taxas de produtividade e de retorno do capital privado, o que estimula novos investimentos privados, desencadeando um ciclo econômico virtuoso com a melhora substancial do produto final da economia. Ver em https://www.sep.org.br/mostrar.php?url=enep_teste/uploads/1704_1615863380_Artigo_Covid-19_Encontro_SEP_-_identificado_pdf_ide.pdf, acessado em 12/5/2022. ASCHAUER, D.A. Is public expenditure productive?. *Journal of Monetary Economics*, v. 23, p.177-200, 1989; EASTERLY, William, REBELO, Sergio. Fiscal policy and economic growth: an empirical investigation. 1993; TANZI, V. e ZEE, H. Fiscal policy and long run growth. *IMF Staff Papers*, 44, 2179-2209, 1997.

exemplo, no âmbito do Comitê de Governança Pública da OCDE (Instituto; Comissão, 2021)¹⁰, o reconhecimento de que os “sistemas de contratações públicas” dos países constituem “ pilar nuclear das administrações públicas”, a recomendar, a partir disso, a utilização dos poderes inerentes às contratações públicas de forma estratégica, no sentido de potencializarem os resultados a serem alcançados em favor dos cidadãos (Organização, 2015).

A OCDE considera as contratações públicas elemento fundamental da governança estratégica por duas razões: de um lado, para prover bens e serviços necessários para a Administração Pública, podendo contribuir para aumento da eficiência do setor público e para mitigação de riscos (objetivo primário); de outro, para promover a melhor alocação possível dos recursos públicos despendidos, como alavanca para potencializar objetivos de políticas públicas decisivas ao desenvolvimento em uma perspectiva ampla, podendo contemplar preocupações econômicas, sociais, ambientais, etc. (objetivo secundário) (Organização, 2015)¹¹.

Destacam-se, no contexto exposto, as recomendações da OCDE diretamente relacionadas à utilização estratégica do sistema de contratações públicas, necessárias para que os países consigam promover todos os objetivos subjacentes às contratações públicas, a saber:

- (i) Avaliar a utilização da contratação pública como um método de prossecução de objetivos secundários de política de acordo com as prioridades nacionais evidentes, ponderando as potenciais vantagens e a necessidade de conseguir uma boa relação qualidade-preço. [...]

10 O Secretariado da OCDE é subdividido em 23 diretórios. Um deles é o “Diretório de Governança Pública”, que conta com o “Comitê de Governança Pública”, instância com representantes dos países em diversos grupos de trabalho, incluído o “Grupo de Trabalho de Funcionários Líderes em Compras Públicas”. Ver em https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=38248&Itemid=432, acessado em 10/3/2022.

11 A OCDE utiliza os seguintes conceitos: “Objetivo primário de contratação pública designa o fornecimento de bens e serviços necessários para a concretização da missão governamental de forma tempestiva, econômica e eficiente; [...] - Objetivos secundários de política designam qualquer dos vários objetivos, tais como o desenvolvimento sustentável, o desenvolvimento de pequenas e médias empresas, a inovação, normas para uma conduta empresarial responsável ou objetivos ampliados, prosseguidos cada vez mais pelas administrações públicas com recurso à contratação pública como uma alavanca de política, em complemento ao objetivo primário de contratação pública”. Ver em <https://www.grupocangalho.pt/wp-content/uploads/2022/11/Recomendacao-conselho-contratos.pdf>, acessado em 30/5/2024.

(ii) Desenvolver uma estratégia adequada para a integração de objetivos secundários de política nos sistemas de contratação pública. [...]

(iii) Utilizar uma metodologia de avaliação de impacto adequada para medir a eficácia da contratação pública na concretização de objetivos secundários de política. [...] (Organização, 2015, p. 9).

A OCDE não se limita, portanto, a reconhecer a importância dos objetivos secundários, e recomenda aos países a implementação de medidas para viabilizar a utilização de suas contratações públicas com a finalidade de potencializar políticas públicas que contribuam para o desenvolvimento. A OCDE ressalta, porém, a importância da razoabilidade no alcance de objetivos secundários e de não ser negligenciado o necessário equilíbrio com o objetivo primário, o qual sempre exige, em resumo, uma boa relação qualidade-preço nas contratações públicas realizadas¹².

Em pesquisa posterior, a OCDE reiterou que suas recomendações refletem o “interesse em transformar as contratações públicas em uma alavanca estratégica para implementação de políticas públicas” e, a partir disso, diagnosticou que os países “estão transformando, cada vez mais, seus sistemas de contratações públicas para apoiar orientações estratégicas nacionais e subnacionais”, contemplando, por exemplo, estímulos à sustentabilidade, fomento à inovação, incentivos à micro e às pequenas empresas, estímulos às condutas empresariais responsáveis e, por fim, iniciativas voltadas à proteção de minorias (Organização, 2019).

A OCDE explicita, assim, a ampla utilização do sistema de contratações públicas dos países, em economias desenvolvidas e em desenvolvimento, como instrumento estratégico para alcance de objetivos mais amplos (objetivo secundário) (Breus, 2015)¹³, que, além de satisfazerem as necessidades imediatas de bens e serviços exigidos para a consecução das funções públicas, também podem

12 Ver em <https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/principlestools/balance/>, acessado em 10/3/2022.

13 A doutrina utiliza outras nomenclaturas para designar os objetivos secundários das contratações públicas, a exemplo de objetivos acessórios, horizontais, suplementares, adicionais, colaterais, etc.

potencializar o desenvolvimento dos países, principalmente se consideramos o volume significativo de recursos públicos envolvidos (Instituto, 2019)¹⁴.

Há, nessa perspectiva, “conexão direta entre os papéis de Estado-comprador e de Estado promotor de fins públicos (Estado-regulador/fomentador/executor de políticas públicas)” (Zago, 2018, p. 32), reconhecendo-se, a partir disso, no Brasil e no exterior¹⁵, a denominada “função regulatória” das contratações públicas¹⁶ e ¹⁷ (ou, como alguns preferem, “função extraeconômica”¹⁸, “função derivada”¹⁹ ou “função horizontal”^{20 e 21}), concretizada mediante “atividade contratual, ordenadora, gerencial ou fomentadora” de políticas voltadas ao desenvolvimento nacional (Aranha, 2014, p. 25).

Os sistemas de contratações públicas passaram a ser utilizados como ferramenta para intervenção indireta do Estado na economia, consolidando-se como “principal técnica contemporânea de implementação de políticas públicas de caráter desenvolvimentista” (Breus, 2015, p. 122-239). Nesse cenário, ao destacar que “uma economia resiliente e inclusiva depende da diversificação da produção”, o Banco Mundial reconheceu que as contratações públicas constituem “um importante instrumento de política para fortalecer as principais indústrias ou se-

14 O Ipea alertou, a propósito, ao comentar as tratativas do Brasil para adesão ao Acordo de Compras Governamentais (Agreement on Government Procurement – GPA) da Organização Mundial do Comércio (OMC), que eventual adesão “pode prejudicar ou dificultar o uso do poder de compra pública para alcançar objetivos como o desenvolvimento econômico, social e tecnológico [...]”. Ver em https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf, acessado em 30/5/2024.

15 Ver em Rodrigues, 2013; Estorninho, 2012.

16 Ver em Ferraz; Carvalho *apud* Aragão; Pereira; Lisboa, 2018.

17 A expressão “função regulatória” da contratação pública é utilizada por diversos doutrinadores, a exemplo de: SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; FERRAZ, Luciano. Função Regulatória da Licitação. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 9, n. 37, jul./set. 2009. p. 133-142; CARVALHO, Victor Aguiar de. A Função Regulatória da Licitação como Instrumento de Promoção da Concorrência e de Outras Finalidades Públicas.

18 Ver em Nohara, 2014; Aragão, 2013.

19 Ver em Zago, 2018.

20 Ver em Arrowsmith, 2010.

21 Ver em <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/fulltextarticles/suetaxonomyofhorizontalpolicies.pdf>, acessado em 30/5/2024.

tores da economia nacional”, até mesmo com exigências de conteúdo nacional (World Bank, 2022, p. 2)²².

Constata-se, assim, que o debate sobre contratações públicas não pode ficar limitado a controvérsias relacionadas às tarefas burocráticas necessárias para seleção de propostas com menor preço e celebração de contratos em menos tempo. O debate deve contemplar outras variáveis que podem agregar mais valor público às contratações públicas, considerando-as, daqui para frente, como “alavanca estratégica para a implementação de políticas públicas”, até mesmo para refrear a desindustrialização prematura da indústria nacional e, assim, potencializar a neindustrialização do país, que é fundamental para o desenvolvimento nacional (Rezende; Moreira, 2021, 233-250)²³.

4. Poder de contratações estatal na perspectiva econômica

Os sistemas de contratações públicas como “principal técnica contemporânea de implementação de políticas públicas de caráter desenvolvimentista” (Breus, 2015, p. 122-239) encontram respaldo na teoria econômica (Polanyi, 2012)²⁴. É, afinal, significativo o volume de recursos despendido pelos países com contratações públicas, o qual, além de ser destinado para satisfação das necessidades imediatas de bens e serviços, também pode ser utilizado como “alavanca estratégica para implementação de políticas públicas”, constituindo, inclusive,

22 Nesse sentido, por exemplo, os Estados Unidos ampliaram, no seu governo atual, a política *Buy American* e determinou a ampliação gradual de novas exigências de conteúdo nacional em suas contratações públicas (de 55% de conteúdo nacional, para 75% de conteúdo nacional até 2029), de modo a maximizar “o uso de bens, produtos e materiais produzidos e serviços prestados nos Estados Unidos”. Ver em <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title41/subtitle4/chapter83&edition=prelim>; <https://www.whitecase.com/publications/alert/biden-administration-increases-domestic-content-requirements-under-buy-american> e em <https://www.federalregister.gov/documents/2022/03/07/2022-04173/federal-acquisition-regulation-amendments-to-the-far-buy-american-act-requirements>, acessado em 24/7/2023.

23 Os estudos brasileiros que investigam o uso das contratações governamentais como ferramentas de políticas públicas estão concentrados: 42% em sustentabilidade ambiental; 35% em inovação; e 15% em estímulos a micro e pequenas empresas.

24 Aliás, como ensina Karl Polanyi, a história econômica revela que o nascimento dos mercados nacionais não resultou de uma “emancipação gradual e espontânea da esfera econômica frente ao controle dos governos”, ao contrário, os mercados nacionais são “o produto de uma intervenção consciente e muitas vezes violenta por parte de governos que impuseram a organização do mercado à sociedade.”

a política econômica voltada ao desenvolvimento nacional, com potenciais reflexos em indicadores econômicos e sociais.

Há, nessa perspectiva, que se considerar que a variação do PIB pela ótica do dispêndio é representada pela fórmula $PIB = C + I + G + (X - M)$, em que os gastos da Administração Pública participam na compra de bens e na contratação de serviços (G) e nos investimentos destinados à formação de capital (I)²⁵, considerando-se, ainda, na equação, o consumo das famílias (C) e os resultados de exportações (X) menos importações (M) (Feijó; Ramos, 2017). Dessa forma, o poder de contratação estatal impacta de maneira direta no resultado do PIB, devendo-se também considerar o efeito multiplicador da participação estatal sobre toda a economia²⁶.

As evidências do efeito positivo e elevado de diversos tipos de gastos públicos são robustas, especialmente nos investimentos em infraestrutura (por exemplo, estradas, ferrovias, portos, etc.). Estimativas recentes do Fundo Monetário Internacional (FMI) revelam a natureza elevada do multiplicador dos investimentos públicos sobre a atividade econômica de países e demonstram que um gasto público com investimento gera impacto mais de duas vezes maior sobre o PIB em dois anos, eleva o emprego na economia e estimula as atividades do setor privado (é o efeito *crowding-in*²⁷, no qual o setor público estimula a expansão das atividades privadas) (Fundo, 2020).

Não é mero acaso que os organismos internacionais têm reconhecido a necessidade de investimentos para o crescimento e a retomada econômica (Lima, 2020; Lima; Nazareno, 2023). Além de efeitos diretos no curto prazo (por exemplo, aumento imediato da demanda, redução de ineficiências relacionadas à subutilização de fatores de produção, elevação da renda disponível), o uso do poder de contratação estatal tem efeitos de longo prazo positivos e significativos, contribuindo para o aumento da capacidade produtiva, com reflexos nas taxas de pro-

25 O “I” também inclui variação nos estoques, que pode ser positiva ou negativa.

26 Para ilustrar a importância das contratações públicas, em razão da fórmula de cálculo do PIB sob a ótica do dispêndio, é possível compará-las com as exportações brasileiras, que representaram em 2014 US\$ 220.9 bilhões, o equivalente a R\$ 519.8 bilhões (taxa de câmbio média de R\$ 2,3534 em 2014), valor muito inferior ao total de recursos despendidos com contratações públicas no mesmo período. Ver em <http://comexstat.mdic.gov.br/pt/geral/58215> e em <http://www.ipeadata.gov.br/ExibeSerie.aspx?serid=31924>, acessados em 28/5/2024.

27 Essa situação é oposta em relação ao chamado *crowding-out*, no qual o Estado afastaria ou deslocaria o setor privado.

dutividade e de retorno do capital privado, desencadeando um ciclo econômico virtuoso com a melhoria substancial do produto final da economia (Aschauer, 1989; Easterly; Rebelo, 1993; Tanzi; Zee, 1997; Chang, 2004; Amsden, 2009)²⁸.

O poder de contratação estatal pode, pelas razões expostas, ser utilizado para correção de falhas de mercado específicas (Thirlwall; Pacheco-López, 2017), a exemplo de externalidades negativas e de mercados incompletos, e, principalmente, para transformação de mercados e mudança estrutural da economia do país, concretizando estratégias de desenvolvimento voltadas a impulsionar setores estratégicos e atividades industriais e de serviços mais complexas e sofisticadas e com maior geração de valor e inovação, bastante associadas a políticas industriais, tecnológicas, ambientais e de comércio exterior (Cimoli; Dosi; Stiglitz, 2015), com melhorias nos indicadores de bem-estar da população (Vieira, 2024).

5. Poder de contratações estatal na legislação brasileira

A utilização estratégica do sistema de contratações públicas brasileiro para o alcance de objetivos secundários tem fundamentação no próprio texto constitucional, a exemplo do art. 3º da atual Constituição Federal, que estabeleceu, entre os objetivos fundamentais do país, o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades. Nesse contexto, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, exsurtiu ampla legislação para viabilizar a utilização do poder de contratações estatal para alcance de objetivos secundários, tanto leis gerais que disciplinam as contratações públicas, quanto leis específicas que dispõem sobre políticas setoriais (Zago, 2018).

Nesse cenário, a existência de diversos diplomas legais comprova a “erosão do modelo unitário de contratações públicas” (Rosilho, 2013, p. 196),

28 Os países hoje desenvolvidos “chutam a escada” quando “insistem para que os países em desenvolvimento adotem políticas e instituições diferentes das que eles adotaram para se desenvolver”. É o caso, por exemplo, dos Estados Unidos, que ampliaram a política *Buy American* recentemente e determinaram a ampliação gradual de exigências de conteúdo nacional nas suas contratações públicas (de 55% para 75% de conteúdo nacional até 2029), de modo a maximizar “o uso de bens, produtos e materiais produzidos e serviços prestados nos Estados Unidos”. Ver em <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title41/subtitle4/chapter83&edition=prelim>, em <https://www.whitecase.com/publications/alert/biden-administration-increases-domestic-content-requirements-under-buy-american>, e em <https://www.federalregister.gov/documents/2022/03/07/2022-04173/federal-acquisition-regulation-amendments-to-the-far-buy-american-act-requirements>, acessados em 24/7/2023.

conformando-se, aos poucos, uma autêntica “caixa de ferramentas” à disposição da Administração Pública para o alcance de objetivos mais amplos em suas contratações públicas (Ribeiro, 2016). É importante, como já comentado previamente, enxergar “a floresta além das árvores” (Fortini; Amorim, 2023), afastando visões fragmentadas que poderiam, na prática, inviabilizar a utilização de todo o poder de contratação estatal para o alcance de objetivos secundários relacionados ao desenvolvimento nacional sustentável²⁹.

O objetivo, a partir de agora, é apresentar a legislação pátria que, conforme ordem cronológica exposta, pode fundamentar a conformação de uma política de contratações públicas voltada a potencializar o desenvolvimento nacional.

5.1. Lei n. 8.248/1991 (dispõe sobre capacitação e competitividade do setor de informática e automação)

O art. 3º da Lei n. 8.248/1991, regulamentada pelo Decreto n. 7.174/2010, estabelece que os órgãos e entidades da Administração Pública federal darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, aos que tiverem tecnologia desenvolvida no país ou aos que forem produzidos de acordo com o processo produtivo básico³⁰, o que possibilita a utilização estratégica das contratações públicas para desenvolvimento da tecnologia nacional.

Constam, no Decreto n. 7.174/2010, as regras a serem observadas para operacionalização da preferência determinada pelo art. 3º da Lei n. 8.248/1991, disciplinando-se que o exercício de direito de preferência será concedido após o encerramento da fase de apresentação das propostas ou lances, observando-se os seguintes procedimentos, sucessivamente:

I – aplicação das regras de preferência para as microempresas e empresas de pequeno porte dispostas no Capítulo V da Lei Complementar n. 123, de 2006, quando for o caso;

29 A Lei n. 8.666/1993, a Lei n. 10.520/2002 (Lei do Pregão), e a Lei n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações), não serão analisadas devido à revogação a ser realizada pela Lei n. 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos).

30 O portal do Processo Produtivo Básico (PPB), na página eletrônica do Ministério da Economia, contém todas as informações necessárias e possibilita também o acesso a todas as portarias interministeriais que estabeleceram ou alteraram PPBs. Ver em [34](https://www.gov.br/mdic/pt-br/assuntos/competitividade-industrial/processo-produtivo-basico-ppb#:~:text=O%20Processo%20Produtivo%20B%C3%A1sico%20(PPB,efetiva%20industrializa%C3%A7%C3%A3o%20de%20determinado%20produto%22, acessado em 1º/6/2024.</p>
</div>
<div data-bbox=)

II – aplicação das regras de preferência previstas no art. 5º [“I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o Processo Produtivo Básico (PPB), na forma definida pelo Poder Executivo Federal; II – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; e III – bens e serviços produzidos de acordo com o PPB, na forma definida pelo Poder Executivo Federal”], com a classificação dos licitantes cujas propostas finais estejam situadas até dez por cento acima da melhor proposta válida, conforme o critério de julgamento, para a comprovação e o exercício do direito de preferência;

III – convocação dos licitantes classificados que estejam enquadrados no inciso I do art. 5º, na ordem de classificação, para que possam oferecer nova proposta ou novo lance para igualar ou superar a melhor proposta válida, caso em que será declarado vencedor do certame;

IV – caso a preferência não seja exercida na forma do inciso III, por qualquer motivo, serão convocadas as empresas classificadas que estejam enquadradas no inciso II do art. 5º, na ordem de classificação, para a comprovação e o exercício do direito de preferência, aplicando-se a mesma regra para o inciso III do art. 5º, caso esse direito não seja exercido; e

V – caso nenhuma empresa classificada venha a exercer o direito de preferência, observar-se-ão as regras usuais de classificação e julgamento previstas na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e na Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002.

5.2. Lei n. 10.973/2004 (dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação)

A Lei n. 10.973/2004 estabelece incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica, de modo a promover a capacitação tecnológica, o alcance da autonomia tecnológica e o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do país. O art. 20 da lei citada disciplina as encomendas tecnológicas (ETEC – regulamentadas pelos arts. 27 a 33 do Decreto n. 9.283/2018), a serem utilizadas pela Administração Pública para satisfação de necessidades específicas que exijam a execução de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação com elevado risco tecnológico (incertezas) (TCU, 2020).

Diante de um problema específico cuja solução envolva risco tecnológico para o desenvolvimento de um produto, serviço ou processo inovador, o art. 20 da

Lei n. 10.973/2004 possibilita a contratação direta de instituições científicas, tecnológicas e de inovação (ICT)³¹ ou de empresas, isoladamente ou em consórcios, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica. Nessas contratações diretas, a Administração Pública “define exatamente qual resultado deve ser buscado, se uma vacina, se um sistema de irrigação, se uma solução de mobilidade urbana ou se um determinado desenvolvimento tecnológico, por exemplo” (Instituto, 2019)³².

As encomendas tecnológicas encontram suporte no inciso V do art. 75 da Lei n. 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), que estabeleceu a possibilidade de dispensa de licitação para “contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei n. 10.973, de 2 de dezembro de 2004”. A Administração Pública, além de tentar obter solução para um problema cujo produto, serviço ou processo inovador não está disponível no mercado, pode utilizar ETEC de forma estratégica para estimular o desenvolvimento tecnológico pelo lado da demanda (Organização, 2011)³³ e impulsionar a geração e a difusão de inovações (Edler, 2012; Organização, 2017; Macedo, 2017)³⁴.

31 Lei n. 10.973/2004 – “Art. 2º [...] V – Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT): órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos; [...]”.

32 Ver em https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34554, acessado em 10/3/2022.

33 A OCDE explica, a propósito, que as “políticas de inovação do lado da demanda fazem parte de uma evolução de um modelo linear de inovação, geralmente focado em P&D, para uma abordagem mais ampla que considera todo o escopo do ciclo de inovação. Esse foco no lado da demanda também reflete uma percepção geral de que as políticas tradicionais do lado da oferta – apesar dos refinamentos em seu design nas últimas décadas – não foram capazes de trazer o desempenho da inovação e a produtividade aos níveis desejados”, destacando-se, “no centro das recentes iniciativas de política de inovação pelo lado da demanda” realizadas por países com níveis diferentes de desenvolvimento, as contratações públicas. Ver em https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/demand-side-innovation-policies_9789264098886-en#page1, acessado em 10/3/2022.

34 Segundo Mariano de Matos Macedo, os “Estados Unidos são pioneiros na adoção da sistemática dessas políticas, a China mais agressiva desde o início dos anos 2000 e o Brasil somente passa a incorporá-las de forma incisiva na agenda de políticas públicas em anos mais recentes [...]”. Ver em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30404&Itemid=424, acessado em 10/3/2022.

5.3. Lei n. 11.578/2007 (dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos estados, Distrito Federal e municípios de ações do Programa de Aceleração do Crescimento)

O art. 3º-A da Lei n. 11.578/2007 estabeleceu que “os editais de licitação e os contratos necessários para a realização das ações integrantes do PAC, sob a modalidade de execução direta ou descentralizada, poderão exigir a aquisição de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais em setores específicos definidos em ato do Poder Executivo federal”. Para tanto, consoante exigência da lei para cada setor, o Poder Executivo federal:

Art. 3º-A. [...]

§ 1º [...]

I – estabelecerá regras e condições requeridas para caracterizar os produtos manufaturados nacionais e os serviços nacionais;

II – indicará as normas técnicas brasileiras específicas a serem atendidas na fabricação dos produtos manufaturados e na prestação dos serviços adquiridos;

III – fixará o percentual mínimo de produtos manufaturados nacionais e de serviços nacionais a ser adquirido;

IV – definirá a forma de aferição e de fiscalização do atendimento da obrigação de aquisição de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais.

Há, na Lei n. 11.578/2007, previsão de que os termos de compromissos celebrados com os entes subnacionais para a execução de ações do PAC contenham exigências de aquisição de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais, impondo-se, nesse caso, que os entes subnacionais reproduzam nos editais de licitação e nos contratos decorrentes as cláusulas necessárias para concretização das determinações do Poder Executivo federal, que terá a responsabilidade de acompanhar e de avaliar periodicamente a implantação da exigência de aquisição de percentual mínimo de produtos manufaturados nacionais e de serviços nacionais.

O Decreto n. 11.630/2023 instituiu a Comissão Interministerial de Inovações e Aquisições do Programa de Aceleração do Crescimento (CIIA-PAC), que, em conformidade com o Novo PAC instituído pelo Decreto n. 11.632/2023 e com a nova política industrial definida no âmbito do Conselho Nacional de

Desenvolvimento Industrial³⁵, é responsável por “orientar o uso do poder de compra do Estado nas ações e medidas do Novo PAC para o estímulo ao desenvolvimento produtivo e tecnológico e à inovação sustentável, ambiental e socialmente, de modo a contribuir para os processos de neointustrialização e de transição ecológica”.

5.4. Lei n. 12.187/2009 (art. 6º, inciso XII) e Lei n. 12.305/2010 (art. 7º, inciso XI)

A Lei n. 12.187/2009 institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC) e considera, entre seus instrumentos, a definição de “critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas [...] para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos [...]” (art. 6º, inciso XII).

Por sua vez, a Lei n. 12.305/2010, institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos e prevê, entre seus objetivos, a “prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para: a) produtos reciclados e recicláveis; b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis; [...]” (art. 7º, inciso XI).

Esses dois diplomas legais possibilitam a utilização estratégica das contratações públicas para alcance de objetivos secundários relacionados ao desenvolvimento sustentável (AGU, 2021)³⁶, o que se coaduna à Lei n. 14.133/2021, que, além de definir o “desenvolvimento nacional sustentável” como um dos objetivos a serem alcançados nas contratações públicas, estabeleceu-o como um dos princípios a serem observados pelos órgãos e entidades públicas³⁷.

35 Originalmente, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Industrial foi criado pelo art. 18 da Lei n. 11.0808/2004, sendo efetivamente retomado com a edição do Decreto n. 11.482/2023. Ver em: Resolução CNDI/MDIC n. 1, de 6/7/2023, e Plano de Ação para a Neointustrialização 2024-2026. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdic/pt-br/composicao/se/cndi>>. Acesso em: 1º jun. 2024.

36 Ver em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-atualiza-regras-para-contratacoes-sustentaveis-na-administracao-publica-federal>, acessado em 10/3/2024.

37 A Lei n. 14.133/2021 estabelece, na alínea j do inciso IV do art. 75, a possibilidade de contratação direta para “coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente de pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública”.

5.5. Lei n. 12.598/2012 (estabelece normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa)

A Lei n. 12.598/2012 estabelece normas especiais para as “compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa” e considera: (i) produto de defesa (Prode) – “todo bem, serviço, obra ou informação [...] utilizados nas atividades finalísticas de defesa, com exceção daqueles de uso administrativo”³⁸; (ii) produto estratégico de defesa (PED) – “todo Prode que, pelo conteúdo tecnológico, pela dificuldade de obtenção ou pela imprescindibilidade, seja de interesse estratégico para a defesa nacional [...]”³⁹; e (iii) sistema de defesa (SD) – o “conjunto inter-relacionado ou interativo de Prode que atenda a uma finalidade específica”.

Quando se tratar de PED, o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 12.598/2012 possibilita que os órgãos e entidades públicas realizem licitação destinada exclusivamente a empresas estratégicas de defesa (EED), ou seja, pessoas jurídicas credenciadas pelo Ministério da Defesa que atendem às seguintes condições estabelecidas:

Art. 2º [...]

IV – [...]

- a) ter como finalidade, em seu objeto social, a realização ou condução de atividades de pesquisa, projeto, desenvolvimento, industrialização, prestação dos serviços referidos no art. 10, produção, reparo, conservação, revisão, conversão, modernização ou manutenção de PED no País, incluídas a venda e a revenda somente quando integradas às atividades industriais supracitadas;
- b) ter no País a sede, a sua administração e o estabelecimento industrial, equiparado a industrial ou prestador de serviço;
- c) dispor, no País, de comprovado conhecimento científico ou tecnológico próprio ou complementado por acordos de parceria com Instituição Científica e Tecnológica para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e

38 O inciso I do art. 2º da Lei n. 12.598/2012 cita “armamentos, munições, meios de transporte e de comunicações, fardamentos e materiais de uso individual e coletivo”.

39 O inciso II do art. 2º da Lei n. 12.598/2012 cita “recursos bélicos navais, terrestres e aeroespaciais”; “serviços técnicos especializados na área de projetos, pesquisas e desenvolvimento científico e tecnológico”; e “equipamentos e serviços técnicos especializados para as áreas de informação e de inteligência; [...]”.

tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo, relacionado à atividade desenvolvida, observado o disposto no inciso X do *caput*;

d) assegurar, em seus atos constitutivos ou nos atos de seu controlador direto ou indireto, que o conjunto de sócios ou acionistas e grupos de sócios ou acionistas estrangeiros não possam exercer em cada assembleia geral número de votos superior a 2/3 (dois terços) do total de votos que puderem ser exercidos pelos acionistas brasileiros presentes; e

e) assegurar a continuidade produtiva no País; [...]

O art. 3º, § 1º, incisos II e III, da Lei n. 12.598/2012 possibilita, no caso de contratação de Prode ou SD, que os órgãos e entidades públicas realizem licitação “destinada exclusivamente à compra ou à contratação de Prode ou SD produzido ou desenvolvido no país ou que utilize insumos nacionais ou com inovação desenvolvida no país [...]”; ou que “assegure à empresa nacional produtora de Prode ou à ICT [conforme redação atual do inciso V do art. 2º da Lei n. 10.973/2004, instituição científica, tecnológica e de inovação], no percentual e nos termos fixados no edital e no contrato, a transferência do conhecimento tecnológico empregado ou a participação na cadeia produtiva”.

Há, nos demais dispositivos da Lei n. 12.598/2012, outras regras que permitem a conformação de uma política de inovação do lado da demanda, a exemplo da possibilidade de o edital e o contrato determinarem “percentual mínimo de agregação de conteúdo nacional” (§ 6º do art. 3º) e, quando envolverem importação de Prode ou SD, exigirem “acordos de compensação tecnológica, industrial e comercial” conforme regras definidas pelo Ministério da Defesa (art. 4º). E, assim, mais do que contratar bens e serviços, os órgãos e entidades públicas podem contribuir para o alcance de objetivos secundários relacionados à área de defesa nacional⁴⁰.

40 A Lei n. 14.133/2021 estabelece, na alínea *f* do inciso IV do art. 75, a possibilidade de contratação direta para “bens ou serviços produzidos ou prestados no país que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional”.

5.6. Lei Complementar n. 123/2006 (institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte)

A Lei Complementar n. 123/2006 (alterada pelas Leis Complementares n. 147/2014 e n. 155/2016) institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e, nos arts. 42 a 49, estabelece tratamento favorecido, diferenciado e simplificado em contratações públicas, “objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica” (art. 47).

Nos arts. 42 a 49 da Lei Complementar n. 123/2006⁴¹, há diversas medidas em favor das microempresas e empresas de pequeno porte, como, por exemplo:

- (i) como critério de desempate, o art. 44 admite preferência para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte (o art. 45 considera como empate ficto as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte que sejam até 10% superiores à proposta de menor preço de empresa não enquadrada, salvo na modalidade pregão, em que o intervalo máximo será de até 5% superior do menor preço);
- (ii) nos itens ou lotes de licitação com valor até R\$ 80.000,00, o inciso I do art. 48 exige que a licitação seja destinada, exclusivamente, à participação de microempresas e empresas de pequeno porte;
- (iii) em licitações para compra de bens de natureza divisível, se não houver prejuízo para o conjunto ou o complexo do objeto, o inciso III do art. 48 exige

41 A Lei n. 14.133/2021 determina a aplicação, nas contratações sob a égide da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar n. 123/2006, observada a seguinte ressalva: “Art. 4º [...] § 1º As disposições a que se refere o *caput* deste artigo não são aplicadas: I – no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte; II – no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte. § 2º A obtenção de benefícios a que se refere o *caput* deste artigo fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação. § 3º Nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites previstos nos §§ 1º e 2º deste artigo.”

cota de até 25% do objeto para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte;

- (iv) em licitações de obras e serviços, o inciso II do art. 48 faculta à Administração Pública exigir, nos instrumentos convocatórios, subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte.

O § 3º do art. 48 da Lei Complementar n. 123/2006 admite, em acréscimo, que, em licitações exclusivas, com cotas reservadas e com previsão de subcontratação, seja estabelecida, justificadamente, “a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido”.

Em conjunto, de forma análoga ao que acontece em outros países, a exemplo dos Estados Unidos por meio do *Small Business Act* e de disposições constantes no *Federal Acquisition Regulation*, os arts. 42 a 49 da Lei Complementar n. 123/2006 viabilizam a utilização do poder de contratação estatal para alcance de objetivos secundários, *in casu*, o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado de microempresas e empresas de pequeno porte, com vistas a facilitar seu acesso ao mercado de contratações pública e, assim, potencializar o desenvolvimento nacional sustentável.

5.7. Lei n. 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos)

A Lei n. 14.133/2021 estabelece o novo marco legal das contratações públicas brasileiras, aplicável à Administração direta, autárquica e fundacional de todos os entes da federação, e contempla, entre seus objetivos, o incentivo à inovação e ao desenvolvimento nacional sustentável. Logo, além de estabelecer regras que possibilitem a obtenção de bens e serviços de forma tempestiva, econômica e eficiente, a Lei n. 14.133/2021 também possibilita a utilização estratégica do poder de contratação estatal para alcance de objetivos secundários.

Destacam-se, no contexto exposto, alguns dispositivos da Lei n. 14.133/2021 que podem contribuir para utilização do poder de contratação estatal, a começar por incentivos à centralização (mediante centrais de compras ou consórcios entre municípios), passando pelo fortalecimento dos instrumentos de planejamento (plano de contratações anual e estudo técnico preliminar), pelo estímulo à implementação de catálogo eletrônico de padronização e pela exigência de

definição de minutas padronizadas dos principais documentos exigidos em uma licitação, até chegar à ressignificação da melhor proposta, agora com exigência de consideração de custos indiretos relacionados a todo o ciclo de vida dos objetos, a saber:

- (i) art. 19, inciso I – determina a instituição de instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização das contratações públicas, existindo, no *caput* do art. 181, determinação de instituição de centrais de compras pelos entes federativos, ressalvados os municípios com até 10.000 habitantes que, conforme parágrafo único do art. 181, constituirão, preferencialmente, consórcios públicos;
- (ii) art. 12, inciso VII do *caput* e § 1º – incentivam a elaboração de plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades de um mesmo ente federativo e, com a prévia divulgação em sítio eletrônico oficial, de ampliar a competitividade das licitações;
- (iii) art. 19, incisos II e IV – estabelecem que a administração deve instituir catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, admitindo, também, a adoção do catálogo do Poder Executivo federal, a ser disponibilizado no Portal Nacional de Contratações Públicas; e determinam a definição de modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;
- (iv) art. 18, inciso I do *caput* e §§ 1º a 3º – fortalecem a fase preparatória das licitações ao impor a realização de estudo técnico preliminar para incentivar o planejamento e para subsidiar modelagem da licitação voltada à realização de uma contratação efetivamente vantajosa, em conformidade com o interesse público envolvido;
- (v) art. 81 – disciplina o procedimento de manifestação de interesses (PMI), instrumento auxiliar das contratações públicas a ser utilizado pela Administração Pública, mediante edital de chamamento público, para promover a inovação pelo lado da demanda ao solicitar à iniciativa privada “a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras” para resolução de questões de relevância pública⁴², que, caso

42 O § 4º do art. 81 da Lei n. 14.133/2021 possibilita a realização de PMI restrito a *startups*, “assim considerados os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas

aproveitados em licitação realizada pela administração, ensejarão a remuneração do responsável por sua elaboração pelo licitante vencedor, na forma prevista no edital⁴³.

- (vi) art. 34, *caput* e § 1º – estabelecem que o menor dispêndio para a administração seja considerado quando adotado o critério de julgamento menor preço, maior desconto ou, se couber, técnica e preço e que se possa incluir custos indiretos relacionados a despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto, entre outros fatores vinculados ao ciclo de vida.

O art. 26 da Lei n. 14.133/2021 merece atenção redobrada, pois possibilita a aplicação de margens de preferência em favor de: (i) bens manufaturados nacionais, assim definidos quando produzidos “no território nacional de acordo com o processo produtivo básico⁴⁴ ou com as regras de origem (Ministério da Economia, 2020)⁴⁵ estabelecidas pelo Poder Executivo federal” (inciso XXXVII do art. 6º da Lei n. 14.133/2021); (ii) serviços nacionais, assim considerados quando prestados “em território nacional, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal” (inciso XXXVI do art. 6º da Lei n. 14.133/2021); e (iii)

inovadoras que possam causar alto impacto”, exigindo-se, na seleção definitiva da inovação demandada no PMI, “validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração”. A Lei Complementar n. 182/2021, ao instituir o marco legal das *startups* e do empreendedorismo inovador, definiu, no art. 4º, as empresas que poderão ser enquadradas como *startups*, o que deverá ser observado quando realizado PMI restrito.

- 43 O § 1º do art. 81 da Lei n. 14.133/2021 estabelece que os trabalhos realizados pela iniciativa privada no âmbito de um PMI: (i) não obrigam a Administração a realizar posterior licitação; e (ii) não implicam, por si sós, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração. O § 3º do art. 81 da Lei n. 14.133/2021 exige, na seleção de trabalho em um PMI, elaboração de parecer fundamentado pela Administração, para demonstrar que: (i) ele é “adequado e suficiente à compreensão do objeto”; (ii) “as premissas adotadas são compatíveis com as reais necessidades”; e (iii) “a metodologia proposta é a que propicia a maior economia e vantagem entre as demais possíveis”.
- 44 Nos termos da alínea *b* do § 8º do art. 7º do Decreto-Lei n. 288, de 28/2/1967 (redação dada pela Lei n. 8.387/1991), aqui utilizada como simples referência, processo produtivo básico é “o conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto”.
- 45 Como explica o Ministério da Economia, regras de origem são “exigências produtivas determinadas por países ou blocos para caracterizar a origem das mercadorias”, utilizadas, nas contratações públicas, para garantir que os produtos beneficiados por margens de preferência não sejam provenientes de outros países.

bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, conforme regulamento (Amorim; Lima, *apud* Douglas; Borelli, 2021)⁴⁶.

Há, em síntese, possibilidade de os bens manufaturados e os serviços nacionais serem beneficiados em contratações públicas da seguinte forma: (i) margem de preferência de até 10% sobre o preço dos bens e serviços estrangeiros, desde que precedida de decisão fundamentada do Poder Executivo federal (incisos I e II do § 1º do art. 26 da Lei n. 14.133/2021)⁴⁷; ou (ii) margem de preferência de até 20% sobre o preço dos bens e serviços estrangeiros, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal, exigindo-se que sejam “resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no país (§ 2º do art. 26 da Lei n. 14.133/2021).

Quando cotejada com a Lei n. 8.666/1993 (em especial, com o § 6º do art. 3º) (Ministério da Fazenda, 2015)⁴⁸, a Lei n. 14.133/2021 impõe menos formalidades para implementação e, até mesmo, manutenção das margens de preferência. O art. 26 da Lei n. 14.133/2021 foi regulamentado pelo Decreto n. 11.890/2024, que utilizou: (i) o conceito de margem de preferência normal para se referir ao § 1º do art. 26 da lei, o qual admite margem de até 10% do valor do bem ou serviço nacional; e (ii) o conceito de margem de preferência adicional para se referir ao § 2º do art. art. 26 da lei, aplicável exclusivamente aos produtos e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica, o qual admite margem de até 20% do valor do bem ou serviço nacional.

46 Em relação à margem de preferência para “bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis”, a Lei n. 14.133/2021 possibilita que todos os entes federativos a disciplinem para suas respectivas contratações, desde que observado o limite máximo de 10% sobre o preço dos bens não reciclados, recicláveis ou biodegradáveis. Complementa-se, assim, o disposto na Lei n. 12.187/2009 e na Lei n. 12.305/2010, que também estabelecem medidas para utilização estratégica das contratações públicas para alcance de objetivos secundários relacionados ao desenvolvimento sustentável.

47 Em relação à margem de preferência de 10% sobre o preço de bens e serviços estrangeiros, o inciso III do § 1º do art. 26 da Lei n. 14.133/2021 possibilita que ela seja “estendida a bens manufaturados e serviços originários de Estados Partes do Mercado Comum do Sul (Mercosul), desde que haja reciprocidade com o país prevista em acordo internacional aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Presidente da República”.

48 Existem controvérsias sobre os resultados da experiência brasileira sob a égide da Lei n. 8.666/1993 com margens de preferência em favor de bens e serviços nacionais. O documento “Avaliação de Impacto das Margens de Preferência nas Compras Governamentais”, elaborado pela Secretaria de Política Econômica do antigo Ministério da Fazenda, destaca, ainda assim, que “as margens efetivamente têm efeito de induzir a seleção competitiva de fornecedores nacionais [...]” e que “os parâmetros atuais da política atendem aos requisitos de eficácia para a geração de emprego e valor da produção doméstica [...]”. Ver em <https://www.conjur.com.br/dl/avaliacao-impacto-compras-governamentais.pdf>, acessado em 1º/6/2024.

O Decreto n. 11.890/2024 também instituiu a Comissão Interministerial de Contratações Públicas para o Desenvolvimento Sustentável, que é responsável por editar resoluções, mediante estabelecimento das margens de preferência normais (de até 10%), e por encaminhar ao Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos as propostas de margens de preferência adicional (de até 20% no total). Tais propostas devem ser submetidas à apreciação do presidente da República, para análise e edição do decreto regulamentar para favorecer bens e serviços resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica⁴⁹, em coautoria com o Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços e com o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação.

Ademais, o § 6º do art. 26 da Lei n. 14.133/2021 possibilita, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal, que a Administração Pública, mediante prévia justificativa da autoridade competente, estabeleça exigência de que o contratado promova “medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica” ou “acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não” em favor de órgão ou entidade integrante da Administração Pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, nos instrumentos que disciplinam as licitações.

A Administração Pública poderá, assim, obter benefícios de natureza industrial, tecnológica ou comercial necessários para “fortalecimento da produção de bens, do desenvolvimento tecnológico ou da prestação de serviços” no país (Varrichio *apud* Instituto, 2017, p. 179-234)⁵⁰, tais como: “a) coprodução; b) produção sob licença; c) produção subcontratada; d) investimento financeiro em capacitação industrial e tecnológica; e) transferência de tecnologia; f) obtenção de materiais

49 As margens de preferência não poderão ser aplicadas quando a capacidade de produção ou prestação no país for inferior à quantidade a ser adquirida ou contratada ou, sendo o caso, quando for inferior aos quantitativos fixados em razão do parcelamento do objeto (§ 5º do art. 26 da Lei n. 14.133/2021).

50 A Lei n. 14.133/2021 estabelece, no inciso XII do art. 75, a possibilidade de contratação direta nos casos em que “houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição desses produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia” (fundamenta, por exemplo, as Parcerias para o Desenvolvimento Produtivo no âmbito do Ministério da Saúde). Ver em https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30404&Itemid=424, acessado em 10/3/2022.

e meios auxiliares de instrução; g) treinamento de recursos humanos; h) contrapartida comercial; ou i) contrapartida industrial; [...]”⁵¹.

O § 7º do art. 26 da Lei n. 14.133/2021, regulamentado pelo art. 6º do Decreto n. 11.890/2024, é aplicável a contratações destinadas à implantação, à manutenção e ao aperfeiçoamento de sistemas de tecnologia da informação e comunicação considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal⁵². Além disso, admite-se, nos termos de resolução da Comissão Interministerial de Contratações Públicas para o Desenvolvimento Sustentável, a realização de licitações restritas a sistemas com tecnologia desenvolvida no país ou produzida de acordo com processo produtivo básico de que trata a Lei n. 10.176/2001, o que caracteriza incentivo à inovação pelo lado da demanda, com capacidade de contribuir para o desenvolvimento tecnológico em território nacional.

Como se nota, o § 7º do art. 26 da Lei n. 14.133/2021 vai além do disposto na Lei n. 8.248/1991, pois, nas contratações de sistemas de tecnologia estratégicos, não se limita a possibilitar simples preferência, mas admite também que a licitação seja restrita aos sistemas que tiverem tecnologia desenvolvida no país ou que tenham sido produzidos de acordo com o processo produtivo básico (conforme alínea *b* do § 8º do art. 7º do Decreto-Lei n. 288/1967, é “o conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto”).

O art. 27 da Lei n. 14.133/2021, sem prejuízo de outras medidas a serem implementadas (Instituto, 2016)⁵³, determina, como medida de transparência ativa pensada para possibilitar o controle social, que seja divulgada, “em sítio eletrônico oficial, a cada exercício financeiro, a relação de empresas favorecidas

51 O inciso III do art. 2º do Decreto n. 7.546/2011 (revogado pelo Decreto n. 11.890/2024), ao regulamentar o § 11 do art. 3º da Lei n. 8.666/1993, especificava as possíveis medidas de compensação industrial, comercial ou tecnológica, aqui utilizada como referência porque o § 6º do art. 26 da Lei n. 14.133/2021 é uma reprodução literal do dispositivo legal originalmente regulamentado. O Decreto n. 11.890/2024 não especifica as medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica.

52 O inciso XIX do art. 6º da Lei n. 8.666/1993 (revogado pela Lei n. 14.133/2021) definia sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos: “bens e serviços de tecnologia da informação e comunicação cuja descontinuidade provoque dano significativo à administração pública e que envolvam pelo menos um dos seguintes requisitos relacionados às informações críticas: disponibilidade, confiabilidade, segurança e confidencialidade”.

53 O Ipea elencou algumas medidas necessárias para facilitar a avaliação dos resultados alcançados pelas margens de preferências. Ver em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6520/1/Nota_n29_Margens_preferencia.pdf, acessado em 1º/6/2024.

[por margens de preferência, medidas de compensação e licitações restritas de sistemas de tecnologia], com a indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas”.

5.8. Lei Complementar n. 182/2021 (institui o marco legal das *startups* e do empreendedorismo inovador)

A Lei Complementar n. 182/2021 institui o marco legal das *startups* e estabelece, entre outras matérias, mais uma forma de utilização estratégica do poder de contratação estatal para estimular a inovação pelo lado da demanda. Existe agora previsão de uma modalidade de licitação especial para contratação de soluções inovadoras pelos entes federativos, para “resolver demandas públicas que exijam solução inovadora com emprego de tecnologia” e “promover a inovação no setor produtivo por meio do uso do poder de compra do Estado”.

Há, no art. 13 da Lei Complementar n. 182/2021, regras aplicáveis à licitação de soluções inovadoras, com exigência, nos instrumentos que disciplinam o procedimento licitatório, de delimitação do problema a ser resolvido e de resultados esperados pela Administração Pública. Não se exige descrição de eventual solicitação técnica previamente mapeada e suas especificações técnicas. Os licitantes poderão propor diferentes meios para resolução do problema, e o julgamento das propostas cabe à comissão especial, observados os critérios do § 4º do art. 13 da Lei Complementar:

- I – o potencial de resolução do problema pela solução proposta e, se for o caso, da provável economia para a administração pública;
- II – o grau de desenvolvimento da solução proposta;
- III – a viabilidade e a maturidade do modelo de negócio da solução;
- IV – a viabilidade econômica da proposta, considerados os recursos financeiros disponíveis para a celebração dos contratos; e
- V – a demonstração comparativa de custo e benefício da proposta em relação às opções funcionalmente equivalentes.

O § 6º do art. 13 da Lei Complementar n. 182/2021 possibilita seleção de mais de uma proposta para celebração do contrato e admite negociação com os selecionados de condições econômicas mais vantajosas para a administração, mesmo quanto aos critérios de remuneração, observado o valor máximo de R\$ 1.600.000,00 definido no § 2º do art. 14 da Lei Complementar, a ser pago por: (i) preço fixo; (ii) preço mais remuneração variável de incentivo; (iii) reem-

bolso de custos sem remuneração adicional; (iv) reembolso de custos mais remuneração variável de incentivo; ou (v) reembolso de custos mais remuneração fixa por incentivo.

A análise dos requisitos de habilitação dos selecionados será realizada depois da fase de julgamento, com possibilidade de a Administração Pública dispensar, no todo ou em parte, documentação relativa à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal. Há, no art. 14 da Lei Complementar n. 182/2021, as bases legais do Contrato Público para Solução Inovadora (CPSI), a ser celebrado com as *startups* selecionadas na licitação pelo prazo de até 12 meses, prorrogável por igual período, devendo, pelo menos, contemplar:

- I – as metas a serem atingidas para que seja possível a validação do êxito da solução inovadora e a metodologia para a sua aferição;
- II – a forma e periodicidade da entrega [...] de relatórios de andamento da execução contratual, que servirão de instrumento de monitoramento, e do relatório final a ser entregue pela contratada após a conclusão da última etapa ou meta do projeto;
- III – a matriz de riscos entre as partes, incluídos os riscos referentes a caso fortuito, força maior, risco tecnológico, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;
- IV – a definição da titularidade dos direitos de propriedade intelectual das criações resultantes do CPSI; e
- V – participação nos resultados de sua exploração, assegurados às partes os direitos de exploração comercial, de licenciamento e de transferência da tecnologia de que são titulares.

Como o CPSI envolverá, normalmente, riscos tecnológicos relacionados ao desenvolvimento da solução inovadora, os §§ 4º e 5º do art. 14 da Lei Complementar n. 182/2021 estabelecem que os pagamentos sejam realizados proporcionalmente aos trabalhos executados, de acordo com o cronograma físico-financeiro aprovado, observado o critério de remuneração previsto contratualmente, ainda que os resultados almejados não sejam atingidos em decorrência dos riscos tecnológicos, ressalvadas as remunerações variáveis de incentivo vinculadas ao cumprimento de metas contratuais.

O art. 15 da Lei Complementar n. 182/2021 possibilita que a contratada do CPSI celebre novo contrato com a Administração Pública sem necessidade de

nova licitação. Tal contrato poderá vigorar pelo prazo de 24 meses, prorrogável por igual período, com valor limitado a 5 vezes o valor máximo admitido para o CPSI (5 x R\$ 1.600.000,00, passível de ser ultrapassado exclusivamente nos casos de reajustes ou reequilíbrio econômico-financeiro), e será, especificamente, para o fornecimento do produto, do processo ou da solução resultante do instrumento contratual original ou, se for o caso, para integração da solução à infraestrutura tecnológica ou ao processo de trabalho da Administração Pública.

6. Conclusão

Os países dispõem recursos públicos significativos em suas contratações públicas, que são essenciais para prover os bens e serviços necessários à consecução das funções públicas. Porém, se abstraídos estereótipos e imagens que servem apenas para fins ideológicos, é certo que os países também podem utilizar suas contratações públicas para alcance de outros objetivos e também como alavanca estratégica para implementação de políticas públicas, com potencial de estimular o desenvolvimento nacional.

No contexto exposto, ao ir além da visão tradicional das contratações públicas como simples tarefas burocráticas, foram analisadas as recomendações de organismos internacionais, constatando-se, ao se aceitar o papel do Estado na promoção do desenvolvimento nacional, a existência de fundamentos teóricos e de experiências práticas de diversos países na utilização estratégica do poder de contratações estatal para o alcance de objetivos macro e microeconômicos.

Os “papéis de Estado comprador e de Estado promotor de fins públicos (Estado regulador/fomentador/executor de políticas públicas)” podem coexistir (Zago, 2018, p. 32). Diversos diplomas legais fundamentam o uso do poder de contratação estatal no país, dentre os quais destacam-se, por exemplo, a Lei n. 11.578/2007, que originou a Comissão Interministerial de Inovações e Aquisições do Programa de Aceleração do Crescimento, e a Lei n. 14.133/2021, que ensejou a criação da Comissão Interministerial de Contratações Públicas para o Desenvolvimento Sustentável.

Há, no Plano de Ação para a Neoindustrialização 2024-2026 (Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços, 2024)⁵⁴, decorrente da retomada do Conselho Nacional de Desenvolvimento Industrial, preocupações com a desindustrialização precoce do país, prevendo-se, com fundamento na legislação analisada e com respaldo de elementos teóricos expostos e experiências práticas já debatidas, diversas medidas para impulsionar setores industriais estratégicos, inclusive mediante utilização do poder de contratação estatal, notadamente em razão do volume de recursos públicos despendidos pela Administração Pública.

Referências

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Guia Nacional de Contratações Sustentáveis**. Alessandro Q. Machado (coord.). 4. ed. ver., atual., e ampl., Brasília, ago. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-atualiza-regras-para-contratacoes-sustentaveis-na-administracao-publica-federal>. Acesso em: 10 mar. 2024.

AMORIM, Rafael Amorim de; LIMA, Pedro Garrido da Costa. O poder de contratação estatal e a retomada do crescimento econômico. *In*: LIMA, Pedro Garrido da Costa; NAZARENO, Claudio. **Retomada econômica e geração de emprego e renda no pós-pandemia**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: <https://livraria.camara.leg.br/retomada-economica-e-geracao-de-emprego-no-pos-pandemia>. Acesso em: 1º out. 2023.

AMSDEN, Alice H. **A ascensão do “resto”**: os desafios ao ocidente de economias com industrialização tardia. São Paulo: Unesp, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e amp., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; LISBOA, Leticia Lobato Anicet. (coord.). **Regulação e infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 625-645.

ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de direito regulatório**. 2. ed., Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014.

54 Ver em <https://www.gov.br/mdic/pt-br/composicao/se/cndi>, acessado em 1º/6/2024.

ARROWSMITH, Sue. **Public procurement regulation: an introduction**. Nottingham: EU-Asia Inter University Network for teaching and research in public procurement regulation, 2011.

ARROWSMITH, Sue. Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. **Journal of Public Procurement**, v. 10, 2010, p. 149-186. Disponível em: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/fulltextarticles/suetaxonomyofhorizontalpolicies.pdf>. Acesso em: 30 maio 2024.

ASCHAUER, D. A. Is public expenditure productive?. **Journal of Monetary Economics**, v. 23, p. 177-200, 1989.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços. **Nova indústria Brasil – forte, transformadora e sustentável: Plano de Ação para a Neointustrialização 2024-2026**. Brasília: CNDI, MDIC, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mdic/pt-br/composicao/se/cndi>. Acesso em: 1º jun. 2024.

BRASIL. Ministério da Economia. **ABC das regras de origem**. p. 3. Disponível em: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/regimes-de-origem/certificado-de-origem/ABCdasRO_versofinal02.12.20.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021. Site com acesso restrito.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Avaliação de impacto das margens de preferência nas compras governamentais**. 15 dez. 2015. p. 112. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/avaliacao-impacto-compras-governamentais.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2024.

BREUS, Thiago Lima. **O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva**. 2015. 262 f. Tese (doutorado em direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, 2015.

CHANG, HA-Joon. **Chutando a escada – A estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. São Paulo: Unesp, 2004.

CIMOLI, M.; DOSI, G.; STIGLITZ, J. The rational for industrial and innovation policy. **Revista do Serviço Público**, Brasília 66 (Especial), p. 55-68, 2015.

EASTERLY, William, REBELO, Sergio. Fiscal policy and economic growth: an empirical investigation. **Journal of monetary Economics** 32. North-Holland: Elsevier Science Publishers, 1993. p. 417-458.

EDLER, J. *et al.* Evaluating the demand side: new challenges for evaluation. **Research Evaluation**, n. 21, fev. 2012, p. 33-47.

ESTORNINHO, Maria João. **Curso de direito dos contratos públicos**: por uma contratação pública sustentável. Coimbra, Almedina, 2012.

FEIJÓ, Carmem Aparecida; RAMOS, José Roberto Olinto. (orgs.) **Contabilidade social**: referência atualizada das contas nacionais. 5. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2017.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL (FMI). **Fiscal monitor**: policies for the recovery. Washington, DC: FMI, Oct. 2020.

FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael Amorim de. **Novo Olhar para as Contratações Públicas**: Precedentes e Perspectivas da Lei n. 14.133/2021. In: MATOS, Marilene Carneiro; ALVES, Felipe Dalenogare (Orgs.). Nova Lei de Licitações e Contratos – Debates, Perspectivas e Desafios. Brasília: Edições Câmara, 2023. p. 113-148.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Encomendas tecnológicas no Brasil**: guia geral de boas práticas. André Tortato Rauen e Caio Márcio Melo Barbosa. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34554. Acesso em: 10 mar. 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Nota técnica n. 29** – Margens de preferência: limites à avaliação de resultados e impactos. André Tortato Rauen. Brasília, março de 2016. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6520/1/Nota_n29_Margens_preferencia.pdf. Acesso em: 1º jun. 2024.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Políticas de inovação pelo lado da demanda no Brasil**. André Tortato Rauen (org.). p. 47-84. Brasília, 2017. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30404&Itemid=424. Acesso em: 10 mar. 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Texto para Discussão n. 2476** – O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise. Cássio Garcia Ribeiro e Edmundo Inácio Júnior. Brasília, maio 2019. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf. Acesso em: 30 maio 2024.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA); COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **Cadernos Brasil na OCDE** – Compras Públicas. Vera Thorstensen e Luís Felipe Giesteira (coords.). Brasília: Ipea, jul. 2021. Disponível em: https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/210707_cb_ocde_compras_publicas.pdf. Acesso em: 28 maio 2024.

LIMA, Pedro Garrido da Costa. Políticas econômicas no enfrentamento da crise provocada pela pandemia de Covid-19. **Cadernos ASLEGIS**, 58, 1º sem./2020, p. 99-132. Disponível em: <https://www.aslegis.org.br/files/cadernos/caderno58/politicas.pdf>. Acesso em: 1º out. 2023.

LIMA, Pedro Garrido da Costa; NAZARENO, C. **Retomada econômica e geração de emprego e renda no pós-pandemia**. v. 1. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/altosestudios/retomada_economica_V1.pdf. Acesso em: 13 ago. 2024.

MAZZUCATO, Mariana. **Innovation-driven inclusive and sustainable growth: challenges and opportunities for Brazil**. London: Institute for Innovation and Public Purpose, dez. 2023. p. 5-6 e 17.

NOHARA, Irene Patrícia. Poder de compra governamental como fator de indução do desenvolvimento: faceta extracontratual das licitações. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico**, ano 8, n. 6, set./fev. 2015.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Demand-side innovation policies**. p. 9-11. May 2011. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/demand-side-innovation-policies_9789264098886-en#page1. Acesso em: 10 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Government at a glance**. 2021. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/sites/1c258f55-en/1/2/1/index.html?itemId=/content/publication/1c258f55-en&_csp_=10e9de108c3f715b68f26e07d4821567&itemIGO=oecd&itemContentType=book. Acesso em: 28 maio 2024.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Integrating responsible business conduct in public procurement**. 2020. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/integrating-responsible-business-conduct-in-public-procurement_02682b01-en. Acesso em: 10 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Public procurement for innovation**. 2017. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/public-procurement-for-innovation_9789264265820-en#page4. Acesso em: 10 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Recomendação do Comitê de Governança Pública da OCDE em contratações públicas**. 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-conselho-contratos.pdf>. Acesso em: 30 maio 2024.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Reforming public procurement – Progress in implementing the 2015 OCDE recommendation**. Oct. 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/governance/publicprocurement/reforming-public-procurement-1de41738-en.htm>. Acesso em: 26 maio 2023.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**. Lisboa: Edições 70, 2012.

REZENDE, Elvira Carolina Moreira; MOREIRA, Marina Figueiredo. Desempenho das compras governamentais: revisão da literatura nacional recente e proposição de uma agenda de pesquisa. **Revista Gestão e Regionalidade**. São Caetano do Sul, v. 37. n. 112, set./dez. 2021. p. 233-250.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-279, maio/ago. 2016.

RIBEIRO, Cássio Garcia; INÁCIO JÚNIOR, Edmundo. Caracterização dos contratos de compras públicas existentes no Sistema Integrado de Serviços Gerais. *In.*: IPEA. **Compras públicas para inovação no Brasil**: novas possibilidades legais. André Tortato Rauen (org.). Brasília, 2022, p. 39-76. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/11623>. Acesso em: 28 maio 2024.

RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2013.

ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

TANZI, V; ZEE, H. Fiscal policy and long run growth. **IMF Staff Papers**, Washington, D.C.: International Monetary Fund Publication Services, v. 44, n. 2, p. 179-209, 1997.

THAI, Khi V. Public procurement re-examined. **Journal of Public Procurement**, v. 1, issue 1, p. 9-50, 2001.

THIRLWALL, A. P.; PACHECO-LÓPEZ, P. **Economics of development**. 10. ed., London: Palgrave, 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Encomenda tecnológica**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/encomenda-tecnologica-etec.htm>. Acesso em: 10 mar. 2022.

VARRICHIO, Pollyana de Carvalho. As parcerias para o desenvolvimento produtivo da saúde. *In.*: IPEA. **Políticas de inovação pelo lado da demanda no Brasil**. André Tortato Rauen (org.). p. 179-234. Brasília, 2017. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30404&Itemid=424. Acesso em: 10 mar. 2022.

VIEIRA, Danilo Miranda. **Estado, direito e inovação**: o uso do poder de compra estatal para o fomento ao desenvolvimento científico e tecnológico nacional. Fórum: Belo Horizonte, 2024.

WORLD BANK. **A global procurement partnership for sustainable development:** an international stocktaking of development in public procurement. Washington, D.C., Jan. 2022. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/events/2022/01/06/a-global-procurement-partnership-for-sustainable-development-an-international-stocktaking-of-developments-in-public-proc>. Acesso em: 28 maio 2024.

ZAGO, Marina Fontão. **Poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas.** Brasília: Enap, 2018.

A governança da transição à nova lei de licitações: construção de modelo teórico

Renato Fenili⁵⁵

1. Introdução

Respondendo por uma das principais mudanças do direito e da logística públicos nacionais nas últimas décadas, a Lei n. 14.133/2021, ora nominada nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA), inaugurou período de transição que tenderá a se estender em médio e longo prazos.

A densidade normativa, o seu viés analítico, a fundamentação em diversos artefatos de governança e o substrato da realidade sociológica sobre a qual será aplicada justificam prazos alargados de institucionalização de novas práticas.

A produção doutrinária e institucional sobre o novel diploma, como regra, debruçou-se sobre comandos específicos da nova lei, e pincelou traços distintivos se cotejada com as leis anteriores. Nada obstante, pouco se escreveu sobre a transição em si, à luz da perspectiva organizacional pública de gestão.

O presente capítulo, assim, vem a endereçar tal lacuna, pois propõe modelo teórico que identifique e bem caracterize as variáveis preditoras de uma exitosa transição, em visão sistêmica, para compor robusto ferramental à administração pública.

55 Subsecretário de Gestão do Governo do Estado de São Paulo. Presidente da Comissão Especial de Transição à Lei n. 14.133/2021, no estado de São Paulo. Ex-secretário nacional de gestão. Ex-diretor de compras da Câmara dos Deputados. Ex-presidente do Comitê Gestor do Portal Nacional de Contratações Públicas. Servidor da Câmara dos Deputados. Idealizador do Lab-Comp, o primeiro laboratório de inovação em contratações públicas da América Latina. Mestre e doutor em administração pela Universidade de Brasília. Escritor, professor e palestrante nacional e internacional. Autor de livros e publicações diversas.

2. A problemática

A Lei n. 14.133/2021 vem a protagonizar uma das principais alterações no cenário da logística e do direito público brasileiro – tal é o axioma posto em exordial – e revoga um regime licitatório cuja espinha dorsal chegou a três décadas de existência, e cujas práticas restam incrustadas à cultura governamental pátria, um regime licitatório já anacrônico, analógico, nascido nos primórdios de um incipiente governo digital pátrio, atrofiado na faceta de planejamento processual. A Lei n. 8.666/1993 remonta ao modelo de gestão burocrático, cujo foco era restrito à eficiência do rito, não se comunicando à efetividade de uma contratação. O novel diploma, em seu turno, vem ao mundo com um DNA de *e-procurement* e com traços marcantes dos modelos de nova gestão e de nova governança pública.

O abismo cultural, histórico e político entre tais leis gerais faz ressoar a necessidade de uma transição que deverá tocar vertentes profundas de hábitos e comportamentos formais arraigados no cenário pátrio. Estamos, pois, diante de dinâmicas concomitantes afetas à desinstitucionalização das derivações da tríade normativa composta pelas Leis n. 8.666/1993, n. 10.520/2002 e n. 12.462/2011 e à institucionalização de rotinas inéditas relativas à Lei n. 14.133/2021.

No binômio desinstitucionalização – (re)institucionalização, valendo-se do modelo de Greenwood, Suddaby e Hinings (2002), o solavanco inicial, responsável por desestabilizar o regime de contratações antigo, é a recente externalização normativa legal e infralegal originária da nova LLCAs. A patente obviedade do primeiro passo contrasta com a turbidez sobre como se darão os demais. A transição vai muito além da edificação de um novo arcabouço regulamentar. Há, sim, matizes menos salientes, mais estruturais e politicamente relevantes: é na objetivação que papéis e atribuições serão remodelados, impingindo-se nova distribuição de capital (poder) inter e intraorganizacional. Mudam-se o *status quo*, as competências, os processos e a distribuição de responsabilidade e de autoridade.

a) Como se gerir transição de tal vulto?

A resposta jamais pode ser dada sem se adentrar nas peculiaridades dos casos concretos. A heterogeneidade das organizações públicas brasileiras impinge o

afastamento de fórmulas prontas, estereotipadas. Ilustra-se: órgãos e entidades que, historicamente, são marcados pela cronicidade de poucos recursos estruturais, de *expertise* sobre a matéria e de pessoal tendem a vivenciar transições arrevesadas, do mesmo modo que organizações bem estruturadas, mas sem diligência da média e da alta administrações acerca da mutação em curso, também demonstram tal predisposição. O atributo comum, nessa conjuntura, é o elevado risco de falta de *compliance* com o moderno regime.

Se a questão previamente posta demanda olhar fático e casuístico, não se olvida a existência de pergunta que a antecede, em termos lógicos:

b) O que deve ser considerado, no contexto organizacional, para fins da transição entre regimes?

Se a questão “a” suscita olhar aplicado em contexto específico, a questão “b”, advoga-se, é ampla, abrangente. Em alegoria, a questão “b” é tomada para a modelagem de um cinzel, ao passo que a questão “a” requer a aplicação da ferramenta em uma escultura determinada.

Nesses lindes, a problemática deste capítulo recai em bem aclarar um modelo subjacente do desempenho da transição legal (tida como variável dependente), identificando suas variáveis preditoras.

3. Modelo organizacional para a transição entre regimes licitatórios

A presente seção vem a percorrer itinerário que parte da análise para se chegar à síntese. Origina-se na identificação e no exame das variáveis dependente e independentes, imanentes à fronteira organizacional pública, necessárias para fins de consideração na dinâmica da transição em tela. Culmina na apresentação sintética do modelo, em ótica relacional.

No âmbito do governo federal, a Secretaria de Gestão do então Ministério da Economia lançou, em meados do segundo semestre de 2022, o chamado Plano de Gestão de Riscos da Operacionalização da Nova Lei de Licitações

(PGRONLL)⁵⁶, propositor de um instrumento de avaliação de riscos, segmentado em cinco dimensões, a saber: regulamentação, sistemas, processos, pessoas, estrutura. O plano, de lavra deste autor, é ora tomado como base para discussão subsequente. Sem embargo, propõe-se ir além, lapidando-se dimensões existentes, e preconizando-se outras, e adentrando em domínio perscrutador até então intocado. Mais a mais, preliminarmente, as próprias preditoras da transição são tomadas de forma isolada, com o fito de se distinguirem suas variáveis independentes.

3.1. Regulamentação

Em junho de 2021, a Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos, da Advocacia-Geral da União, exarou o Parecer n. 00002/2021/CNMLC/CGU/AGU, que conduziu análise jurídica de condicionamentos e requisitos para a possibilidade de utilização da Lei n. 14.133/2021, como fundamento para embasar contratações.

De notório, o documento atrai segurança jurídica ao passo que não só traz os requisitos mínimos para utilização do novel diploma, mas também assenta seu traço geral de eficácia limitada. O quadro 1 traz compêndio do juízo exarado pelo parecer em comento, complementado por visões mais contemporâneas e interiores à Lei n. 14.133/2021.

⁵⁶ Ver em <https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/identificacao-e-avaliacao-de-riscos>, acessado em 15/8/2023.

Quadro 1. Condicionantes mínimas para operacionalização da Lei n. 14.133, de 2021

Rito a ser operacionalizado	Condicionantes mínimas
(1) Licitações e contratos em geral, incluídas as contratações diretas	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Prontificação do Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP); ▶ Interligações de TIC necessárias, a fim de se publicar o contrato no PNCP (art. 94); ▶ Regulamentação sobre enquadramento de bens de consumo em categoria de luxo (art. 20)⁵⁷; ▶ Regulamentação da pesquisa de preços (art. 23, §§ 1º e 2º); ▶ Regulamentação do papel do fiscal e gestor de contrato (art. 8º, § 3º)⁵⁸; ▶ Estudo técnico preliminar e termo de referência⁵⁹; ▶ Plano de contratações anual⁶⁰.
(2) Apenas licitações (além das medidas necessárias em (1))	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Regulamentação do papel do agente de contratação, da equipe de apoio e da comissão de contratação (art. 8º, § 3º); ▶ Regulamentação dos modos de disputa (menor preço e maior desconto, técnica e preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, maior retorno econômico); ▶ Regulamentação do diálogo competitivo e do leilão.
(3) Pronto pagamento	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Regulamentação do pronto pagamento (limites para concessão de suprimento de fundos, regras para aferição de fracionamento de despesas).
Sistema de registro de preços	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Regulamentação do sistema de registro de preços (arts. 82 a 86).
Credenciamento	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Regulamentação do credenciamento (art. 79).
Transferências da União (em especial, as voluntárias)	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Regulamentação, pelo Poder Executivo federal, de convênios e contratos de repasse, entre outras transferências voluntárias (art. 184).

Fonte: elaborado pelo autor, a partir do Parecer n. 00002/2021/CNMLC/CGU/AGU, com complementações analíticas.

57 Medida necessária caso, obviamente, a contratação seja de bem de consumo.

58 No caso de contratações diretas, tal regulamentação é necessária quando ocorre formalização de termo de contrato.

59 Regulamentação necessária, especificamente, para exigir o uso de sistemas de TIC para preenchimento de tais artefatos (como, no caso do Poder Executivo federal, os sistemas ETP Digital e TR Digital), bem como para elucidar em quais casos o ETP e o TR são necessários em contratações diretas, por exemplo.

60 Na hipótese de o ente federativo optar pela adoção deste instrumento de governança, haja vista a lei conferir a faculdade, não a obrigatoriedade, de emprego do plano de contratações anual.

Faz-se mister assinalar que o quadro 1 sumariza apenas o núcleo duro operacional da Lei n. 14.133/2021. Dezenas de outros regramentos são necessários para plena eficácia do novo regime licitatório. O que se denota, pois, é um uso abundante, do legislador primário, da técnica de reservar a atos infralegais a delimitação de regras transacionais.

Eis que o desempenho satisfatório da transição em comento é diretamente correlacionado à regulamentação infralegal. Nesse quesito, sobressaem-se dois atributos essenciais da dita regulamentação, capazes de suscitar efeitos bastante distintos da *performance* da mudança em curso, a saber:

- (i) Qualidade da regulamentação: entende-se por “boa qualidade normativa infralegal” a propriedade, de determinado ato capaz, de bem equilibrar os requisitos de aderência à realidade institucional, à linguagem clara, à estrutura didática processual, à coerência e coesão, à clareza quanto às fronteiras orgânicas e à efetiva mitigação das lacunas da legislação primária. Trata-se de atributo pouco discutido no cenário logístico brasileiro;
- (ii) Estratégia de regulamentação: estende-se em um *continuum*, com os extremos representados pela edição de um normativo regulamentador único, em um lado, e pela edição de normativos apartados, de forma sequencial, em outro. A depender da estratégia, a transição entre regimes é afetada em características como prazo do projeto de regulamentação, percepção e entendimento do arcabouço infralegal pelo legislado, pressão dos *stakeholders* envolvidos, interregno de maturação normativa (pré-publicação), possibilidade de inovação infralegal e custo de mudanças normativas futuras.

3.2. Gestão de pessoas

No quesito de gestão de pessoas, o art. 7º da Lei n. 14.133/2021 traz exigência de a autoridade máxima do órgão ou da entidade (com possibilidade de delegação) promover gestão por competências dos colaboradores que desempenham funções essenciais à execução do novel diploma. Fala-se, pois, do construto de competências individuais, definido por Carbone (2006, p. 76) como “combinações sinérgicas de conhecimentos, habilidades e atitudes, expressas pelo desempenho profissional, dentro de determinado contexto organizacional, que agregam valor às pessoas e organizações”.

Ainda assim, no âmbito do órgão ou da entidade, há de se extrapolar o conceito de competência individual para o nível organizacional, para fins de se gerir o nexo entre os comportamentos dos colaboradores e os objetivos estratégicos compartilhados. Sendo a organização composta por um conjunto de indivíduos unidos para a realização de tarefas, onde as características dos colaboradores devem ser combinadas da forma mais eficiente possível, introduz-se a noção do órgão e da entidade como uma carteira de competências (Fleury; Fleury, 2001).

Quatro pontos merecem destaque no tratamento de gestão por competências ao longo do processo de contratação pública, para fins da transição entre regimes licitatórios:

- (i) A condição antecedente e essencial para a gestão por competências é a mitigação da rotatividade de pessoal alocado no processo licitatório, no âmbito organizacional. O alto *turnover*, por óbvio, obstaculiza a retenção de competências e sedimenta o paradigma de incessante recomeço de desenvolvimento de pessoas;
- (ii) Gestão por competências envolve as dimensões de conhecimentos, habilidades e atitudes. Entretanto, é à primeira dimensão que se costumam restringir os esforços de órgãos e entidades, denotando-se baralhamento entre “gestão por competências” e “capacitação”. Grosso modo, capacitação, como práxis instituída no cenário logístico público pátrio, em termos de cursos, congressos e seminários, de proeminente vertente jurídica, resume-se à seara de conhecimentos e não se estende ao desenvolvimento do saber como fazer (habilidades) ou à expansão de traços como iniciativa, determinação e proatividade (atitude);
- (iii) Partindo-se do pressuposto de que determinadas competências podem implicar o atingimento de metas estratégicas para fins de operacionalização da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a gestão por competências deve passar a se revestir das características de um modelo de gestão organizacional (Bruno Faria; Brandão, 2003). Na concepção desse modelo, invariavelmente, as primeiras etapas são o diagnóstico das competências individuais necessárias e o mapeamento daquelas já existentes, de sorte a trazer contornos precisos à lacuna de competências. Qualquer esforço de desenvolvimento individual deve vir a mitigar a lacuna, eis a premissa;
- (iv) No bojo da Lei n. 14.133/2021, todavia, o estereótipo da administração pública é o de desconhecimento das competências individuais necessárias

para sua execução, em face da barreira cognitiva imposta por um texto novo, denso, por vezes complexo e parcamente operado até o momento. Malgrado tal conjuntura, condição *sine qua non* a qualquer modelo de gestão por competências é a definição da lacuna. Ainda que a definição das competências necessárias seja lapidada com o tempo, é indispensável, de antemão, que haja identificação mínima dos subprocessos que sofreram maiores alterações, como forma de se direcionarem os esforços organizacionais;

- (v) A gestão por competências deve alcançar também o mercado, como partícipe do contrato administrativo. Deve, ainda, contemplar os órgãos de controle e a própria sociedade – que deve aprender a fazer controle social com novas ferramentas, novos canais, novas rotinas.

3.3. Gestão de processos

Duas são as perspectivas mediante as quais a gestão de processos atua como preditora da *performance* da transição entre regimes licitatórios.

Em um primeiro prisma, há o *compliance*, ou a conformidade com os novos ditames legais. Sobressaem-se, nessa senda, as significativas mudanças de práticas protagonizadas pelo subprocesso de planejamento de contratação e gestão contratual que passa a demandar estudos técnicos preliminares em todas as licitações, rotinas inéditas de pesquisa de preços, e atrai a possibilidade de matriz de riscos, em diminuta amostra. Acrescentam-se a isso novos regimes de execução de obra (contratações integrada e semi-integrada, além de fornecimento e prestação de serviço associado) e um vasto cardápio de inovatividade, marcado pelo diálogo com o mercado na concepção da melhor solução (procedimento de manifestação de interesse – PMI, diálogo competitivo, maior retorno econômico etc.). Já a gestão contratual é marcada pela necessidade de implementação de um sistema de *rating* ao fornecedor, regras novas em termos de prazos e percentuais para a prestação de garantia, além de um subprocesso muito renovado de apuração de responsabilidades no contexto de sanções administrativas. Nesse prisma de *compliance*, os modelos documentais padronizados e a necessidade premente de motivação dos atos fazem morada.

Identifica-se, outrossim, o prisma do *timing* de instrução processual, mormente no que se aplica à transição de forma estrita, qual seja, o momento de revogação do regime licitatório antigo. Com a revogação dos normativos anteriores, ocorrida no final de dezembro de 2023, os editais e avisos de dispensa de licita-

ção, além de inexigibilidades licitatórias e procedimentos auxiliares realizados a partir de 2024 devem servir-se tão somente da Lei n. 14.133/2021.

Ocorre que a fase preparatória de um certame toma, usualmente, meses para ser percorrida. Desse modo, a fim de se bem evitar uma paralisação logística, os órgãos e entidades deveriam ter feito uma espécie de “conta de chegada”, ou seja, iniciado suas instruções processuais à luz do novel diploma ainda no segundo semestre de 2023, de forma que se alcançasse a fase externa no início de 2024.

3.4. Estrutura subjacente ao processo de contratação pública

Por estrutura, entende-se a alocação de recursos materiais e de pessoal ao longo do processo de compras e contratações, bem como a divisão de responsabilidades e a eventual delegação de autoridade iminentes (Fenili, 2018).

Nesse quesito, sublinham-se três facetas, a saber:

- (i) A Lei n. 14.133/2021 prevê uma reforma estrutural ao longo do processo de contratações, no que diz respeito a segmentações intra e interorganizacionais. Passa-se a conceber a existência de “órgãos com competências regulamentares”, bem como linhas de defesa com atribuições definidas. O controle interno possui atuação mais próxima ao curso do processo em si, por vezes incrementando-se o risco de cogestão. Mais a mais, dá-se preferência à estabilidade de agentes públicos no curso processual, seja na fase de instrução, na seleção do fornecedor ou na gestão contratual. Esses elementos carecem de adaptação institucional ampla, que resvalam, não raramente, em arranjos perenizados e historicamente construídos;
- (ii) A segregação de funções é consignada no novel diploma tanto como princípio (art. 5º), quanto como regra para a designação de agentes públicos que desempenhem funções essenciais à execução da lei (art. 7º). A segregação, contudo, não é comando absoluto *per se*, mas medida de gestão de riscos, passível de ser flexibilizada em face de atributos processuais (complexidade, vulto etc.) e da consolidação e robustez das linhas de defesa, conforme se depreende do art. 12 do Decreto n. 11.246/2022.
- (iii) A centralização procedimental e estrutural de compras é diretriz fulcral da nova LLCA. Em termos de diretriz, passa a ser mandatário aos órgãos da Administração com competências regulamentares sobre a matéria de logística pública instituir instrumentos que permitam,

preferencialmente, a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços (art. 19, I). Comando de maior objetividade e impacto alude ao exarado pelo art. 181 da Lei n. 14.133/2021, que torna obrigatória a instituição de centrais de compras pelos entes federativos.

3.5. Sistemas de TIC

Como um dos principais predicados distintivos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, tem-se que o diploma foi gestado e veio ao mundo em um contexto de *e-procurement*. Um rol apenas exemplificativo de comandos consolida a visão de DNA digital da Lei n. 14.133/2021:

- ▶ Os atos do processo licitatório devem ser preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico (art. 12, VI);
- ▶ Permite-se a identificação e assinatura digital por pessoa física ou jurídica em meio eletrônico, mediante certificado digital emitido em âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) (art. 12, § 2º);
- ▶ As licitações devem ser realizadas, preferencialmente, sob a forma eletrônica, sendo a forma presencial excepcional e motivada (art. 17, § 2º);
- ▶ Em procedimentos eletrônicos, a administração poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico (art. 17, § 4º);
- ▶ Deve ser criado o catálogo eletrônico de padronização de bens, serviços e obras (art. 19, II);
- ▶ Deve ser instituído sistema informatizado de acompanhamento de obras, até mesmo com recursos de imagem e vídeo (art. 19, III);
- ▶ A habilitação pode ser realizada por processo eletrônico de comunicação a distância (art. 65, § 2º);
- ▶ Os documentos de habilitação podem ser substituídos ou supridos, no todo ou em parte, por outros meios hábeis a comprovar a regularidade do licitante, também por meio eletrônico (art. 68, § 1º);

- ▶ Admite-se a forma eletrônica na celebração de contratos e de termos aditivos (art. 91, § 3º);
- ▶ O Portal Nacional de Contratações Públicas deve oferecer, além do sistema de registro cadastral unificado, sistema eletrônico de planejamento e gerenciamento de contratações, de realização de sessões públicas e de gestão compartilhada com a sociedade sobre informações contratuais (art. 174, § 3º).

Como primeira lei de *e-procurement* do Brasil, cabe aos órgãos e às entidades se adaptarem às novas rotinas. Não só o modo de transacionar é alterado. O modo de se instruir um processo e de se proceder à gestão contratual recebe otimizações, tal como o compartilhamento de *know how* via sistema de TIC. Os fluxos de comunicação ao longo do rito são modificados, assim como a maneira de se fazer controle. Os acessos do mercado, em termos de atos competitivos e de ações dialógicas são facilitados.

Nesses termos, a *performance* da transição entre regimes deve considerar o afastamento do paradigma analógico, em todos os seus aspectos. Mais a mais, os próprios atos regulamentares infralegais passam a assumir vertentes de regras de negócio de sistemas de TIC, a serem observadas quando de seus desenvolvimentos.

3.6. Gestão de *stakeholders*

Não é desarrazoada a visão de que a transição tratou-se, em si, de um projeto e atendeu a seus pressupostos básicos, tomada como fronteira a organização pública. Houve um escopo definido, recursos dedicados, prazo estabelecido e almejou-se um resultado inédito. Nesse visio, leciona Noro (2012), um projeto possui um conjunto de entidades ou pessoas com interesses em seus resultados ou que serão influenciados por estes, que se conhecem como partes interessadas (*stakeholders*). Identificar e bem gerir tais *stakeholders* é condição crítica de sucesso ao projeto, consoante expõem Walker, Bourne e Rowlinson (2007, p. 70):

O que fica claro é que as partes interessadas “legítimas e válidas” precisam ser identificadas e seu poder e influência mapeados para que seu potencial impacto nos projetos possa ser mais bem compreendido. Estratégias apropriadas podem então ser formuladas e implementadas para maximizar a influência positiva das partes interessadas e minimizar qualquer influência negativa. Isso se

torna uma peça-chave de gerenciamento de risco para os gerentes de projeto evitarem muitas das falhas do projeto detalhadas na literatura [...].

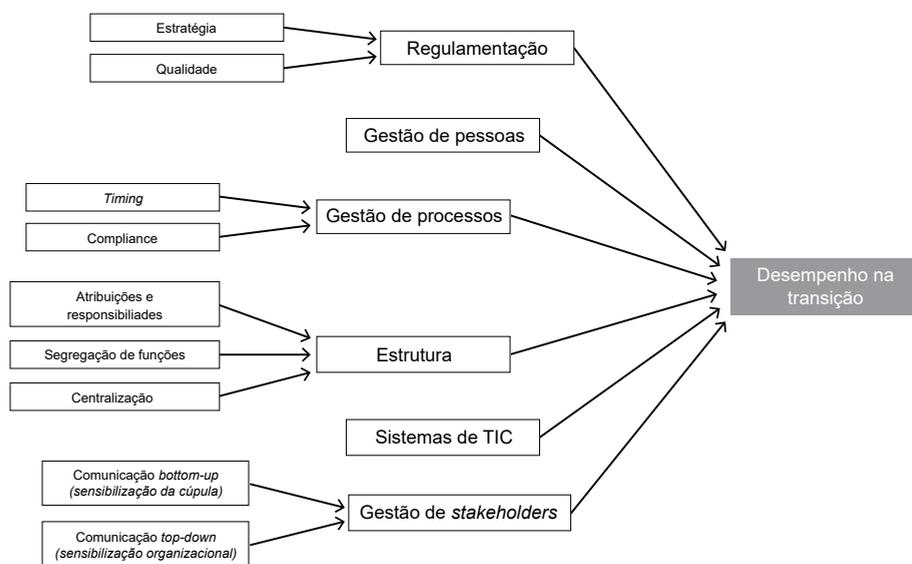
Os principais *stakeholders* na transição, em fronteira intraorganizacional, são, grosso modo, os setores demandantes e técnicos, a equipe especializada em contratação, a assessoria jurídica, os fiscais e gestores de contrato e a cúpula decisória do órgão e entidade. Em especial, a cúpula exerce fator preponderante na arena política influenciadora do projeto. Sem seu patrocínio, a impactante mudança cultural é arrefecida, fragilizando-se o ímpeto da desinstitucionalização do regime licitatório antigo.

Como efeito, tem-se o déficit de variáveis outras já tocadas neste capítulo, salientando-se o refreamento do desenvolvimento de competências individuais e organizacionais, e a perda do *timing* de instrução processual e de *compliance* com relação à nova lei, no âmbito da gestão de processos. Eis que a cúpula precisa, ao mesmo tempo, ser sensibilizada da mudança e sensibilizar a organização a que adote dinâmica em prol da transição. Nesses lindes, são indispensáveis os fluxos de comunicação *bottom-up* e *top-down*, como forma de se galgar uma dinâmica sinérgica entre os *stakeholders* envolvidos.

3.7. Consolidação do modelo teórico

As seções anteriores lançaram-se a identificar e a analisar as variáveis tidas como preditoras da *performance* da transição entre regimes licitatórios. Desarte, com base na discussão prévia, consolida-se o modelo teórico retratado na figura 1.

Figura 1. Modelo teórico do desempenho relativo à transição entre regimes licitatórios



Fonte: elaborado pelo autor.

4. Conclusão

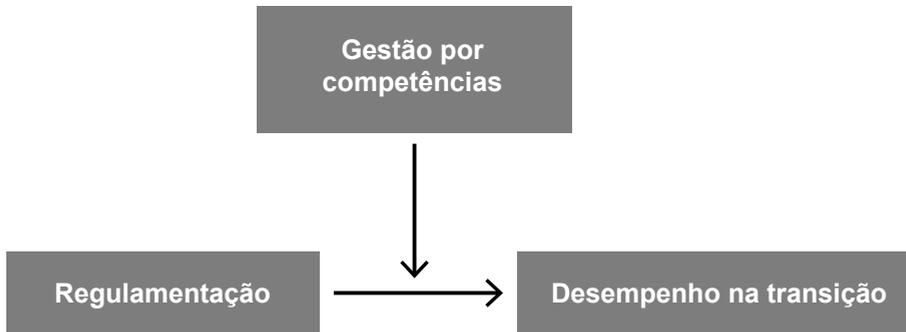
O presente capítulo propôs-se a esclarecer sobre a transição entre regimes licitatórios, sob o prisma da gestão. Trata-se de composição esteada na vertente de administração governamental, perspectiva menos desenvolvida em contratações públicas, se cotejada com a jurídica *per si*. Adotando-se o órgão ou a entidade como nível de análise, o hiato doutrinário foi preenchido por meio da elaboração de modelo teórico, capaz de bem identificar e caracterizar as variáveis preditoras inerentes.

Em sede de agenda de pesquisa, há de se consignar a necessidade de, quiçá ainda em domínio teórico, abordar a inter-relação entre as próprias variáveis independentes, desvelando-se, por exemplo, potenciais mediações ou moderações subjacentes, na acepção de Baron e Kenny⁶¹. Nesse sentido, ilustram-se, como hipóteses, o fato de uma boa gestão por competências agir como moderadora da

61 Para Baron e Kenny (1986), uma variável mediadora responde em si pela relação existente entre uma variável preditora (x) e a dependente (y). É o nexos causal, que elucida o como e o porquê da influência da variável independente sobre a dependente. Já uma variável moderadora afeta o sentido e/ou a força da relação entre uma variável preditora (x) e a dependente (y).

relação entre regulamentação e a *performance* de transição, conforme ilustrado na figura 2.

Figura 2. Exemplo de hipótese de moderação alusiva à agenda de pesquisa



Fonte: elaborado pelo autor.

O ferramental oferecido pelo modelo retratado na figura 1 proporciona ações mais equilibradas e robustas em órgãos e entidades. É, ao mesmo tempo, sistêmico, multidimensional e passível de ser adotado como norte à gestão. Não prescinde, obviamente, de adaptações à realidade de determinada organização, mas serve de referência e de amparo à desejada racionalidade administrativa.

Referências

BARON, R. M.; KENNY, D. A. The moderator-mediator variable distinction in social psychological research: conceptual, strategic, and statistical considerations. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 51, n. 6, p. 1173-1182, dez. 1986. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/3806354>. Acesso em: 9 jun. 2024.

BRUNO-FARIA, M. F.; BRANDÃO, H. P. Competências relevantes a profissionais da área de T&D de uma organização pública do Distrito Federal. **Revista de Administração Contemporânea**, v. 7, n. 3, p. 35-56, jul./set. 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rac/a/vScX3kvk4YtKQTC3ccT4PRg>. Acesso em: 9 jun. 2024.

CARBONE, P. P. *et al.* **Gestão por competências e gestão do conhecimento**. 2. ed., Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

FENILI, R. R. **Governança em aquisições públicas**: teoria e prática à luz da realidade sociológica. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

FLEURY, A.; FLEURY, M. T. **Estratégias empresariais e formação de competências**: um quebra cabeças caleidoscópico da indústria brasileira. 2. ed., Rio de Janeiro: Atlas, 2001.

GREENWOOD, R.; SUDDABY, R.; HININGS, C. R. Theorizing change: the role of professional associations in the transformation of institutionalized fields. **Academy of Management Journal**, v. 45, n. 1, p. 58-80, fev. 2002. Disponível em: <https://journals.aom.org/doi/abs/10.5465/3069285>. Acesso em: 9 jun. 2024.

NORO, G. B. A gestão de *stakeholders* em gestão de projetos. **Revista de Gestão e Projetos**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 127-158, jan./abr. 2012.

Definições de obras e serviços de engenharia trazidas pela Lei n. 14.133/2021: construindo um entendimento necessário

Fabrizio Helder Mareco Magalhães⁶²

1. Introdução

A Lei n. 14.133/2021, conhecida como a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, trouxe um conjunto robusto de atualizações e definições que visam modernizar e tornar mais eficiente o processo de contratações públicas no país. Dentre as várias inovações apresentadas, destacam-se as definições específicas para obras e serviços de engenharia, áreas que tradicionalmente representam uma parcela significativa dos investimentos públicos e que exigem altos níveis de precisão e clareza nos processos de contratação.

No contexto desse cenário, propõe-se explorarem-se as definições de obras e serviços de engenharia estabelecidas pela Lei n. 14.133/2021. Em particular, serão discutidos os conceitos relacionados às obras comuns e às obras especiais de engenharia. Embora a nova legislação não tenha apresentado de forma explícita essas distinções, é crucial compreendê-las adequadamente para a correta aplicação dos dispositivos legais previstos na Lei n. 14.133/2021.

Dessa maneira, busca-se fornecer uma análise detalhada das definições introduzidas pela Lei n. 14.133/2021, comparando-as com as disposições anteriores da Lei n. 8.666/1993. Além disso, serão apresentados exemplos concretos para ilustrar a aplicação prática desses conceitos no contexto das contratações públicas.

62 Auditor do Tribunal de Contas da União. Mestre em engenharia de transportes pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Engenheiro generalista pela *École Centrale de Lyon* (ECL). Engenheiro civil pela UFC. Professor de pós-graduação em licitações e contratos do IDP e do Verbo Jurídico. Professor e instrutor do Instituto Serzedello Corrêa (ISC/TCU) e das empresas Comunidade Contratações Públicas (CCP) e Zênite, dentre outras. Palestrante em diversos congressos no país na área de licitações e contratos. Coordenador do grupo técnico de obras públicas do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (Ibraop). Instagram: @prof.fabriziomareco.

Por meio dessa abordagem comparativa e elucidativa, pretende-se oferecer aos profissionais envolvidos nas contratações de obras e serviços de engenharia uma compreensão mais clara e precisa da atual norma vigente.

2. Definição de obra

Segundo o art. 6º, XII, da Lei n. 14.133/2021, obra de engenharia é conceituada como:

[...] toda atividade estabelecida, por força de lei, como privativa das profissões de arquiteto e engenheiro que implica intervenção no meio ambiente por meio de um conjunto harmônico de ações que, agregadas, formam um todo que inova o espaço físico da natureza ou acarreta alteração substancial das características originais de bem imóvel;

Do conceito acima, verifica-se que a Lei n. 14.133/2021 avançou de forma significativa na definição de obra de engenharia em comparação ao conceito previsto na revogada Lei n. 8.666/1993, o qual apresentava um rol exemplificativo de atividades que poderiam ser caracterizadas como obra de engenharia⁶³.

Para melhor compreensão do conceito trazido pela atual legislação, é oportuno dividi-lo e analisá-lo em partes:

(i) toda atividade estabelecida, por força de lei, como privativa das profissões de arquiteto e engenheiro

Obra é a atividade privativa de profissionais devidamente habilitados conforme o disposto na Lei n. 5.194/1966, que regulamenta o exercício das profissões de engenheiro, e na Lei n. 12.378/2010, que regulamenta o exercício da profissão de arquiteto.

Ao restringir que obra é atividade privativa das profissões de engenheiro e arquiteto, a Lei n. 14.133/2021 afasta, por exemplo, os técnicos industriais em edificações e em construção civil que possuem prerrogativas para executar

⁶³ Art. 6º, I, da Lei n. 8.666/1993: Obra – toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta.

obras sem limite de área, a menos que haja projeto elaborado por profissional habilitado⁶⁴.

Desse modo, o mesmo legislador que autoriza esses profissionais a executarem determinadas obras na esfera privada, proíbe-os na esfera pública, tendo em vista que, segundo a Lei n. 14.133/2021, as obras públicas seriam atividades privativas de engenheiros e arquitetos.

(ii) que implica intervenção no meio ambiente por meio de um conjunto harmônico de ações que, agregadas, formam um todo que inova o espaço físico da natureza ou acarreta alteração substancial das características originais de bem imóvel

Esse talvez seja o ponto mais relevante na definição de obra de engenharia trazido pela lei, pois conceitua, e não apenas exemplifica, que tipo de atividade poderia ser enquadrada como obra.

Desse modo, serão enquadradas como obras de engenharia as atividades que, por força de lei, são privativas das profissões de engenheiro e arquiteto e, cumulativamente, resultem na inovação do meio físico da natureza ou causem alteração substancial das características originais de bem imóvel.

O Manual de Obras e Serviços de Engenharia da Consultoria-Geral da União (Silva Filho, 2014) já trazia em seu bojo a ideia de criação material ou coisa nova para definir obra de engenharia: “[...] obra é toda e qualquer criação material nova ou incorporação de coisa nova à estrutura já existente”.

De modo semelhante, entendeu o Tribunal de Contas da União (TCU) conforme o sumário do Acórdão n. 2.470/2013 – Plenário: “1. Obra de engenharia é a alteração do ambiente pelo homem, sendo irrelevante, para sua caracterização, as técnicas construtivas utilizadas ou os materiais empregados” (Tribunal de Contas da União, 2013)⁶⁵.

64 Art. 6º C da Resolução n. 58/2019: Para efeitos de entendimento do dispositivo nesta Resolução, fica assegurado ao Técnico Industrial em Edificações e ao Técnico Industrial em Construção Civil, executar obras sem limite de área, desde que haja projeto elaborado por profissional habilitado.

65 Ver em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2470%2520ANOACORDAO%253A2013%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%-25C3%25A1rio%2522%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0, acessado em 9/6/2024.

Nesse sentido, podemos citar alguns exemplos de obras de engenharia decorrentes de intervenções humanas que causam inovações no espaço físico da natureza, tais como, a construção de:

- i) estradas, pontes e viadutos;
- ii) estação de tratamento de água e de esgoto;
- iii) hospitais, escolas e postos de saúde;
- iv) parques urbanos e espaços verdes;
- v) praças e áreas de lazer;
- vi) usinas hidrelétricas e termoeletricas;
- vii) estações de metrô e terminais de ônibus;
- viii) aeroportos, portos e terminais ferroviários.

No que tange às intervenções no meio ambiente que acarretam alteração substancial das características originais de bem imóvel, torna-se oportuno, primeiramente, conceituar bens imóveis.

Nos termos do art. 79 do Código Civil, “são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”. Diferentemente dos bens móveis⁶⁶, os imóveis são aqueles que estão vinculados ao solo e que não podem ser deslocados de um lugar para outro sem destruição ou significativa alteração de suas características e valores sociais e econômicos.

Os bens imóveis são classificados pela doutrina da seguinte forma (Gagliano; Gagliano, 2012):

- i) imóveis por natureza, que abrangem somente o solo, com sua superfície, subsolo e espaço aéreo;
- ii) imóveis por acessão natural, que é tudo que se adere naturalmente ao solo, como as árvores e seus frutos;
- iii) imóveis por acessão artificial ou industrial, que é o acréscimo de um bem ao solo por força humana, como as construções e as plantações; e
- iv) imóveis por determinação legal, que são bens considerados imóveis por força de lei para dar maior segurança a determinadas relações jurídicas⁶⁷.

66 Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

67 Bens que são considerados imóveis por força de lei estão previstos no artigo 80 do Código Civil: I – os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; e II – o direito à sucessão aberta.

Desse modo, as atividades que resultem em modificações substanciais na superfície do solo, subsolo, espaço aéreo e em construções existentes, desde que sejam privativas, por força de lei, das profissões de arquiteto e de engenheiro, podem ser enquadradas como obras de engenharia.

Nesse sentido, seguem alguns exemplos de obras que alteram significativamente um bem imóvel: execução de poços artesianos; construção de aterros sanitárias; execução de terraplenagem, fundações, drenagem, pavimentação e sinalização rodoviária; construção de muros de contenção; assentamento de tubulação de esgotamento sanitário e de abastecimento de água; e implantação de rodovias.

O legislador não caracterizou em que medida as alterações nas características do bem imóvel poderiam ser consideradas substanciais a ponto de se enquadrar no conceito de obra.

De modo semelhante, o Manual de Obras e Serviços de Engenharia da Advocacia-Geral da União⁶⁸ assim explicita:

O Parecer n. 075/2010/DECOR/CGU/AGU segue o mesmo raciocínio e propõe a seguinte solução (Item 83.4):

- a) Em se tratando de alteração significativa, autônoma e independente, estar-se-á adiante de obra de engenharia, vedada a adoção do pregão;
- b) Em se tratando de alteração não significativa, autônoma e independente, estar-se-á adiante de serviço de engenharia, cabível a adoção do pregão;

Em que pese a lacuna existente, entende-se que, mesmo que essas intervenções causem parcialmente modificações significativas nas características originais do bem imóvel, podem ser consideradas como obra de engenharia.

Um exemplo de atividade, que poderia ser enquadrada como obra, seria uma reforma predial com substituição do sistema de climatização obsoleto de uma edificação por um outro sistema mais moderno e eficiente.

Apesar de não acarretar alterações na totalidade do bem imóvel, mas sim de forma parcial, a substituição do novo sistema de climatização pode envolver uma série de serviços que visam garantir a integração adequada do novo sistema, tais

68 O Manual de Obras e Serviços de Engenharia da Advocacia-Geral da União encontra-se disponível em <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/manuais/obras-e-servicos-de-engenharia-indd.pdf>, acessado em 9/6/2024.

como alterações na infraestrutura elétrica, redimensionamento dos dutos de ar condicionado, ajustes no sistema de ventilação, readequação do forro, instalação de unidades de tratamento de ar, integração de tecnologias de automação, dentre outros, para que o sistema funcione adequadamente em termos de eficiência, conforto e sustentabilidade.

Todavia, é preciso ter cautela ao classificar toda a reforma como obra, pois não é qualquer alteração nas características no bem imóvel que representa uma obra. Há intervenções que são manutenções, mas que erroneamente são classificadas como reforma, e que visam apenas preservar a edificação para que permaneça em um bom estado de operação e lhe assegurar plena funcionalidade ao longo de sua vida útil.

Como exemplo de atividades que podem ser consideradas como serviços de manutenção predial, tem-se: serviços de pintura; troca de peças desgastadas; substituição de interruptores, disjuntores, eletrodutos e luminárias; substituição de peças e componentes das instalações elétricas; substituição de torneiras, assento sanitário, pia, tubos e conexões de instalações hidrossanitárias; limpeza de calhas; substituição de forros e portas defeituosos; manutenção de elevadores e escadas rolantes, dentre outros.

3. Definição de serviço de engenharia

A primeira grande novidade na Lei n. 14.133/2021 é a definição de serviço de engenharia. No regime anterior da Lei n. 8.666/1993, essa definição não existia. Havia apenas um rol de atividades que poderiam ser enquadradas como “serviço”⁶⁹.

Desse modo, a Lei n. 14.133/2021 distinguiu os serviços de engenharia dos serviços, e trouxe para ambos os seguintes conceitos, conforme se observa no art. 6º, incisos XI e XXI:

XI – serviço: atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse da Administração;

69 Art. 6º, II, da Lei n. 8.666/1993: Serviço – toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

[...]

XXI – serviço de engenharia: toda atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração e que, não enquadradas no conceito de obra a que se refere o inciso XII do *caput* deste artigo, são estabelecidas, por força de lei, como privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados, que compreendem:

[...]

Para melhor compreensão do conceito trazido para serviço de engenharia, é preciso dividi-lo e analisá-lo em partes:

(i) toda atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a administração

A atividade ou o conjunto de atividades que visam fornecer uma utilidade intelectual referem-se à elaboração de trabalhos ou de documentos desenvolvidos pelo contratado, cujo objetivo é fornecer informações, dados e conhecimentos técnicos úteis à administração pública contratante, a exemplo de trabalhos de profissionais relativos a serviços de elaboração de pareceres, estudos, anteprojetos, projetos básicos ou executivos.

No que tange à utilidade material de interesse para a administração, trata-se de atividade ou de conjunto de atividades a serem desenvolvidas pelo contratado que visam adaptar, consertar, conservar, instalar, manter, montar, operar e reparar bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens pertencentes à administração.

(ii) e que, não enquadradas no conceito de obra a que se refere o inciso XII do caput deste artigo

Observa-se que o conceito de serviços de engenharia tem caráter residual. Isso quer dizer que toda atividade de engenharia que não se enquadre no conceito de obra pode ser definida como serviço de engenharia.

Assim, caso uma atividade ou um conjunto de atividades não inovem no espaço físico da natureza ou não acarretem alteração substancial das características originais de bem imóvel podem ser definidas como serviços de engenharia.

(iii) são estabelecidas, por força de lei, como privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados

Diferentemente do conceito de obra, que previu que a atividade ou conjunto de atividades estabelecidas sejam privativas dos profissionais engenheiro e arquiteto, excluídos os técnicos especializados, o legislador considerou como serviço de engenharia a atividade ou o conjunto de atividades privativas, por força de lei, que podem ser desempenhadas não apenas pelos arquitetos e engenheiros, mas também pelos profissionais técnicos especializados.

4. Definição de serviço comum e especial de engenharia

Além do conceito de serviço de engenharia trazido pela Lei n. 14.133/2021, o legislador se ocupou em distinguir o que seria serviço comum de engenharia do serviço especial de engenharia, conforme o disposto em seu art. 6º, inciso XXI, alíneas *a* e *b*:

a) serviço comum de engenharia: todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens;

b) serviço especial de engenharia: aquele que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição constante da alínea *a* deste inciso;

Primeiramente, o conceito de serviço comum não está necessariamente relacionado à complexidade da execução do serviço. As técnicas e os métodos utilizados na sua execução são padronizáveis, rotineiros e de domínio amplo num mercado próprio, ou seja, que não envolvem atividades ou habilidades técnicas únicas ou altamente especializadas e que não sejam de domínio restrito a determinadas empresas no mercado.

Nesta senda, é o que se extrai do voto condutor do Acórdão n. 1.046/2014 – TCU – Plenário ao tratar de serviço comum:

[...] a complexidade do serviço não é o fator decisivo para inseri-lo, ou não, no conceito de ‘serviço comum’, mas sim o domínio do mercado sobre o objeto licitado. Caso apresente características padronizadas (de desempenho e de qualidade) e se encontre disponível, a qualquer tempo, em um mercado próprio, o serviço pode ser classificado como serviço comum [...] “bem ou serviço comum” deve ser entendido como aquele que detém características padronizadas, identificável por denominação usual no mercado. Portanto, a noção de “comum” não está vinculada à estrutura simples de um bem ou de um serviço. Do mesmo modo, a estrutura complexa também não é razão bastante, por si só, para retirar a qualificação de “bem ou serviço comum”. (Tribunal de Contas da União, 2014)⁷⁰

Assim, mesmos serviços complexos podem ser comuns, pois um dos pressupostos que deve ser levado em conta é o domínio do mercado na execução daquele serviço, isto é, se num mercado próprio existem diversas empresas aptas a realizar o serviço que se pretende contratar.

Como exemplo, considere-se a necessidade da manutenção da turbina de uma usina hidrelétrica cujas pás sofreram desgaste por erosão, ocasionado por partículas sólidas presentes na água de rios, o que acarretou a perda da eficiência da turbina pela deformação de seu perfil hidráulico. Certamente, trata-se de um serviço de engenharia de natureza complexa, porém para um mercado específico em que as empresas que fazem manutenção de turbinas dispõem de técnicas e procedimentos usualmente difundidos e disponíveis no mercado, tais serviços de manutenção são considerados comuns.

Desse modo, serão consideradas “serviços comuns de engenharia” as atividades objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, cujas técnicas de execução sejam amplamente disponíveis no mercado, realizadas corriqueiramente pela administração e com diversas empresas aptas a se habilitar no certame licitatório. Ademais, para tais atividades, que, por força

70 Ver em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1046%2520ANOACORDAO%253A2014%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%-25C3%25A1rio%2522%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAINT%2520desc/0, acessado em 9/6/2024.

de lei, são privativas das profissões de arquiteto, de engenheiro ou de técnicos especializados, há necessidade da participação e do acompanhamento de profissional habilitado.

Nesse sentido, podem ser consideradas “serviços comuns de engenharia” as atividades de:

- i) manutenção de rodovias, edificações, aeroportos, portos, pontes, viadutos, redes de drenagem, sistema de tratamento de água e esgoto;
- ii) instalação de sistemas de climatização, alarmes em edificações, combate a incêndio, ventilação e exaustão, telefonia, tratamento de resíduos sólidos, instalações elétricas, hidros sanitárias, águas pluviais, iluminação;
- iii) montagem e reparo de equipamentos, tais como elevadores, escadas rolantes, bombas, motores e turbinas.

O TCU, em diversas oportunidades, já classificou os serviços de manutenção predial como serviços comuns de engenharia, conforme se extrai dos enunciados dos acórdãos abaixo:

- ▶ Acórdão n. 2472/2011 – Segunda Câmara (Brasil, 2011): “Serviços de operação e manutenção predial, preventiva e corretiva, não apresentam complexidade, possuindo padrões de desempenho e qualidade que podem ser definidos de forma precisa e suficientemente clara, por meio de especificações usuais no mercado, sendo enquadrados como serviços comuns e, portanto, passíveis de licitação mediante pregão”.
- ▶ Acórdão n. 727/2009 – Plenário (Brasil, 2009): “O serviço de manutenção predial é considerado serviço comum de engenharia, devendo ser contratado mediante a modalidade pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica”.

Quanto ao serviço especial de engenharia, a Lei n. 14.133/2021 conceitua ser aquele que, pela alta heterogeneidade ou complexidade, não seja considerado serviço comum.

Embora o legislador não tenha definido o que vem a ser “serviços com alta heterogeneidade ou complexidade”, entende-se que se trata de serviços com características técnicas ou de execução específicas, o que os torna diferentes daqueles comuns ou ordinários. Nesse caso, a natureza especial do serviço está

relacionada à sua singularidade, atipicidade, excepcionalidade, inabitualidade ou especificidade em comparação com serviços convencionais ou comuns.

Portanto, são serviços em que há menor quantidade de profissionais e de empresas aptas a executar o objeto e, conseqüentemente, a se habilitar no certame licitatório, pois envolvem especificidades próprias de domínio restrito no mercado.

Assim, podem ser enquadrados como serviços especiais de engenharia todos aqueles já citados como exemplo de serviços comuns de engenharia, desde que possuam alta heterogeneidade ou complexidade.

5. Definição de obras comuns e especiais de engenharia

A Lei n. 14.133/2021 não apresenta definição do que são “obras comuns” e “obras especiais” de engenharia, ao trazer, de forma genérica, conforme vimos, o conceito de “obra de engenharia”.

Embora o legislador não tenha apresentado essa diferenciação, a exemplo do que acontece com os serviços de engenharia que podem ser comuns ou especiais, há, no texto da lei, diversos dispositivos em que esse enquadramento se mostra necessário para aplicar corretamente a Lei n. 14.133/2021.

No art. 18, § 3º c/c art. 46, § 1º, por exemplo, é possível a dispensa da elaboração do projeto executivo do objeto quando se tratar de obras comuns⁷¹. Desse modo, a elaboração do projeto executivo será sempre obrigatória quando se tratar da contratação de obras especiais de engenharia (art. 46, § 1º) e poderá ser dispensada (art. 18, § 3º) quando o objeto for obra comum de engenharia, isto é, poderá ser executada apenas com o projeto básico, desde que fique demonstrada a inexistência de quaisquer prejuízos para aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados.

Outro dispositivo da Lei n. 14.133/2021, em que se verifica diferenciação entre obras comuns e obras especiais, refere-se aos prazos mínimos para apresentação

71 Art. 18, § 3º Em se tratando de estudo técnico preliminar para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos.

Art. 46, § 1º. É vedada a realização de obras e serviços de engenharia sem projeto executivo, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 18 desta lei.

das propostas. Conforme enunciado do art. 55, II, alínea *a*, quando se tratar de serviços comuns e de obras e serviços comuns de engenharia e forem adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, o prazo mínimo para apresentação de propostas e lances será de 10 dias úteis, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação.

Por outro lado, o art. 55, II, alínea *b*, diz que, quando se tratar de serviços especiais e de obras e serviços especiais de engenharia e forem adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, o prazo mínimo para apresentação de propostas e lances será de 25 dias úteis, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação.

Conforme se verifica nos dispositivos citados, quando, numa licitação, optar-se por se utilizar o critério de julgamento menor preço ou maior desconto, o prazo mínimo para apresentação da proposta será de 10 dias úteis quando o objeto for obra comum de engenharia e de 25 dias úteis quando o objeto tratar de obra especial de engenharia.

Por fim, o art. 36, § 1º, inciso IV, dispõe que o critério de julgamento por técnica e preço 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, dentre outros, de obras e serviços especiais de engenharia.

Apesar de os dispositivos acima apresentarem uma diferenciação entre obra comum e obra especial de engenharia, a Lei n. 14.133/2021 não traz em seu bojo a definição do que vem a ser um ou outro. Desse modo, considerando-se a importância do correto enquadramento do objeto em “obra comum” ou “obra especial” de engenharia e com vistas a se diminuir o grau de subjetividade dessa classificação, será proposta uma definição para cada um desses institutos, partindo-se dos conceitos já discutidos sobre serviços comuns e serviços especiais de engenharia.

Vimos que serviços comuns de engenharia são atividades rotineiras, de natureza padronizada, cujas técnicas e métodos existentes são de domínio amplo, e que podem ser executadas pela maior parte dos licitantes disponíveis no mercado.

Portanto, ao se fazer analogia com o conceito definido para serviços comuns de engenharia, tem-se que obras comuns de engenharia podem ser definidas como aquelas realizadas frequentemente, com baixo grau de heterogeneidade ou complexidade técnica, cujos métodos construtivos, técnicas utilizadas, especificações de materiais, equipamentos empregados e mão de obra utilizada são convencionais, padronizáveis, amplamente disponíveis no mercado, e que existem diversas empresas disponíveis a se habilitar no certame.

A Nota Técnica IBR 0001/2021 (IBRAOP, 2021) traz alguns exemplos do que seriam obras comuns de engenharia:

- ▶ construção de guias, sarjetas, calçadas e passeios, desde que destinados apenas ao trânsito de pessoas;
- ▶ pavimentação com lajotas ou pisos intertravados, em via implantada;
- ▶ obras de recomposição de pavimentação asfáltica em geral;
- ▶ edificação de muros de divisa;
- ▶ construção de quadras poliesportivas;
- ▶ construção de postos e delegacias de polícia;
- ▶ construção de pontos de ônibus;
- ▶ execução de poços artesanais;
- ▶ construção de cisternas e reservatórios de água de pequeno ou médio porte ou pré-moldados;
- ▶ construção, reforma e ampliação de prédios administrativos em geral, e de escolas de médio e pequeno porte;
- ▶ obras de assentamento de tubulação de esgotamento sanitário e de abastecimento de água de baixa complexidade;
- ▶ construção de valas sanitárias;
- ▶ construção de obras de artes especiais (pontes e viadutos) de baixa complexidade e em ambientes não agressivos ou de impactos ambientais não significativos.

De forma oposta, obras especiais de engenharia podem ser conceituadas como aquelas com alto grau de heterogeneidade ou complexidade técnica, cujos métodos construtivos, técnicas utilizadas, especificações de materiais, equipamentos

empregados e mão de obra utilizada podem ser singulares, atípicos e pouco usuais no mercado ou que apresentam elevado nível de inovação técnica ou tecnológica, e resultar em quantidade limitada de empresas aptas a executar o objeto.

A Nota Técnica IBR 0001/2021 (Instituto, 2021) traz alguns exemplos do que seriam obras especiais de engenharia:

- ▶ edificação de prédios administrativos ou de estabelecimentos de educação e de saúde de grande vulto e complexidade, ou nos quais predomine o emprego de soluções técnicas pouco usuais no mercado;
- ▶ pontes, viadutos e túneis de grande vulto e extensão ou em ambientes agressivos ou de impactos ambientais significativos;
- ▶ usinas hidrelétricas (com características de pequenas centrais hidrelétricas ou acima) e termoelétricas⁷²;
- ▶ obras portuárias de média e grande complexidade;
- ▶ barragens de grande porte;
- ▶ construções de subestações e torres de transmissão de energia elétrica;
- ▶ construção de refinarias e plantas petroquímicas;
- ▶ obras ferroviárias de médio e grande porte;
- ▶ construção de metrô e VLT;
- ▶ construção de estações de tratamento de água ou de esgoto que empreguem soluções de domínio restrito no mercado.

6. Conclusão

A classificação de obras ou de serviços de engenharia, bem como sua natureza comum ou especial, pode gerar dúvidas aos profissionais que estão imbuídos dessa função, pois a Lei n. 14.133/2021 traz certa subjetividade. Necessita-se, portanto, de critérios mais objetivos e claros, o que pode levar a interpretações equivocadas sobre a correta categorização em comum ou especial.

72 A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) adota três classificações para hidrelétricas: centrais geradoras hidrelétricas (CGH) (com até 1 MW de potência instalada), pequenas centrais hidrelétricas (PCH) (entre 1,1 MW e 30 MW de potência instalada) e usina hidrelétrica de energia (UHE) (com mais de 30 MW).

Não é à toa que, no voto que antecede o Acórdão n. 592/2016 – TCU – Plenário (Brasil, 2016), restou consignado que existem zonas cinzentas entre os conceitos de obra e serviço de engenharia:

35. [...]. Além disso, entendo ser escusável a interpretação conferida pelos gestores da [omissis], pois reconheço que existem zonas cinzentas entre os conceitos de obra e serviço de engenharia, o que torna prescindível a apuração do aspecto subjetivo da irregularidade em exame.

Outra dificuldade está na classificação do que seria “comum” ou “especial”. Embora o valor estimado seja um indicativo relevante, não é uma medida definitiva para classificar uma obra ou um serviço como comum ou especial, pois há situações nas quais objetos de materialidade podem possuir métodos ou técnicas de domínio restrito no mercado que os enquadram como especiais.

Tal dificuldade de classificação restou assentada no voto do Acórdão n. 590/2017 – TCU – Plenário (Brasil, 2017): “93. De fato, a questão da classificação de alguns serviços como sendo ou não comuns gera controvérsias até os dias de hoje [...]”.

Em face dessa dificuldade, é crucial que, durante a classificação da obra ou do serviço de engenharia como comum ou especial na fase de planejamento, consubstanciada no estudo técnico preliminar, existam profissionais técnicos especializados e experientes que garantam uma classificação precisa e alinhada aos princípios legais e que promovam transparência, eficácia e eficiência nos processos de licitação e contratação de obras e de serviços de engenharia.

Referências

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. **Manual de obras e serviços de engenharia: fundamentos da licitação e contratação**. Manoel Paz e Silva Filho. Brasília: AGU, 2014. 140 p.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Manual de Obras e Serviços de Engenharia da Advocacia-Geral da União**. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/manuais/obras-e-servicos-de-engenharia-indd.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 727/2009 – Plenário.** Relator ministro Raimundo Carreiro. Processo n. 001.136/2009-7. Sessão de 15 de abril de 2009. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1126793/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 6 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.472/2011 – Plenário.** Relator ministro André de Carvalho. Processo n. 021.736/2006-2. Sessão de 14 de setembro de 2011. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1203534/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 6 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.470/2013 – Plenário.** Relator ministro Augusto Sherman. Sessão de 11 de setembro de 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2470%2520ANOACORDAO%253A2013%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 9 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.046/2014 – Plenário.** Relator ministro Benjamin Zymler. Sessão de 23 de abril de 2014. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1046%2520ANOACORDAO%253A2014%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 9 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 592/2016 – Plenário.** Relator ministro Benjamin Zymler. Processo n. 031.644/2015-5. Sessão de 16 de março de 2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1699620/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 6 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 590/2017 – Plenário.** Relatora ministra Ana Arraes. Processo n. 011.792/2010-8. Sessão de 29 de março de 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2250894/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 6 jun. 2024.

CAVALCANTE, Rafael Jardim. **Um ensaio sobre ‘obras comuns de engenharia’ na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Observatório da Nova Lei de Licitações. 17/1/2024. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/06/04/e-book-gratuito-reune-artigos-de-especialistas-sobre-a-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 6 jun. 2024.

CONSELHO FEDERAL DOS TÉCNICOS INDUSTRIAIS. **Resolução n. 058, de 22 de março de 2019.** Define as prerrogativas e atribuições dos técnicos industriais em edificações e dos técnicos industriais em construção civil, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cft.org.br/wp-content/uploads/2019/04/RESOLUCAO-N-058-2019.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2024.

GAGLIANO, Pablo Stolze; GAGLIANO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: Parte Geral - Vol. 1.** 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS (IBRAOP). **Nota Técnica IBR 001/2021.** Entendimento sobre obra comum e obra especial de engenharia previstos na Lei n. 14.133/2021. Vitória (ES): 2022. Disponível em: https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2022/02/Nota-Tecnica-IBR-001_2021_obra-comum-e-especial-final.pdf. Acesso em: 6 jun. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS. **Orientação Técnica IBR 002/2009.** Obra e serviço de engenharia. Disponível em: <https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/06/OT-IBR-02-2009-Ibraop-01-07-10.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2024.

MENDES, André. **Aspectos polêmicos de licitações e contratos de obras públicas.** 1. ed., São Paulo: Pini, 2013.

Diálogo competitivo: as experiências estrangeiras e a aplicação do diálogo competitivo no Brasil

José Eduardo Martins Cardozo⁷³

Caroline Maria Vieira Lacerda⁷⁴

1. Introdução

Licitação é o procedimento administrativo destinado a permitir a competição entre os interessados em contratar com a Administração Pública, disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que estabelecem critérios objetivos para seleção da proposta mais vantajosa e promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia (Justen Filho, 2023).

A Constituição Federal de 1988, no art. 37, XXI, limita a escolha da administração pública quanto à identidade e às condições do relacionamento jurídico a ser estabelecido com particulares, ao determinar que:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, 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. (Brasil, 1988)

73 Advogado, sócio do escritório Martins Cardozo Advogados Associados; doutorando pelas Universidades de Salamanca e de São Paulo; procurador municipal (1982 a 2018). Exerceu os cargos de secretário de Governo do município de São Paulo (1989 a 1992) e de secretário da Coordenação Governamental (1989). No Executivo Federal, exerceu os cargos de ministro de Estado da Justiça (2011 a 2016), e de advogado-geral da União (2016). Professor de direito da PUC-SP e dos setores de pós-graduação do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e da Escola Paulista de Direito (EPD).

74 Advogada; professora; doutoranda em direito pela Universidade de Brasília (UnB); mestre em direito administrativo pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Exerceu o cargo de vice-diretora da Escola Judiciária Eleitoral, do Tribunal Superior Eleitoral (EJE/TSE) (2020-2021).

A Lei n. 8.666/1993, foi a principal lei de normas gerais sobre licitações e contratos administrativos até 2021. A despeito disso, há uma pluralidade de leis federais que disciplinam licitações públicas. Algumas delas têm o mesmo fundamento constitucional e apresentam cunho complementar entre si⁷⁵.

Sancionada em 1º de abril de 2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA), Lei n. 14.133/2021, incorpora grande parte dos dispositivos da Lei n. 8.666/1993, da Lei n. 12.462/2011 (RDC) e da Lei n. 10.520/2002 (Lei do Pregão), bem como de diversas instruções normativas expedidas pelo governo federal.

Foram várias mudanças implementadas pela Lei n. 14.133/2021, com o intuito de tornar as contratações públicas menos burocratizadas, mais ágeis, eficientes, econômicas e competitivas.

A LLCA adotou uma solução peculiar relativamente à implantação de disciplina legislativa inovadora. O diploma não revogou imediatamente (ressalvadas algumas normas específicas) as leis anteriores sobre o mesmo tema e determinou que, durante um período de dois anos, todos os diplomas continuariam a coexistir. Facultou às autoridades administrativas escolher o regime jurídico aplicável às suas licitações e contratações.

De acordo com o art. 193, II, da Lei n. 14.133/2021, a Lei n. 8.666/1993, a Lei n. 10.520/2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei n. 12.462/2011 seriam revogados após decorridos 2 anos da publicação da LLCA.

Todavia, a Medida Provisória n. 1.167/2023, publicada em 31 de março de 2023, prorrogou, até 30 de dezembro de 2023, a validade de três leis sobre compras públicas: a Lei n. 8.666/1993, o Regime Diferenciado de Compras – RDC (Lei n. 12.462/2011) e a Lei do Pregão (Lei n. 10.520/2002). Após essa

75 A disciplina dos contratos de obras, serviços, compras e alienações das entidades administrativas com personalidade de direito público consta das Leis n. 8.666/1993, n. 10.520/2002 e n. 12.462/2011. Além destas, existe a Lei 12.232/2010, que trata especificamente da licitação para serviços de publicidade prestados à administração pública direta. As licitações promovidas pelas sociedades estatais são disciplinadas pela Lei n. 3.303/2016. A Lei n. 8.987/1995 disciplinou as normas genéricas sobre o tema. A Lei n. 9.074/1995 dispôs sobre concessões e permissões de titularidade da União. Mas há leis que dispõem sobre serviços públicos específicos. Assim, por exemplo, a Lei n. 10.233/2001 versa sobre concessões e permissões no âmbito dos transportes aquaviário e terrestre; a Lei n. 12.815/2013 dispõe sobre licitações relativas a atividades portuárias. Já a Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações) apresenta uma situação específica, pois estabeleceu normas diferenciadas relativamente ao setor e afastou a incidência dos diplomas gerais e específicos. Essa lei também dispõe sobre licitações relativamente ao setor de telecomunicações.

data, a revogação das leis anteriores acarretou a ausência de sua aplicação para licitações instauradas.

A Lei n. 14.133/2021 passou a disciplinar as licitações e contratos administrativos, não apenas como instrumento de unificação do regime jurídico, mas como instrumento normativo que adotou tanto os princípios e valores que conformam as tendências da administração pública contemporânea, como os princípios constitucionais e infraconstitucionais que regem a administração pública brasileira.

A Lei n. 8.666/1993 prevê, no art. 22, cinco modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Posteriormente, foi criada por medida provisória, convertida na Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, outra modalidade: o pregão.

Na Lei n. 14.133/2021, estão previstas, no art. 28, cinco modalidades de licitação: pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo. Ao lado dessas, criou-se uma sexta modalidade, denominada “consulta”.

Portanto, estando a Lei n. 8.666/1993 integralmente revogada, deixaram de existir as modalidades de licitação “tomada de preços” e “convite”.

Nos expressos termos da Lei n. 14.133/2021, é vedada a criação de outras modalidades de licitação ou ainda a combinação das modalidades previstas. Além disso, as modalidades de licitação disciplinadas nessa lei não têm relação com o valor do contrato, mas apenas com o objeto da contratação.

A LLCA dispõe, em vários dispositivos, sobre a modalidade “diálogo competitivo”. Contudo, mesmo com a grande quantidade de normas que dispõem sobre esse tema, não fica perfeitamente nítido o funcionamento do procedimento licitatório concernente a essa modalidade, que possivelmente só será alcançado com a regulamentação e a utilização prática do procedimento.

2. Os modelos europeu e estadunidense de diálogo competitivo

O diálogo competitivo, em sua vertente europeia, surgiu a partir da Diretiva n. 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, que resultou de um longo processo de revisão das regras europeias sobre contratações públicas (constantes,

anteriormente, das Diretivas n. 92/50/CE, n. 93/36/CE e n. 93/37/CE)⁷⁶. Essa revisão decorreu da preocupação das instituições quanto à criação de sistema dotado da flexibilidade necessária para responder aos desafios que constituem a evolução permanente do setor dos contratos públicos.

A implementação do diálogo competitivo na União Europeia teve como objetivo coordenar os processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços no âmbito da União Europeia.

As participações dos diversos Estados-Membros da União Europeia apontavam que, em variadas situações, as alternativas para atender às necessidades da administração seriam complexas, a ponto de os próprios gestores não poderem precisar, de antemão, a solução mais adequada, não obstante terem plena percepção das necessidades a serem supridas. Para solucionar esse ponto, sugeriu-se a previsão de procedimento que facilitasse o diálogo com a iniciativa privada, a fim de que esta pudesse contribuir para a edificação da solução mais apropriada às necessidades públicas.

O bloco europeu disciplinou o **diálogo concorrencial** – congênere ao diálogo competitivo brasileiro – em três fases: a) a qualificação: chamamento, critérios de seleção e qualificação das partes; b) o diálogo concorrencial: fase de negociação da solução que atenda à necessidade administrativa; e c) o julgamento das propostas: fase de julgamento e adjudicação (Moreira Filho, 2023).

A primeira fase, referente à qualificação dos candidatos interessados em participar do diálogo, e a última, de julgamento das propostas, são rígidas e transparentes, uma vez que nessas etapas as decisões tomadas pela administração pública ocorrem com base em critérios objetivos previamente fixados nos instrumentos de publicidade.

Somente na segunda fase do procedimento os candidatos admitidos na primeira etapa são chamados a dialogar exclusivamente com a administração pública. Essa fase conta com as seguintes flexibilidades: a) desnecessidade de esse diálogo ser publicizado; b) possibilidade de alteração de sua proposta inicial em razão do debate com a autoridade adjudicatória; e c) considerável

76 A Diretiva n. 2014/24/UE sucedeu a Diretiva n. 2004/18/CE.

grau de discricionariedade da administração em decidir pela solução adequada (Oliveira, 2021).

Na fase do diálogo não se determina a escolha do contratado, mas, tão somente, da solução a ser licitada. Declarado encerrado o diálogo, as autoridades adjudicantes solicitam que os participantes apresentem suas propostas finais com base na solução ou soluções elegidas durante o diálogo. Tais propostas, mais tarde, são julgadas para a adjudicação do contrato com base no critério de ponderação previsto no instrumento de anúncio do concurso.

Nos Estados Unidos, por sua vez, a modalidade licitatória análoga ao diálogo competitivo recebe o nome de “negociações multilaterais competitivas” e é disciplinada no Regulamento Federal de Aquisições⁷⁷, que trata das aquisições negociadas (EUA, 1984)⁷⁸.

Conforme pontua Alexandre Santos de Aragão (2021), o elo comparativo entre tal modalidade e sua congênere europeia pode ser traçado tendo em vista que a aquisição negociada possibilita ao governo conduzir discussões, avaliar as propostas e conceder o contrato utilizando outros fatores além do preço, tais como experiência gerencial, tecnologia adotada e desempenho do proponente no atendimento de contratos anteriores.

As aquisições negociadas dividem-se em dois tipos essenciais de procedimentos:

a) as contratações diretas (*sole source acquisitions*): ocorrem quando a aquisição for possível de uma única fonte, caso em que o pedido de propostas deve ser confeccionado de forma a excluir informações ou requisitos desnecessários; ou

b) as negociações competitivas (*competitive acquisitions*): ocorrem quando houver um mercado competitivo para a aquisição – mesmo nesse caso, o procedimento deverá ser tal que minimize a complexidade da solicitação, da avaliação e da escolha, ao mesmo tempo em que crie um clima imparcial e possibilite a avaliação minuciosa, levando à escolha que melhor valor represente para o governo (Oliveira, 2015).

77 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulations**. US Government, 1984 [2022]. Disponível em: <<https://www.acquisition.gov/browse/index/far>>. Acesso em: 5 abr. 2022.

78 Para o modelo norte-americano, são procedimentos negociados todos aqueles que não impliquem na adjudicação por propostas seladas, abrangendo procedimentos competitivos ou não competitivos. Ver em <https://www.acquisition.gov/browse/index/far>, acessado em 5/4/2022.

Na prática, devido ao forte viés contra a contratação direta nas compras federais, as negociações competitivas são a regra (Yukins, 2017).

Sua operacionalização dá-se, em suma, por meio de uma chamada de propostas, pela qual o ente licitante solicita propostas de possíveis contratantes que deverão englobar tanto a forma pela qual pretendem executar o contrato quanto o preço almejado. Após as propostas serem apresentadas, “é possível uma fase de negociação entre a agência ou o ente e o proponente” (Oliveira, 2015)⁷⁹.

3. O diálogo competitivo na Lei n. 14.133/2021

O diálogo competitivo, previsto na LLCA, consiste em modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a administração pública realizará diálogos com licitantes previamente selecionados, mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades.

As negociações, no âmbito do diálogo competitivo, “podem envolver não apenas a definição do objeto a ser contratado, mas também a estrutura e as condições contratuais, como prazos, fases de desenvolvimento e fornecimento do objeto e formas de remuneração do privado” (Zago, 2019).

Tal modalidade licitatória terá lugar, exclusivamente, quando a administração visar contratar objeto que envolva as seguintes condições (art. 32, I): a) inovação tecnológica ou técnica; b) impossibilidade de o órgão ou de a entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; ou c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela administração.

Em consonância com esse dispositivo, estabelece o art. 32, II, que, quando se verificar a necessidade de se definirem e se identificarem os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, dá-se destaque para os seguintes aspectos: a) a solução técnica mais adequada; b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; e c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato.

79 Ver em <https://bit.ly/3Gmhgez>, acessado em 5/8/2023.

Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão: “Para fins de enquadramento no inciso I [...], o diálogo competitivo se justificaria quando as alternativas técnicas conhecidas e postas genericamente no mercado não são suficientes para alcançar a finalidade da contratação” (Aragão, 2021, p. 41-66). Assim, a legislação autoriza o Estado a recorrer à criatividade do setor privado para que ambos, em um diálogo dinâmico, construam, juntos, a melhor solução para a promoção dos objetivos pretendidos. Como o próprio dispositivo já enuncia, essa hipótese tem lugar principalmente nos projetos disruptivos que a administração pública eventualmente deseje executar, os quais demandam soluções igualmente inovadoras para serem realizadas.

Já o inciso II cuida das hipóteses em que a administração, ante duas ou mais alternativas passíveis de serem adotadas para a realização de seus objetivos, tem dúvidas sobre a mais adequada, razão pela qual recorre à *expertise* do setor privado para definir o melhor delineamento técnico, jurídico ou financeiro do contrato, por exemplo. Nesse inciso, especificamente, a expressão “com destaque para os seguintes aspectos” parece deixar claro que as alíneas *a*, *b* e *c* não esgotam as possibilidades de uso do instituto do diálogo competitivo, que pode ser utilizado para pesquisa de alternativas relevantes para o projeto, além daquelas ilustrativamente trazidas pela lei.

Apesar da restrição prevista no art. 32 da Lei n. 14.133/2021, esta admite a aplicação do diálogo competitivo em relação às concessões de serviços públicos e às parcerias público-privadas, uma vez que a administração nem sempre possui “a exata noção de como instrumentalizar uma contratação desse porte, voltado para a infraestrutura, com elevado valor, investimentos pesados, contrapartidas do Poder Público (no caso das parcerias público-privadas) e as técnicas possíveis de serem empregadas” (Lahoz, 2021, p. 68-79).

Assim, o diálogo competitivo passou a integrar os conceitos legais de concessão de serviço público e de concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, previstos na Lei n. 8.987/1995, art. 2º, II e III, respectivamente, na redação dada pelo art. 179 da Lei n. 14.133/2021.

Embora haja designações diversas, o diálogo competitivo brasileiro se divide em três fases, tal qual a normativa europeia: a) pré-seleção; b) diálogo; e c) competição.

A fase externa do procedimento de diálogo competitivo inicia-se com a divulgação por parte da administração de edital em sítio eletrônico oficial, que contém as necessidades e as exigências que já tenha definido.

Esse edital deverá estabelecer prazo não inferior a 25 dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação, deverá indicar os critérios que serão empregados para pré-seleção dos licitantes, e admitirá todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos ali estabelecidos. Aqui reside uma das maiores diferenças entre o procedimento brasileiro e o europeu e estadunidense. Em ambos os casos estrangeiros é possível a limitação prévia de competidores, na tentativa de minimizar as complicações decorrentes de um procedimento já bastante extenso e intrincado.

Pré-selecionados os licitantes, dá-se lugar à fase de diálogo, que se operará até que a administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades. No curso dessa etapa, é vedada ao poder público a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante, bem como a divulgação, a outros licitantes, das soluções propostas, ou das informações sigilosas comunicadas por um licitante, sem seu consentimento.

Ademais, a norma prevê, como mitigação à ausência de divulgação, que as reuniões com os licitantes pré-selecionados devam ser registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo. O edital também poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada uma poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas.

Parece problemática, no entanto, sob o ponto de vista do segredo industrial e da propriedade intelectual, a disposição presente no art. 32, VIII, da Lei n. 14.133/2021, segundo a qual:

A Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto; (Brasil, 2021)

Embora a intenção do dispositivo seja restabelecer o princípio da publicidade, flexibilizado durante a fase de negociação, a divulgação de soluções tecnológicas pode comprometer segredos comerciais, industriais ou ferir a propriedade intelectual. Assim, a doutrina tem se debruçado sobre a questão e oferecido soluções como a divulgação de duas versões das atas de registro, uma versão resumida pública, mantendo-se outra versão mais detalhada sob guarda, na qual os dados protegidos estariam contidos.

Tem-se cogitado, ainda, da divulgação apenas das informações relevantes à adoção da solução técnica selecionada pela administração. No entanto, não parece ser essa a intenção da norma, que preleciona a disponibilização, até mesmo, de registros audiovisuais, em um esforço de ampla publicidade das negociações realizadas.

Com efeito, tal qual na diretiva europeia, a administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas. A definição da proposta vencedora deverá se dar de acordo com os critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado.

Dispõe o art. 32, XI, da Lei n. 14.133/2021 que “o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração” (Brasil, 2021), e admite-se, ainda, a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão, os quais assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses. Trata-se de uma tentativa de profissionalização da administração pública, tal qual ocorre no modelo americano, em que as licitações, no sistema federal, são conduzidas por agências próprias, dotadas de profissionais altamente capacitados e especializados.

Por fim, a legislação brasileira carece de previsão quanto ao oferecimento de qualquer estímulo aos participantes pelos estudos realizados no curso da fase negocial, de forma que não haverá possibilidade de premiação ao derrotados, por parte da administração, ainda que tenham apresentado a solução selecionada.

4. As experiências estrangeiras e a aplicação do diálogo competitivo no Brasil

As semelhanças existentes entre o diálogo competitivo nos modelos europeu, estadunidense e brasileiro permitem estabelecer certas correlações e perspectivas quanto à aplicação do instituto, a partir da experiência internacional.

Três aspectos foram identificados como primordiais para a correta implementação da modalidade de licitação diálogo competitivo no âmbito internacional: a) a divulgação de informações sobre os procedimentos licitatórios; b) a proteção aos dados sujeitos à propriedade industrial, comercial e intelectual; e c) a gestão de riscos relacionados a desvios éticos e à corrupção (Yukins, 2017).

Em relação à divulgação de informações sobre os procedimentos licitatórios, o trabalho conduzido por Sylvia de Mars e Richard Craven (2009), a partir da análise dos avisos de licitação publicados no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE), em Portugal, Espanha, Bélgica, Irlanda, Países Baixos, Alemanha, Reino Unido e França, verificou graves problemas na divulgação de informações.

O mesmo fato foi diagnosticado no sistema estadunidense. Assinala Christopher R. Yukins (2017) que os certames e adjudicações no governo federal não são uniformemente transparentes. Segundo o autor, algumas formas de contratos negociados são divulgadas notoriamente de modo incompleto.

Essa, por certo, será também uma preocupação da administração pública brasileira na operacionalização do diálogo competitivo, especialmente quando se consideram os diferentes graus de desenvolvimento técnico-científico dos vários entes estatais. Essa multiplicidade, decorrente do federalismo brasileiro, levará, com alto grau de probabilidade, a diferentes seleções das informações que serão efetivamente divulgadas por cada ente estatal, sua completude e suficiência, sobretudo nos municípios, entes de menor porte.

Diante disso, o cumprimento dos requisitos de transparência ativa e passiva, previstos na legislação, deverá ser ciclicamente verificado pelos sistemas de controle interno e externo, com a finalidade de se desenvolverem rotinas de padronização e de divulgação dessas informações de forma verdadeiramente transparente, não apenas simbólica, como corriqueiramente ocorre em portais de acesso, incompletos, disfuncionais ou frequentemente fora de operação.

A segunda questão de relevo, versada nos estudos analisados, diz respeito à relação entre o princípio da transparência e a proteção de ativos sujeitos à propriedade industrial, comercial e intelectual dos proponentes.

Para Yseult Marique, o diálogo competitivo:

[...] envolve sempre uma tensão entre competição e cooperação, que se reflete na interação entre transparência e confiança. [...] A transparência, entendida em sentido amplo como dever de informar, de dar acesso à informação e de justificar as decisões públicas, é então um meio para perseguir a concorrência, o “Value for Money” (VfM) e a não discriminação. No entanto, projetos de infraestrutura complexos envolvem fatores técnicos e sociais incertos, investimentos idiossincráticos e longas cadeias de suprimentos. Para superar esses obstáculos com soluções inovadoras, é preciso fomentar a cooperação, desenvolver informações comercialmente sensíveis por meio da cooperação entre o poder público e os contratantes privados, e os segredos comerciais precisam ser protegidos de investigadores curiosos. Por outro lado, os contribuintes têm o direito de perguntar como seus impostos são gastos, se sua confiança nesses projetos de infraestrutura deve ser mantida. A articulação desses imperativos conflitantes não depende apenas do poder público e dos empreiteiros privados envolvidos em um determinado projeto, mas também do poder público central e dos juízes. Organizar a transparência geral em todo o sistema pode ser um desafio. (Marique, 2013, p. 53-70)

Segundo Yseult Marique, a experiência europeia demonstra que, no intuito de promover a transparência pública, agentes privados utilizam-se do sistema de impugnação aos certames para obter informações sigilosas de outros agentes privados. Ou seja, sob o pretexto de existirem vícios adjudicatórios no processo, alguns concorrentes manejam ações judiciais para impugnar o resultado dos certames com a finalidade de obter, incidentalmente, informações de seus concorrentes, seja de índole comercial, industrial ou tecnológica, aproveitando-se dos corolários processuais que obrigam o juiz a facultar-lhes as provas sobre as quais embasa sua decisão.

Por tais razões, chega-se à conclusão de que a transparência e a proteção dos ativos empresariais devem ser sopesadas não só pelas autoridades administrativas, mas também pelo controle externo e pelo Judiciário. Dessarte, indicam-se dois possíveis caminhos, os quais envolvem o desenvolvimento de competências gerenciais capazes de fomentar maior confiança entre os atores públicos e

privados, bem como de capacitar as autoridades públicas a realizarem avaliação mais eficiente na ponderação desses princípios em casos concretos, para impedir que os órgãos de Estado sejam utilizados para fins impróprios.

[...] a Bélgica enfrenta muitos desafios judiciais em compras, sua experiência pode beneficiar a Inglaterra, onde uma tendência semelhante está decolando. Em primeiro lugar, os projetos complexos precisam de um certo grau de flexibilidade na sua contratação, como a recente redução de escala dos requisitos legais exemplifica claramente na Bélgica. Em segundo lugar, ter muitos desafios judiciais adiciona incerteza a projetos já repletos de complexidade. Terceiro, as partes fazem uso tático de contestações judiciais para obter acesso às informações comerciais dos concorrentes. Há, portanto, uma necessidade premente de encontrar um papel equilibrado para os juízes no controle de como as autoridades públicas aplicam os regulamentos de contratação pública e gastam o dinheiro dos contribuintes. (Marique, 2013, p. 53-70)

Somente a partir da capacitação dos agentes envolvidos nas estruturas de gerenciamento de projetos será possível assegurar-se tratamento mais equânime e justo das tensões que os envolvem, especialmente, a transparência, a legitimação dos gastos públicos e a proteção dos interesses públicos e privados. Afinal, os riscos que se colocam ao setor privado são, muitas vezes, maiores do que os benefícios potenciais.

Por fim, a análise realizada por Christopher R. Yukins (2017) sobre o sistema norte-americano apresenta um valioso contributo para o combate de desvios nas contratações administrativas, pois expõe como o sistema norte-americano enfrentou tal problema, frequente no início de sua operacionalização. A estratégia estadunidense, nesse sentido, decorre essencialmente da profissionalização da administração pública federal, aliada a fortes requisitos de *compliance* e a um sistema controlador em três níveis diferentes de fiscalização.

Nos EUA, houve a criação de agências federais específicas, com designação de oficiais de adjudicação, o que permitiu a instalação e o desenvolvimento de uma administração especializada e profissionalizada na aplicação das normas federais de contratação pública. Essa medida possibilitou alto grau de desenvolvimento técnico-científico por parte do poder público e evitou, em certa medida, que os agentes públicos fossem cooptados pelos particulares.

O sistema é resguardado por três instâncias diferentes de controle, duas administrativas e uma judicial, que ampliam a fiscalização sobre os atos públicos.

No sistema dos EUA (como em muitos outros sistemas em outras partes do mundo), as impugnações podem ser apresentadas em qualquer um dos três fóruns diferentes: na própria agência contratante, em uma agência independente encarregada de ouvir protestos/impugnações de propostas (o US Government Accountability Office (GAO)), ou no tribunal (no Tribunal de Reivindicações Federais dos EUA). Conforme observado, em qualquer um dos três fóruns, um protesto em relação aos termos de uma solicitação (em relação a especificações excessivamente restritivas, por exemplo) geralmente deve ser apresentado antes do prazo de licitações ou das propostas. Os prazos para protestos pós-adjudicação são mais complicados: na agência de aquisições e no GAO, um protesto pós-aprovação deve ser apresentado no prazo de 10 dias a partir do momento em que o manifestante soube ou deveria saber dos motivos do protesto, embora esse período possa ser estendido por vários dias no GAO se o manifestante solicita e recebe um *debriefing*. No Tribunal de Justiça Federal, ao contrário, não há prazo fixo para apresentação de protestos pós-decisão. (Yukins, 2017, p. 69-93)

Esse sistema bastante completo, embora não indene de erros ou imune aos efeitos da corrupção, parece ser uma alternativa viável e que nosso legislador começa a perseguir, especialmente, ao prever na Lei n. 14.133/2021 a existência de uma comissão composta por três servidores efetivos para conduzir as licitações públicas.

A regra, ainda incipiente para proporcionar a dita profissionalização alcançada nos Estados Unidos, é um passo inicial nesse sentido. De outro lado, o estabelecimento de programas de *compliance*, ao menos para as contratações mais complexas, também é estimulado na Lei n. 14.133/2021.

Essa regra, no entanto, deve ser acompanhada de efetiva fiscalização da prestação contratual pela administração. Sem o ativo acompanhamento da execução contratual, para imbuir a administração de poderes sancionatórios que efetivamente empregue, há grande margem para desvios e corrupção.

Por fim, o instituto do controle em três instâncias, em nosso sistema, pode ser representado pelas impugnações administrativas, pelas ações junto aos tribunais judiciais e pelo controle externo exercido pelos tribunais de contas. Nesse ponto, o sistema brasileiro parece bem estruturado, não obstante ainda existirem

dificuldades que devem ser repensadas, tais como: a falta de coordenação entre as instâncias administrativa, controladora e judicial; a sobreposição de sanções e decisões; e a falta de preparo administrativo no trato dos recursos, os quais, não raras vezes, representam um meio de impugnação apenas formal, haja vista as decisões raramente serem revistas ou modificadas pelo agente que as tomou.

5. Conclusão

O diálogo competitivo, introduzido ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 14.133/2021, é modalidade licitatória especialmente designada à resolução de demandas complexas por parte da administração pública. Apesar da possibilidade de o diálogo competitivo trazer ganhos em eficiência, na medida em que facilita a resolução de necessidades especialmente difíceis, mediante procedimento com garantias de transparência e controle, a figura ainda é vista com desconfiança proveniente da tendência inicial refratária à mudança. Embora não seja indene de desvios, a modalidade apresenta características fundamentais ao desenvolvimento dos sistemas de contratação pública, e reveste-se de flexibilidade bastante propícia em cenários de dificuldade técnica, jurídica ou financeira.

Os estudos abordados, referentes à utilização do diálogo competitivo em diversas situações, revelam ao menos três principais preocupações para o desenvolvimento do instituto jurídico em solo brasileiro: a) a necessidade de uma divulgação qualitativa das informações legalmente determinadas; b) o balanceamento adequado entre os deveres de transparência e os ativos sujeitos à propriedade industrial, comercial e intelectual dos particulares; c) bem como os riscos de desvios éticos e de corrupção.

Para cada um desses problemas, foram identificadas estratégias mitigadoras a partir dos estudos empíricos realizados na Europa e nos Estados Unidos da América, os quais podem ser sistematizados em: a) fortalecimento da fiscalização sobre o sistema de acesso às informações públicas; b) estímulo e capacitação à gestão de projetos complexos nas esferas administrativa, judicial e controladora; c) necessidade de profissionalização dos setores e agentes responsáveis pela contratação pública, permitindo um alto grau de especialização e o de uma administração técnico-científica, diminuindo os riscos de que esta seja cooptada pelo particular; d) estímulo à adoção de medidas de *compliance*

e da fiscalização da prestação contratual; e) fortalecimento e coordenação dos sistemas de controle já existentes.

Essas estratégias, pensadas a partir dos trabalhos estudados, podem indicar novos horizontes às contratações públicas brasileiras, marcadas no imaginário de grande parte dos cidadãos pela pecha de ineficiência e da corrupção.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Editora FGV, v. 280, n. 3, p. 41-66, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3V3iX4H>. Acesso em: 1º abr. 2022.

ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Steen. **Competitive dialogue in EU procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 16 fev. 2023.

BRASIL. **Medida Provisória n. 1.167, de 31 de março de 2023** (sem eficácia). Altera a Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Brasília, [2023]. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/156662>. Acesso em: 2 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal acquisition regulations**. US Government, 1984 [2022]. Disponível em: <https://www.acquisition.gov/browse/index/far>. Acesso em: 5 abr. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023.

NIEBUHR, Joel de Menezes (Coord.). **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. Curitiba: Zênite Editora, E-book, 2021. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2020/12/Nova-Lei-de-Licitac%CC%A7o%CC%83es-e-Contratos-Administrativos.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2023.

MARIQUE, Yseult. Cooperation and competition in complex construction projects: implementation of EU procurement rules in England and Belgium. **International Journal of Law in the Built Environment**, v. 5, n. 1, p. 53-70, 2013. Disponível em: www.emeraldinsight.com/1756-1450.htm. Acesso em: 1º abr. 2023.

MARS, Sylvia de; CRAVEN, Richard. **Use of competitive dialogue in the European Union: an analysis from the Official Journal**. Piano, Expertisecentrum Aandesteden, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3hMtT8C>. Acesso em: 7 abr. 2022.

MOREIRA FILHO, Getúlio Velasco. Como as experiências europeia e estadunidense podem contribuir com o diálogo competitivo brasileiro? **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 216-240, jan. 2023. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v10i1p216-240. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/199158/191702>. Acesso em: 11 abr. 2024.

OLIVEIRA, Christiaan Allessandro Lopes de. Compras públicas no âmbito federal nos Estados Unidos da América. Análise sucinta acerca das principais modalidades de compras de bens e serviços, bem como dos principais instrumentos contratuais decorrentes ou antecedentes. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 67, ago. 2015. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Christiaan_deOliveira.html. Acesso em: 26 ago. 2024.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O diálogo competitivo no projeto de lei de licitação e contrato brasileiro. **Portal Licitação & Contrato**, 2023. Disponível em: <https://portalc.nanafferro.com.br/pt/o-dialogo-competitivo-do-projeto-de-lei-de-licitacao-e-contrato-brasileiro>. Acesso em: 11 abr. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004. **Jornal Oficial da União Europeia**, L 134, 30 abr. 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0018>. Acesso em: 12 abr. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. **Jornal Oficial da União Europeia**, L 94, 28 mar. 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2014/24/oj/por>. Acesso em: 3 ago. 2023.

YUKINS, Christopher R. The U S Federal Procurement System: an introduction. **GW Legal Studies Research Paper**, n. 75, p. 69-93, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3Gt3CGD>. Acesso em: 5 mar. 2022.

ZAGO, Marina; RODRIGUES, Fernanda. O que o diálogo competitivo agrega às contratações públicas? **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/opiniao-dialogo-competitivo-agrega-contratacoes-publicas/>. Acesso em: 11 abr. 2023.

Exequibilidade de propostas e a competência da administração para aferir a regularidade do regime tributário de licitante: o caso da desoneração da folha de pagamentos

Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva⁸⁰

1. Introdução

O presente artigo terá por objetivo delimitar de que forma e em quais circunstâncias a administração pode, em um processo licitatório, aferir a regularidade da adoção de um regime tributário pela empresa licitante, utilizando-se como exemplo a desoneração da folha de pagamentos, conforme apreciada no Acórdão n. 2.456/2019 – TCU – Plenário.

A desoneração da folha de pagamentos é uma medida de política fiscal setorial prevista na Lei n. 12.546/2011, em que a base de cálculo da contribuição previdenciária patronal deixa de ser a folha de salários, e o tributo passa a incidir sobre a receita bruta da empresa. A desoneração da folha de pagamentos visa aliviar os encargos financeiros das empresas e incentivar a contratação de mão de obra.

Reduzir os custos trabalhistas torna a contratação de novos funcionários mais acessível para as empresas, o que pode resultar em aumento nas oportunidades de emprego. Isso é particularmente relevante em momentos de alto desemprego, quando a geração de empregos é uma prioridade econômica.

Da mesma forma, a redução dos encargos sobre a folha de pagamentos pode tornar as empresas mais competitivas, especialmente em setores intensivos em mão de obra, como manufatura e serviços. Isso pode ajudar as empresas a manter ou a expandir suas operações, o que aumenta sua capacidade de competir no mercado.

⁸⁰ Doutor em direito econômico, financeiro e tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do Instituto Brasiliense de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa. Advogado e consultor legislativo da Câmara dos Deputados.

A desoneração da folha de pagamentos também tem desafios e considerações críticas, pois pode impactar a arrecadação previdenciária, que é fundamental para financiar programas sociais e de aposentadoria. Ademais, como a desoneração atinge apenas setores determinados, pode gerar distorções na livre concorrência, até mesmo no contexto das licitações públicas.

No Acórdão n. 2.456/2019 – TCU – Plenário, a Corte de Contas enfrentou um caso em que empresa beneficiária do regime tributário da desoneração da folha de pagamentos utilizou-se de tal regime para sagrar-se vencedora em licitação de prestação de serviços que não eram abrangidos pela desoneração. É dizer: embora a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) principal da empresa fosse passível de enquadramento no regime de desoneração, o serviço licitado não se enquadrava, de maneira que poderia haver aproveitamento de vantagem ilícita pela licitante.

O TCU entendeu que o aproveitamento do regime pela empresa foi irregular e que havia, portanto, indícios de inexequibilidade da proposta da licitante vencedora. Assim, o TCU determinou que o órgão fiscalizado notificasse a empresa a apresentar nova planilha de custos desconsiderando o benefício fiscal, sob pena de descontinuidade contratual.

A posição do TCU, no caso, leva a diversos questionamentos, notadamente sobre a competência da Administração ou mesmo do órgão de controle para discutir a conformidade tributária das empresas contratadas. No presente trabalho, assim, em um primeiro momento, será analisada a amplitude da competência para se aferir a regularidade tributária nas licitações e, em seguida, de que maneira a questão da indevida adoção de regimes privilegiados pode ser enfrentada durante o certame.

2. Competência para aferir a regularidade do regime tributário adotado pelo licitante

Dizer que um determinado sujeito detém competência é dizer que ele tem a capacidade de alterar posições jurídicas por seus atos (Spaak, 2005). Por exemplo: a competência tributária implica a possibilidade de um ente político introduzir, no sistema, uma norma que torne um cidadão sujeito passivo em uma relação tributária.

Essa capacidade é meramente hipotética, na medida em que a alteração de posições jurídicas somente acontecerá se o sujeito **exercer** essa competência por intermédio de determinados atos específicos previstos na norma. Essa separação entre atribuição e exercício da competência é essencial para se compreender a estrutura dessa espécie normativa.

Ao se analisar uma norma de competência, vários elementos são relevantes, como o **sujeito**, o **objeto** e a **forma de exercício** da competência. A doutrina, à luz da coexistência desses elementos, classifica diversas espécies de normas de competência, que podem, nesse momento, ser consideradas um gênero.

As normas de competência (gênero) são normas de caráter constitutivo (Aarnio, 1997) ou de comportamento, na medida em que criam para um determinado sujeito a já analisada condição de ser competente. A constituição da competência se dá por intermédio de: (i) normas que atribuem competências (normas de competência em sentido estrito); (ii) normas que disciplinam o exercício da competência (normas procedimentais); e (iii) normas que delimitam o exercício da competência (Aarnio, 1997; Guastini, 1995; Ferrer Beltrán, 2000).

As normas que atribuem competências, normas de competência **em sentido estrito**, são aquelas que **constituem** para um sujeito a condição de ser competente para emitir atos que modifiquem posições jurídicas. São normas de caráter constitutivo pois não prescrevem um comportamento a ser observado, mas apenas atribuem uma propriedade a um sujeito. Exemplo dessa espécie normativa é a veiculada pelo enunciado do art. 48, inciso I, da Constituição Federal, que atribui ao Congresso Nacional a competência de dispor sobre sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas. A norma, portanto, elege um **sujeito** (Congresso Nacional) e um **objeto** (sistema tributário) e permite que aquele modifique posições jurídicas afetas a este.

Ao mesmo tempo em que define um determinado sujeito como competente, a norma de competência em sentido estrito reserva poder para aquele sujeito, excluindo demais sujeitos de mesma estatura. Por exemplo: não tem o presidente da República competência para alterar isoladamente posições jurídicas afetas ao sistema tributário. Há, evidentemente, os casos em que a norma de competência em sentido estrito elegerá diversos sujeitos como titulares, como é o caso do art. 24 da Constituição, que prevê a competência concorrente da União, estados, Distrito Federal e municípios para legislar, dentre outras coisas, sobre direito tributário.

Perceba-se que a atribuição de competência em sentido estrito é **genérica** e demanda especificação pelas outras espécies de normas de competência, em âmbito constitucional ou legal.

A segunda espécie proposta é a das normas procedimentais, ou seja, aquelas que delimitam a forma como será produzido o ato modificador de posições jurídicas. Essas normas podem ser exemplificadas como aquelas afetas ao processo legislativo, veiculadas pelo art. 59 e seguintes da Constituição Federal. As normas procedimentais são normas de conduta (Guastini, 1995; Spaak, 2005), na medida em que indicam os atos pretéritos necessários para que se chegue à mudança de uma posição jurídica.

A terceira espécie de norma de competência é a das normas que delimitam seu exercício. Trata-se de normas que limitam o âmbito material de posições jurídicas que podem ser modificadas pelo sujeito competente ou que disciplinam em alguma medida o próprio conteúdo da norma que será produzida (Guastini, 1995). Como limitam o próprio exercício da competência, são também normas de conduta (Ferrer Benrán, 2000), pois limitam o comportamento do órgão detentor de competência.

Perceba-se que existe uma diferença sutil entre atribuir competência genericamente (o que ocorre a partir de normas constitutivas de competência em sentido estrito) e limitar o âmbito material dessa competência (o que ocorre a partir de normas de comportamento que delimitam o exercício). Primeiro, porque a competência, conforme já aduzido, é atribuída de maneira potencial, de modo que não se pode conceber a mera inobservância de uma norma de competência em sentido estrito. Se o presidente da República dispõe, por decreto, sobre modificação de relações jurídico-tributárias fora das hipóteses constitucionais, o que ocorre é que ele agiu **sem competência**, por não estar amparado por norma que a atribua. Somente haverá inobservância, pois, no exercício da competência, não na sua atribuição genérica. Isso decorre logicamente da circunstância de que as normas de competência em sentido estrito são normas constitutivas e as normas que delimitam a competência são normas de conduta voltadas ao legislador.

Feitas essas observações preambulares, cabe analisar como a legislação atribui competência para fiscalizar a regularidade do regime tributário adotado pelas empresas.

Não existe, na legislação referente a licitações e contratos administrativos, normas de competência que permitam, de maneira genérica, à administração realizar aferição quanto à regularidade das obrigações tributárias do licitante. Essa competência, contudo, decorre de maneira condicionada na legislação tributária.

O art. 205 do Código Tributário Nacional (CTN) prevê que a lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, **seja feita por certidão negativa**, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Na esteira da previsão do CTN, o art. 62, inciso III, da LLCA exige a comprovação de regularidade fiscal como requisito de habilitação no certame. O art. 68 do mesmo diploma prevê que a demonstração da regularidade fiscal deverá ocorrer na forma da legislação específica, isto é, o já citado art. 205 do CTN, que demanda a prova por intermédio da respectiva certidão negativa. No mesmo sentido, esclarece a Portaria Conjunta PGFN/RFB n. 1.751/2014 que a prova de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional será efetuada mediante apresentação de certidão expedida conjuntamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), referente a todos os créditos tributários federais e à Dívida Ativa da União (DAU) por elas administrados.

Como se percebe, a legislação estabelece em dois âmbitos a norma de competência: (i) norma de competência **em sentido estrito** para possibilitar a aferição de regularidade fiscal; e (ii) norma **procedimental**, que condiciona o exercício da competência à aferição por intermédio de certidão negativa, no momento da habilitação fiscal.

De outro lado, há normas implícitas de limitação de competência, na medida em que o CTN estabelece competência privativa das autoridades tributárias para fiscalizar e lançar tributos, nos termos dos arts. 142 e 194. Se a competência é privativa da autoridade fiscal, não pode a autoridade licitante atuar no mesmo sentido, visto que, além de a legislação não lhe facultar essa competência, o faz em prol de outros entes.

Uma interpretação extensiva da competência estabelecida à entidade licitante para aferir a regularidade fiscal importaria em indevida restrição de competitividade, além de franca violação da competência privativa da autoridade tributária. Exemplo dessa compreensão pode ser visto no enunciado da súmula n. 283 do TCU, o qual estabelece que, para fins de habilitação, a administração não pode exigir prova de **quitação** de obrigações fiscais, mas apenas de sua **regularidade**.

Se, por um lado, não pode haver fiscalização tributária exercida pelo órgão licitante, diversa é a análise da questão da perspectiva da exequibilidade da proposta.

3. Aferição de exequibilidade do regime tributário adotado

O controle de exequibilidade das propostas na nova LLCA decorre do disposto no art. 59, inciso IV, que permite a desclassificação das propostas que não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela administração.

Para a doutrina, a exequibilidade consiste na possibilidade jurídica e material da execução da proposta, no sentido de que a execução da maneira oferecida seja factível (Carvalho Filho, 2019), em conformidade com o direito e com os conhecimentos técnicos aplicáveis (Justen Filho, 2021). Com efeito, classificar ou desclassificar uma dada proposta com base na exequibilidade envolve uma análise de probabilidade futura de que a contratação será levada a cabo com o devido sucesso.

A análise de exequibilidade da proposta em licitações públicas é um processo crítico e fundamental para se garantir que o Estado obtenha os melhores resultados possíveis ao contratar bens, serviços ou obras de fornecedores privados. De um lado, ajuda a assegurar que o vencedor da licitação seja capaz de cumprir as obrigações contratuais, incluídos prazos, qualidade e especificações técnicas. Isso minimiza o risco de inadimplência e a necessidade de rescisão do contrato.

A aferição de exequibilidade ajuda também a proteger o interesse público e garantir que o contratado tenha a capacidade técnica, financeira e operacional necessária para entregar os produtos ou serviços conforme prometidos. Evitam-se atrasos, falhas e custos adicionais que poderiam prejudicar a administração

pública e seus beneficiários. Ao avaliar a capacidade dos licitantes de cumprir os requisitos do contrato, o processo impede que empresas não qualificadas participem e ganhem licitações com propostas que não podem ser executadas.

Garantir a exequibilidade das propostas tem o objetivo de evitar desperdício de recursos públicos. Isso significa que a administração obtém o melhor valor pelo dinheiro gasto, pois contrata empresas capazes de entregar resultados de alta qualidade e dentro dos prazos estabelecidos. Ao avaliar cuidadosamente a exequibilidade das propostas, a administração pode até mesmo reduzir a probabilidade de litígios posteriores relacionados à execução do contrato, o que economiza tempo e recursos que seriam gastos em processos administrativos e ações judiciais.

A avaliação de exequibilidade consiste em situação de todo diversa da análise de regularidade fiscal, efetuada no momento da habilitação. Naquela oportunidade, realiza-se um **diagnóstico**, ou seja, uma avaliação do momento jurídico presente do particular, analisando-se a conformidade da sua situação com a legislação tributária. Já no momento da classificação da proposta, o que ocorre é um **prognóstico**, ou seja, uma avaliação quanto às prováveis consequências do atual estado fático e jurídico da licitante sobre o desenvolver da execução contratual.

Na classificação, o que se avalia é se a composição do preço é sustentável de acordo com a legislação tributária. Não se afere, nesse momento, se a opção por tal ou qual regime tributário é lícita ou correta, mas se a opção realizada pela empresa colocará ou não em risco o desempenho esperado pela administração.

Assim, o **momento** e o **propósito** dessa avaliação diferem substancialmente daquele de regularidade fiscal. Mais que isso: por envolver um prognóstico, o exame de exequibilidade tem um inerente componente probabilístico, ao passo que a análise de regularidade fiscal tem caráter eminentemente dedutivo.

A avaliação da problemática das empresas desoneradas com múltiplas atividades econômicas reflete essa questão. Não cabe à Administração (aqui no sentido de órgão licitante) avaliar a licitude da adoção do regime desonerado, seja pela empresa como um todo, seja particularmente pela proposta apresentada no âmbito do certame. A avaliação quanto ao enquadramento ou não da empresa como desonerada é privativo dela própria – no exercício de sua autonomia privada – e da administração tributária.

O que é possível ao órgão licitante é avaliar a probabilidade de que a proposta venha a se tornar inexecutável em virtude do desenquadramento pela administração tributária do regime de desoneração. É o **desenquadramento**, não a **inelegibilidade**, ao regime de desoneração que enseja a desclassificação da proposta.

Revelando-se a proposta de desenquadramento, do ponto de vista lógico, um juízo probabilístico, é imprescindível que a administração faculte à empresa a oportunidade de infirmar a hipótese de inexecutabilidade.

Em linhas gerais, essa demonstração pode ocorrer de duas maneiras. A primeira, pela demonstração da inexistência ou irrelevância da probabilidade de desenquadramento, ou seja, que é evidente o direito da empresa de se beneficiar do regime tributário especial. Nesse caso, ataca-se a própria premissa de inexecutabilidade. A segunda, pela demonstração de que a proposta também é viável se desconsiderado o regime desonerado, ou seja, pela composição vantajosa do preço que utilize o regime ordinário de incidência da contribuição sobre a folha de salários. Nesse caso, poderá cuidar-se, na verdade, de um saneamento da proposta.

Diz-se “poderá” porque nesse caso o saneamento é uma faculdade da empresa. Explica-se: a empresa pode demonstrar que sua proposta continua executável, caso adotado o regime ordinário, mas é possível que, embora executável, essa proposta seja menos competitiva e enseje a derrota no certame. Como já se demonstrou, a administração licitante não pode impor à empresa um regime tributário. Quem pode avaliar essa correção é apenas a administração tributária. O que o órgão licitante pode exigir é apenas a mitigação da probabilidade de que a proposta seja inexecutável, ou seja, mesmo diante do evento de desenquadramento pelo fisco, a proposta ainda poderá ser cumprida, ressalte-se, com a absorção dos custos pela própria empresa. É evidente que, efetivada a hipótese de desenquadramento, não cabe à empresa impor à administração o reequilíbrio, visto que se cuidou de risco expressamente assumido durante o certame.

Percebe-se, portanto, que a aferição de executabilidade da proposta no momento da classificação é análise de todo diversa daquela de regularidade fiscal e tampouco se confunde como exercício das competências fiscalizatórias privativas da autoridade fiscal.

4. Conclusão

O presente artigo teve por objetivo delimitar de que forma e em quais circunstâncias a administração pode, em um processo licitatório, aferir a regularidade da adoção de um regime tributário pela empresa licitante, utilizando-se como exemplo a desoneração da folha de pagamentos, conforme apreciada no Acórdão n. 2.456/2019 – TCU – Plenário.

A questão é de suma importância teórica e prática, ante a necessidade de se equilibrarem a segurança jurídica, a autonomia privada, a igualdade e a livre concorrência.

Estabeleceu-se a diferença entre a competência do órgão licitante e da administração tributária no que diz respeito à regularidade de adoção de regimes especiais. A despeito disso, demonstrou-se como se mostra factível o exame de vantagens ilícitas decorrentes de tais regimes na oportunidade de exame de exequibilidade das propostas.

Entretanto, o exame da questão sob o prisma da exequibilidade exige a preservação das competências da administração, em aspecto positivo e negativo, de maneira a também resguardar a autonomia privada das empresas.

Ante os argumentos expostos acima, pode-se concluir o seguinte:

1. A administração, ao realizar licitação, tem uma **competência condicionada** para aferição da conformidade tributária das empresas. Essa competência somente pode ser exercida no momento da habilitação, pela aferição de regularidade fiscal mediante a respectiva certidão negativa.
2. Uma aferição mais ampla da conformidade tributária das empresas pelo órgão licitante viola, a um só tempo, sua competência condicionada, a competência fiscalizatória da administração tributária e a competitividade do certame.
3. A administração pode analisar a correção do regime tributário tão somente a partir da exequibilidade das propostas para fins de qualificação. O exame de exequibilidade deve ser feito a título de **prognóstico**, ou seja, uma avaliação quanto às prováveis consequências do atual estado fático e jurídico da licitante sobre o desenvolver da execução contratual.

4. No contexto da desoneração da folha de pagamentos, deve o órgão licitante avaliar a probabilidade de que a proposta venha a se tornar inexequível em virtude do desenquadramento, pela administração tributária, do regime de desoneração.

5. Revelando-se a proposta de desenquadramento, do ponto de vista lógico, um juízo probabilístico, é imprescindível que a administração faculte à empresa a oportunidade de infirmar a hipótese de inexequibilidade, até mesmo, caso queira, realizando seu saneamento.

6. No caso acima, efetivada a hipótese de desenquadramento, não cabe à empresa impor à administração o reequilíbrio econômico-financeiro da avença, visto que se cuidou de risco expressamente assumido durante o certame.

Referências

AARNIO, Aulis. **Reason and authority**: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed., São Paulo: Atlas, 2019.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Las normas de competencia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2000.

GUASTINI, Riccardo. **Il giudice e la legge**: lezioni di diritto costituzionale. Torino: Giappichelli, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SPAACK, Torben. The concept of legal competence. **The IVR Encyclopedia of Jurisprudence**, Legal Theory and Philosophy of Law, maio 2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=923531>. Acesso em: 12 abr. 2024.

Artefatos de planejamento

Tatiana Camarão⁸¹

1. Introdução

A Lei n. 8.666/1993, desde sua promulgação, recebeu várias críticas por ser complexa, excessivamente formal e detalhista. O fato é que foi alterada, já no ano seguinte, pela Lei n. 8.883/1994, que contemplou algumas soluções para esses problemas. Mesmo assim, desde então, foram editados vários normativos legais⁸² e infralegais⁸³ com fins de atender com mais qualidade e eficácia às demandas e à realidade dos órgãos e das entidades públicas.

Notadamente, isto se deve ao fato de a citada lei não atender, efetivamente, à demanda rotineira e à dinâmica da máquina administrativa, visto que prevê procedimentos que se caracterizam por travar a fluidez da engrenagem das contratações. À luz dessas dificuldades, nota-se a importância da Lei n. 14.133/2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA), que traz expressivos avanços e aperfeiçoamentos nos processos licitatórios.

Um dos avanços da Lei n. 14.133/2021 é a previsão, no art. 5º, do planejamento como princípio e, por conseguinte, sua necessidade como parte inicial dos processos de contratações públicas, etapa essa tão importante, mas silenciada na Lei n. 8.666/1993.

Em boa medida, a nova lei prevê alguns artefatos que devem ser elaborados nessa etapa inicial da licitação, como decorrência lógica do princípio do planejamento: estudo técnico preliminar, termo de referência, projeto básico e anteprojeto. É fundamental que as demandas tenham ações conectadas com os planos estratégicos da organização e esses instrumentos induzem as organizações a realizarem ações

81 Graduada em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1993) e mestre em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1997), vice-presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo (IMDA), professora da pós-graduação da PUC/MG. Palestrante e instrutora de cursos de capacitação.

82 Lei n. 10.520/2002 (Pregão) e Lei n. 12.462/2011 (RDC).

83 Decreto n. 10.024/2019, Decreto n. 7.892/2013, Instrução Normativa n. 3/2017, entre outros.

assertivas e alinhadas com a missão da organização e os propósitos definidos como prioritários.

Enfim, essa diretiva da nova lei vem corrigir uma das deficiências estratégicas das organizações públicas, as quais têm sofrido com problemas espinhosos na execução eficiente das contratações em função, exatamente, da falta de planejamento adequado.

Portanto, o planejamento recebe como insumo a necessidade dos negócios e gera como saída um edital completo e, nessa trilha, os artefatos com as informações sobre a demanda, sua solução e o objeto são essenciais para se chegar a uma licitação exitosa.

2. O planejamento e o plano de contratações anual

Uma das medidas estratégicas para o planejamento das contratações é a adoção do plano de contratações anual (PCA). A Lei n. 14.133/2021, inova ao prever, no art. 12, inciso VII, que é dever dos órgãos e entidades públicas produzir seu plano para racionalizar e dar mais transparência às compras públicas.

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

[...]

VII – a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

§ 1º O plano de contratações anual de que trata o inciso VII do *caput* deste artigo deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e na execução dos contratos.

O plano de contratações anual é um documento que consolida todas as contratações que o órgão ou entidade pretende realizar ou prorrogar no exercício financeiro subsequente, incluídas as renovações. Sua produção se dá pela observação e encaminhamento, pelas unidades administrativas, das suas demandas de contratações para o setor de compras devido, o qual consolidará as informações

e as enviará para aprovação da autoridade competente da organização. A divulgação do plano na Internet, prevista na nova lei, permitirá o acompanhamento da sua execução para correção de desvios.

Para ilustrar como deverá ser produzido esse plano, podemos citar o Decreto n. 10.947/2022 (Brasil, 2022)⁸⁴, que regulamenta o inciso VII do *caput* do art. 12 da Lei n. 14.133/2021, para dispor sobre o documento de formalização da demanda no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional:

Art. 8º Para elaboração do plano de contratações anual, o requisitante preencherá o documento de formalização de demanda no PGC com as seguintes informações:

I – justificativa da necessidade da contratação;

II – descrição sucinta do objeto;

III – quantidade a ser contratada, quando couber, considerada a expectativa de consumo anual;

IV – estimativa preliminar do valor da contratação, por meio de procedimento simplificado, de acordo com as orientações da Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia;

V – indicação da data pretendida para a conclusão da contratação, a fim de não gerar prejuízos ou descontinuidade das atividades do órgão ou da entidade;

VI – grau de prioridade da compra ou da contratação em baixo, médio ou alto, de acordo com a metodologia estabelecida pelo órgão ou pela entidade contratante;

VII – indicação de vinculação ou dependência com o objeto de outro documento de formalização de demanda para a sua execução, com vistas a determinar a sequência em que as contratações serão realizadas; e

VIII – nome da área requisitante ou técnica com a identificação do responsável.

Portanto, o PCA é estratégico para o conjunto de todos os artefatos e documentos produzidos durante todo o ciclo de vida de uma contratação⁸⁵. Com esse documento, tanto a sociedade quanto o poder público obtêm benefícios, tais como a possibilidade de se ampliar a realização de compras conjuntas, o que propicia economia de escala para as unidades administrativas, e de sinalizar ao

84 Ver em <https://in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.947-de-25-de-janeiro-de-2022-376059032>, acessado em 3/9/2024.

85 Ver figura em <https://atos.cnj.jus.br/files/original185758202209296335eab65ff25.pdf>, acessado em 3/9/2024.

mercado fornecedor as pretensões de aquisição. Desse modo, os fornecedores podem se preparar, adequadamente e com antecedência, para participar dos certames licitatórios.

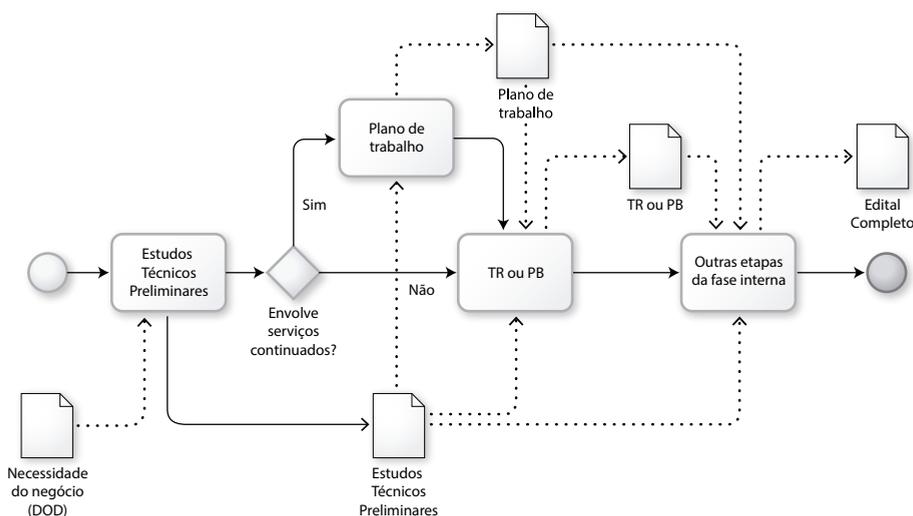
2.1. A elaboração do plano de contratações anual e o documento de formalização

Para concretude do PCA, é importante criar e padronizar o documento de formalização da demanda (DFD). Uma boa prática é o plano instituído por demanda categorizada, que contém contratações ordinárias, prorrogação da ata e do contrato e demandas que necessitam de estudo de solução.

Com essa formatação, fica mais claro para as unidades identificar o objeto decorrente de solução já estudada ou a demanda que necessita de estudo técnico preliminar (ETP) para refletirem na solução mais viável.

3. Documento de oficialização da demanda

O documento de oficialização da demanda (DOD) dá início ao processo de contratação e contém o detalhamento da necessidade da área demandante da solução ou do objeto a ser contratado⁸⁶.



Fonte: Brasil (2012?)

⁸⁶ Figura constante do material elaborado pelo TCU. Ver em <http://www.tcu.gov.br/arquivosrca/001.003.htm>, acessado em 3/9/2024.

Esse documento é elaborado pela área requisitante e descreve: as informações da demanda ou objeto; o alinhamento entre a demanda e o planejamento estratégico, o plano de logística sustentável, o plano de obras, o plano diretor de tecnologia da informação e comunicação do órgão e o plano de contratações anual; a justificativa da contratação; os resultados pretendidos; as fontes dos recursos para a contratação; e os servidores para compor a equipe de planejamento da contratação (integrante da área requisitante, área técnica e área administrativa, se for o caso).

Os integrantes da equipe de planejamento da contratação devem ter ciência expressa das suas indicações e das suas respectivas atribuições antes de ser formalmente designados.

4. Estudo técnico preliminar

Um dos documentos da etapa de planejamento que recebeu atenção da novel legislação foi o estudo técnico preliminar (ETP), por sua função estratégica na engrenagem das contratações públicas, pois pavimenta o caminho para o atendimento correto e assertivo da demanda ao avaliar os cenários projetados e comprovar a viabilidade técnica e econômica das soluções disponíveis.

De acordo com o art. 6º, inciso XX, da nova lei, o estudo técnico preliminar é o documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação, o qual caracteriza o interesse público envolvido e sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência e ao projeto básico a serem elaborados, caso se conclua que há viabilidade para a contratação.

Dessa feita, esse documento destina-se a identificar e analisar a necessidade pungente projetada pela unidade administrativa ao realizar seu planejamento estratégico e o plano de contratações anual, buscando evidenciar o problema a ser resolvido, assim como as soluções possíveis, com fins de avaliar as informações necessárias para subsidiar o respectivo processo de contratação.

A lei se preocupa, ainda, em descrever quais elementos devem compor esse estudo. De acordo com o art. 18, § 1º, o estudo técnico preliminar conterá os seguintes elementos:

- I – descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;
- II – demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;
- III – requisitos da contratação;
- IV – estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;
- V – levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;
- VI – estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;
- VII – descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;
- VIII – justificativas para o parcelamento ou não da contratação;
- IX – demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;
- X – providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;
- XI – contratações correlatas e/ou interdependentes;
- XII – descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;
- XIII – posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

A nova lei faz uma ressalva no art. 18, § 2º, ao registrar que os elementos constantes dos incisos I, IV, VI, VIII e XIII são essenciais e os demais elementos, quando não figurarem no documento, devem ter suas justificativas apresentadas.

Com efeito, a nova lei prevê algumas situações nas quais não há necessidade de elaboração desse documento. O art. 18, § 3º, traz essa exceção para as hipóteses

de contratação de obras e serviços comuns de engenharia, desde que demonstrada a inexistência de prejuízo para aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados e que a especificação do objeto seja passível de ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico.

O art. 72, que trata dos processos de contratação direta que compreendem os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, estabelece a faculdade da elaboração do estudo técnico preliminar. Na realidade, essa deveria ser a lógica para adoção de tal documento. Se há solução identificada para demanda, é inócuo falar-se na elaboração do estudo prévio, pois esta representa um retrabalho e compromete a fluidez da engrenagem das contratações. E não restam dúvidas de que há situações nas quais a exigência de produção do ETP é imprópria⁸⁷, como as a seguir listadas:

- a) nas licitações dispensáveis:
 - ▶ dispensa em função do valor: as contratações em função do valor quase sempre são demandas de pequena monta que não necessitam de estudo minucioso da solução desejada. Essas são contratações de objetos específicos que não se encontram na classificação abrangente da natureza orçamentária do objeto.
 - ▶ dispensa em função da situação emergencial: envolve contratações inesperadas, de tal modo que não há tempo para se elaborar o estudo técnico preliminar, do que resta necessária uma solução imediata, a qual não se amolda ao tempo necessário para sua concepção.
 - ▶ dispensa para contratação de remanescente: não demanda o estudo técnico preliminar, pois este já foi produzido quando da licitação original.
- b) na prorrogação de serviços de natureza contínua, não se exige novo estudo, tendo em vista que já foi produzido na fase de planejamento da contratação e contemplou as prorrogações que o objeto permite.
- c) nas contratações padronizadas, de objetos padronizados, não se exige novo estudo técnico preliminar, pois a solução identificada já foi estudada, o que dispensa repetir-se a análise.
- d) nas contratações que utilizam ETP elaborado em procedimentos anteriores: quando as soluções propostas se mantiverem atendendo integralmente à necessidade apresentada; quando não houver no mercado solução substituta

87 Art. 20 da IN n. 5/2017, do MPDG.

mais atual, moderna e inovadora que mereça novo estudo; e quando os indicadores e resultados da solução forem positivos.

- e) nos serviços de mesma natureza, semelhança ou afinidade, os ETP podem ser elaborados de forma comum, já que são estudos similares e equivalentes, de tal modo que é possível conciliar os documentos.

É possível, ainda, deparar-se com outras situações nas quais esse documento é desnecessário ou sua repetição é um retrabalho. Para uma ideal equação entre casos em que há ou não necessidade de se elaborar um ETP, é imprescindível uma análise sistêmica das demandas, pois é possível haver situações nas quais os estudos representam apenas retóricas de outras contratações e acabam tornando-se mais um documento a se somar aos demais que são exigidos na lei.

Com efeito, há que se ter cuidado para que essa ferramenta não sirva somente para dar ares de legalidade a uma contratação, com a reprodução de ETP pelas unidades administrativas, ou elaboração de documento desalinhado com a demanda ou com a realidade do órgão. Essa prática, mesmo indecorosa e obviamente absurda, faz-se presente na condução dos processos de contratação pública de alguns órgãos.

Sobre essa temática, o Tribunal de Contas da União (TCU), em recente auditoria, identificou irregularidades relacionadas à inadequação na elaboração do estudo técnico preliminar, o qual vem até sendo produzido após o termo de referência. Isso desmonta toda a lógica do sistema de contratações públicas.

18. Dessa forma, foi constatado que os processos de planejamento, quando continham os artefatos exigidos na instrução normativa supracitada, como o documento de oficialização de demanda (DOD), o estudo técnico preliminar (ETP) e o termo de referência (TR), que os mesmos haviam sido elaborados de maneira *pro forma*, isto é, o planejamento da contratação não havia ocorrido de fato.

19. Observou-se casos em que o TR, último artefato que compõe a fase de planejamento, foi o primeiro documento produzido. Isto é, o órgão já tinha definido qual a solução que pretendia adquirir e, muitas vezes, qual a ata de registro de preços à qual pretendia aderir, sem sequer ter feito uma análise de suas necessidades de negócio e das soluções existentes no mercado e no portal de *software* público que poderiam atendê-lo. (Tribunal de Contas da União, 2019)⁸⁸

88 Acórdão n. 2.037/2019 – TCU – Plenário.

Observa-se que esse valioso documento não deve ser feito sem justificativa plausível, muito menos servir apenas de adorno no processo de contratação pública. É importante reconhecer o quão danoso será o ETP para atender à ordem legal se copiado de outro órgão, desconectado da realidade e da necessidade da área demandante.

Outro ponto importante com relação à adoção do estudo técnico preliminar no formato previsto na nova lei diz respeito à sua observância na integralidade. Como exposto, o dispositivo que trata desse documento detalha os passos da sua elaboração. Ora, essas orientações deveriam figurar em regulamentos dos próprios órgãos responsáveis pelas contratações, pois dizem respeito a matérias voltadas aos procedimentos administrativos, os quais podem ser diferentes em cada organização.

Não faz o menor sentido um órgão que já tem a estrutura do ETP endossada pela alta administração e assimilada pelas áreas ter que rever esse documento para adequar a roteirização imposta pela lei. Essa avaliação deverá ser feita considerando-se a possibilidade de ajustes ou melhoramento, mas, jamais, como medida compulsória, o que significará um retrocesso nas contratações da organização se ficar atrelada à parte prescritiva da lei.

Lado outro, as organizações que estão dando seus primeiros passos na implementação do sistema de governança da contratação pública deverão fortalecer as etapas de planejamento e gestão de contratos, acolher o roteiro descritivo da lei e dar ênfase à definição de processos de trabalho. Por isso, as organizações com grau inicial ou inexistente de maturidade da governança podem tender seu olhar para o aspecto descritivo da lei.

Como podemos ver, as organizações devem ter a correta observância das orientações previstas na lei durante a elaboração do ETP. Não é possível determinar que as regras da lei alcancem todos os órgãos e entidades públicas de maneira uniforme. Uma organização com grau elevado de governança, que já se encontra estruturada e com seus processos de trabalho adaptados, sofrerá recuo se ficar atrelada à parte prescritiva do documento.

5. Termo de referência

O termo de referência (TR) é o documento que condensa as principais informações da fase interna da licitação e, por isso, deve ser construído com cuidado e atenção, já que seus dados servem de espelho para elaboração do edital e do contrato administrativo.

Esse documento deve estar em sintonia com a solução viável identificada no estudo técnico preliminar. Contudo, a desconexão entre o idealizado e os objetos que se pretende contratar gera inúmeros incidentes e deve ser evitada.

Porém, por óbvio, o alinhamento entre os dois documentos (ETP e TR) não pode ser tratado de maneira inflexível, pois é possível que sejam necessárias adequações nas soluções eleitas em virtude de novas demandas ou da realidade da área demandante. Nota-se, portanto, que o TR é um documento adaptável, o qual prescinde de engajamento e atenção dos responsáveis por sua elaboração para que seja eficaz. Apresentamos, a seguir, algumas orientações para que esse documento seja elaborado com excelência.

A especificação do objeto é um dos elementos mais sensíveis do TR. De acordo com a Súmula 177 do TCU:

[...] a definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, o qual envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais, das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

Dessa feita, o agente público deve precaver-se e evitar descrições que deixem dúvidas para administração e licitantes, bem como que sejam excessivas, irrelevantes e desnecessárias.

Ademais, a lei estabelece, no art. 20, que a especificação do objeto deve ficar adstrita ao necessário e evitar parâmetros irrelevantes e excessivos, destacando, ainda, que não poderão ser contratados objetos luxuosos⁸⁹.

89 Em âmbito federal essa matéria encontra-se regulamentada no Decreto n. 10.818/2021.

Art. 20. Os itens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da Administração Pública deverão ser de qualidade comum, não superior à necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam, vedada a aquisição de artigos de luxo.

§ 1º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário definirão em regulamento os limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo.

§ 2º A partir de 180 (cento e oitenta) dias contados da promulgação desta Lei, novas compras de bens de consumo só poderão ser efetivadas com a edição, pela autoridade competente, do regulamento a que se refere o § 1º deste artigo.

Ainda com relação a esse momento, deve-se buscar criar catálogos eletrônicos que padronizem os objetos e as especificações dentro da unidade administrativa. Aliás, esse procedimento está previsto no art. 19, inciso II, da Lei n.14.133/2021. Com o catálogo eletrônico é possível facilitar a especificação do objeto e tornar mais célere o processo de contratação.

Outro ponto importante do TR diz respeito à necessidade de fundamentação adequada do pedido. Muitas vezes, essa informação é esquecida ou desprezada, e comumente utiliza-se a expressão “atender ao interesse público” como justificativa da contratação. É consabido que o setor responsável pelo pedido deve indicar, previamente, nos autos dos procedimentos licitatórios, os motivos e fundamentos da necessidade de realização do objeto das licitações, bem como demonstrar a necessidade dos quantitativos previstos na requisição. Assim, recomendamos que a unidade administrativa se debruce na construção das informações acerca das razões pelas quais o bem ou serviço deve ser contratado e nos quantitativos respectivamente demandados, motivando o *quantum* por meio de metodologias e série histórica que apontem possíveis previsões de consumo.

Outro aspecto que merece uma análise aprofundada diz respeito à especificação de objeto divisível. De acordo com o art. 40, § 2º, da Lei n. 14.133/2021, nas compras devem ser prestigiados o princípio do parcelamento e as seguintes premissas:

- ▶ a viabilidade da divisão do objeto em lotes;
- ▶ o aproveitamento das particularidades do mercado local, visando à economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e

- ▶ o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

Lado outro, o parcelamento não será adotado quando:

- ▶ a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do mesmo item do mesmo fornecedor;
- ▶ o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido; e
- ▶ o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo.

Outro ponto importante é verificar se a especificação do objeto está detalhada e informar a qualidade desejada do que se pretende contratar. A nova lei acolhe essa orientação quando prevê, no art. 41, § 4º, que, no caso de licitação que envolva fornecimento de bens, a administração poderá, excepcionalmente, indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:

- I – em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
- II – em razão da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração;
- III – quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for o único capaz de atender às necessidades da contratante;
- IV – quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir apenas como referência.

No caso de a proposta comercial da empresa vencedora apresentar produto que não seja da marca que serviu de padrão qualitativo, é possível exigir do licitante comprovação, por meio de laudo expedido por laboratório, ou declaração de atendimento, emitida por outro órgão, de que o desempenho, a qualidade e a produtividade do objeto são compatíveis com o produto similar ou equivalente à marca de referência mencionada no edital. Essa é a dicção do art. 42 da Lei n. 14.133/2021:

Art. 42. A prova de qualidade de produto apresentado pelos proponentes como similar ao das marcas eventualmente indicadas no edital será admitida por qualquer um dos seguintes meios:

- I – comprovação de que o produto está de acordo com as normas técnicas determinadas pelos órgãos oficiais competentes, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou por outra entidade credenciada pelo Inmetro;
- II – declaração de atendimento satisfatório emitida por outro órgão ou entidade de nível federativo equivalente ou superior que tenha adquirido o produto;
- III – certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar que possibilite a aferição da qualidade e da conformidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, emitido por instituição oficial competente ou por entidade credenciada.

Na definição do objeto, é essencial, ainda, que se faça a adequação da necessidade aos novos parâmetros de sustentabilidade, orientação essa também abraçada pela nova lei e que determina, na aferição da melhor proposta, o levantamento dos custos indiretos relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores.

Com isso, uma das orientações segue a direção de, por meio da análise do pós-venda, considerarem-se horizontes temporais maiores para as contratações e aquisições, o que possibilitaria preços mais vantajosos para administração.

Por fim, quanto à estimativa de valor, outro elemento sensível do termo de referência, a nova lei disciplinou sua feitura no art. 23 e recomendou consultarem-se várias fontes, ato denominado “cesta de preços mercadológicos”.

6. Conclusão

A Lei n. 8.666/1993 foi concebida para combater a corrupção nas contratações públicas, mas não se preocupou com uma das etapas mais importantes para preveni-la: o planejamento. Tal omissão permitiu criar-se um terreno fértil para prática de atos ilícitos nos processos de contratações, bem como resultou em desperdícios que geraram prejuízos incalculáveis aos cofres públicos.

Por todo o exposto, conclui-se que a Lei n. 14.133/2021 representa um passo importante para a engrenagem da boa governança nas organizações públicas ao destacar o dever dos órgãos e das entidades públicas de promoverem o melhor planejamento das suas demandas para, assim, evitar-se a repetição dos velhos erros que têm gerado má conduta e desperdício nos processos licitatórios.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 468, de 15 de julho de 2022**. Dispõe sobre diretrizes para as contratações de Solução de Tecnologia da Informação e Comunicação pelos órgãos submetidos ao controle administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Justiça. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 jul. 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original185758202209296335eab65ff25.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. Decreto n. 7.892, de 23 de janeiro de 2013 (revogado). Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, ano 150, n. 17, seção 1, p. 2-4, 24 jan. 2013.

BRASIL. Decreto n. 10.024, de 20 de setembro de 2019. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, ano 157, n. 184, seção 1, p. 4-9, 23 set. 2019.

BRASIL. Decreto n. 10.947, de 25 de janeiro de 2022. Regulamenta o inciso VII do *caput* do art. 12 da Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o plano de contratações anual e instituir o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, ano 160, n. 18, seção 1, p. 1-2, 26 jan. 2022.

BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002 (revogada). Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, ano 139, n. 137, seção 1, p. 1-2, 18 jul. 2022.

BRASIL. Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, ano 148, n. 150-A, seção 1, p. 1-7, 5 ago. 2011.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução Normativa n. 3, de 26 de abril de 2017. Dispõe sobre o procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 abr. 2017.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Instrução Normativa n. 5, de 26 de maio de 2017**. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acao-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-5-de-26-de-maio-de-2017-Atualizada>. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 588/2018 – Plenário**. Relator ministro Bruno Dantas. Sessão de 21 de março de 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162D394CE0365D6>. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2.037/2019 – Plenário**. Relator ministro Augusto Sherman. Sessão de 28 de agosto de 2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2037%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRILEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 2 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Planejamento da contratação**. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/arquivosrca/001.003.htm>. Brasília, 2012?. Acesso em: 14 ago. 2023.

Extinção do processo licitatório

Edgar Guimarães⁹⁰

1. Introdução

O Estado não produz todos os bens de que necessita para atender às suas demandas, como também, por vezes, carece de mão de obra necessária ao provimento de determinados serviços voltados às suas atividades.

Dessa forma, com vistas à satisfação dos interesses públicos, nascem muitas relações jurídicas de natureza contratual travadas entre a administração pública e particulares. Ditas relações são, em sua maioria, precedidas de um processo administrativo denominado “licitação”.

As licitações, como é de se pensar, devem ser instauradas, processadas e julgadas com irrestrita observância do ordenamento jurídico regente da matéria, visando cumprir objetivos expressamente definidos em lei⁹¹, tais como:

[...] assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição, evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos e incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. (Brasil, 2021)

Tendo como pano de fundo as disposições da Lei n. 14.133/2021, pretendemos, neste ensaio, fazer uma abordagem acerca da extinção da licitação. Para tanto, torna-se imprescindível a análise de alguns aspectos que norteiam essa questão, especialmente a natureza jurídica da licitação e suas causas extintivas. É o que faremos adiante.

90 Advogado. Pós-doutor em direito pela Università del Salento (Itália). Doutor e mestre em direito administrativo pela PUC/SP. Bacharel em ciências econômicas pela FESP/PR. Professor convidado no curso de pós-graduação da PUC/PR. Consultor jurídico aposentado do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. 2º vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Ex-presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (2014-2022). Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Árbitro da Câmara de Arbitragem e Mediação da FIEP/PR. Ex-conselheiro estadual da OAB/PR (2019-2021). Autor de livros e artigos jurídicos. (*curriculum* na plataforma Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/4279678597567440>>).

91 Disposição constante do art. 11 da Lei n. 14.133/2021.

2. Natureza jurídica da licitação

Para que possamos chegar às conclusões que pretendemos, é imperioso, primeiramente, definirmos a natureza jurídica da licitação, para podermos determinar se estamos diante de um processo ou procedimento⁹².

Consideramos essencial ressaltar essa distinção, mesmo que a traços largos, posto que a qualificação dessas realidades jurídicas comporta carga de proteção aos direitos das pessoas privadas, mormente no que tange ao estabelecimento de obrigações ou de sanções ao particular.

O embate doutrinário relativo às categorias de processo e de procedimento é bastante recorrente na doutrina administrativista, tendo em vista que as divergências ainda persistem, mesmo após anos de construção teórica. Como leciona Odete Medauar:

O rol dos critérios comumente invocados para distinguir procedimento e processo revela, não só o empenho científico de administrativistas e processualistas na caracterização de cada uma das figuras, mas também a própria evolução da matéria, no rumo da valorização procedimental, da mais precisa noção de processo e da ideia da existência de processualidade no exercício de todos os poderes estatais. (Medauar, 2010, p. 43-44)

Em nossa dissertação de mestrado em direito, sustentamos a qualificação da licitação como “de natureza procedimental”. Contudo, dada a maturação do debate acerca da temática, ainda, com a publicação de relevante doutrina sobre a matéria (Bacellar Filho, 1998; Bockmann Moreira, 2007), reputamos novo entendimento e passamos a compreender a licitação como processo, não como procedimento.

Romeu Felipe Bacellar Filho (2009) assinala que o procedimento conforma condição fundamental da atividade administrativa, pois constitui forma de exteriorização de competência. A essa questão relaciona-se a ideia de função (administrativa, judicial e legislativa) na qual cada uma compreende modo próprio de manifestação, conhecido como “procedimento”. Defende que, ao somar-se a colaboração de sujeitos e o contraditório à competência, o procedimento se

92 “La licitación pública no es un acto, como erróneamente lo entiende parte de la doctrina, sino un conjunto de actos; un procedimiento integrado por actos y hechos del oferente, que concurren a formar la voluntad contractual” (Dromi, 1995. p. 77). Ainda que diverjamos da posição de Dromi no que tange à natureza da licitação ser procedimental, concordamos que não se pode confundi-la com um ato complexo.

expressa como processo. Ainda segundo esse jurista, a fixação do procedimento administrativo é uma conquista ao Estado Democrático de Direito. Nas suas palavras:

A procedimentalização do agir administrativo, isto é, a fixação de regras para o modo como a Administração deve atuar na sociedade e resolver conflitos configura, assim, condição indispensável para a concretização da democracia. Sem a fixação do procedimento administrativo, impossibilita-se qualquer relação estável entre Administração e cidadãos, onde cada um saiba até onde vai o poder do outro e como este será exercido. (Bacellar Filho, 2009, p. 134)

E prossegue:

O processo administrativo (procedimento em contraditório) – permitindo aos destinatários da ação administrativa influir na decisão final – marca a passagem, no direito administrativo, do primado da autoridade para o primado do consenso. (Bacellar Filho, 2009, p. 134)

A contratação pública requer, em regra, licitação, estruturada por procedimentos e por partes que compõem relação com a administração licitante. Nesse sentido, Egon Bockmann Moreira (2001) propugna ser intrínseca ao termo “processo” a existência de relação jurídica própria. Já o termo “procedimento” significa unicamente uma sequência de atos, um rito nela contido.

Assim, o procedimento está para o exercício da função administrativa como exteriorização de competência. Já o processo pressupõe existência de relação jurídico-administrativa entre dois ou mais sujeitos (públicos ou privados), e é composto por procedimentos. Sempre que houver tal relação de sujeitos, podendo ou não ser de “litigância ou acusação”, surgirá um processo. Caso contrário, constata-se o exercício da função administrativa, nos termos propostos por Romeu Felipe Bacellar Filho.

No que tange especificamente às licitações, assevera o autor acima citado:

Em que pese entendimento diverso de respeitáveis autores, entende-se que a licitação é processo e não procedimento. [...] O próprio art. 38 da Lei 8.666/1993 demonstra isso, realçando a relação de gênero/espécie, e caracterizando a licitação como processo, devido a sua inerente beligerância. Assim, sem dúvida, a licitação é processo, pois nasce marcada por uma conflagração, uma verdadeira disputa de interesses. É um processo público, pois, em homenagem ao princípio da isonomia, todos que se encontram nas condições necessárias podem participar. (Bacellar Filho, 2009, p. 68)

Posto isso, sustentamos que licitação é um processo administrativo consubstanciado num conjunto de atos praticados de forma ordenada e sucessiva pela administração pública, com vistas à seleção da proposta apta a propiciar a melhor contratação⁹³. Cada ato desse conjunto cumpre uma função específica no contexto geral.

Na lição de Márcio Cammarosano,

A licitação é um processo administrativo que se desenvolve de acordo com ritos procedimentais bem definidos em lei, e minudenciados nos instrumentos convocatórios dos certames, especialmente quando exigida, em face da modalidade de licitação, a expedição de edital. (Cammarosano *apud* Cammarosano; Humbert, 2011, p. 50)⁹⁴

Sepultando definitivamente a concepção de que a licitação tem natureza jurídica procedimental, a Lei n. 14.133/2021, em inúmeros dispositivos, acertadamente, faz menção a processo licitatório.

É de fundamental importância compreender-se a natureza jurídica da licitação como processo por se assegurar a prevalência dos princípios constitucionais, tais como devido processo legal, ampla defesa e contraditório, participação popular democrática, dentre outros.

2.1. Sujeitos na relação jurídica processual

Partindo-se da premissa de que a licitação possui natureza jurídica processual, com sua deflagração, surge uma relação entre a administração pública, responsável por sua instauração, e particulares, licitantes e/ou adjudicatários. Ou seja, surgem partes, sujeitos de direitos, nessa referida relação, cada qual, com interesses antagônicos.

93 “L’asta pubblica (o ‘pubblico incanto’) è una gara a cui sono ammessi indistintamente tutti coloro i quali comprovino la loro idoneità per parteciparvi; il contratto rimane aggiudicato al concorrente che abbia fatto l’offerta più vantaggiosa” (Virga, 1994, p. 451). No mesmo sentido posiciona-se Guido Zanolini ao afirmar que “l’asta pubblica consiste in una gara, nella quale ciascun concorrente tende a fare, nei limiti della sua possibilità e del suo interesse, offerte sempre più favorevole alla pubblica amministrazione: il contratto viene aggiudicato al migliore offerente” (Zanolini, 1958. p. 474).

94 Por sua vez, Regina Macedo Nery Ferrari, entendendo a licitação como processo, salienta que “além de princípio, a licitação consiste em um processo preparatório do contrato” (Nery Ferrari, 2011. p. 283).

Em processos licitatórios, a administração pública apresenta-se como sujeito ativo e atua para apurar resultados, realizar finalidades típicas, dar atendimento ao interesse público e cumprir dever legal.

Por sua vez, os licitantes, interessados que acodem ao chamamento público e apresentam propostas/documentos, podem ser denominados “sujeitos passivos”.

Sobre o regime jurídico da Lei n. 8.666/1993 e o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães assim se manifestaram:

[...] Trata-se de nítida relação jurídico-processual – aquela que se desenvolve no tempo entre duas pessoas (ou mais), uma das quais no exercício de função administrativa, consubstanciada na sequência de atos previstos em lei e dirigida a específica finalidade. (Bockmann Moreira, Guimarães, 2012, p. 68)

Portanto, nesse cenário, as licitações não correspondem a simples exercício de exteriorização de competência e são mais complexas e formadas por um vínculo jurídico-processual que não deixa de ser conflitante ou antagônico entre as partes. De um lado, a administração pública (sujeito ativo) busca adquirir o melhor produto/serviço e, de outro, os licitantes (sujeitos passivos) almejam a maior lucratividade.

Nesse processo, cuja vigência geralmente está vinculada ao alcance dos seus fins, as partes⁹⁵, entidade responsável pelo certame (sujeito ativo) e licitantes (sujeitos passivos), encontram-se jungidos à lei em sentido amplo.

2.2. Início e efetiva materialização do processo licitatório

Conforme nossa manifestação registrada em obra de autoria coletiva publicada sob a coordenação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Classicamente o processo licitatório divide-se em duas fases, uma interna e outra externa. Na fase interna do certame são praticados todos os atos preparatórios e necessários para o desencadeamento da competição, ao passo que, na externa tem-se a concreta e material competição entre os interessados,

95 O inciso II do art. 9º da Lei n. 9.784/1999 assim dispõe: “São legitimados como interessados no processo administrativo: [...] II – aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;” Em que pese o legislador ter utilizado a expressão “interessados”, abandonamos seu emprego e optamos por “partes”, por entendermos que esta reflete com maior fidedignidade a presença de interesses antagônicos.

com a apresentação dos respectivos envelopes, fase de habilitação, julgamento e classificação de propostas, dentre outros procedimentos. (Guimarães, 2023, p. 86)

O início da licitação ocorre por meio da instauração de um processo administrativo específico, que deverá conter todos os elementos formais e materiais, tais como, a identificação da necessidade a ser atendida, a definição do objeto, a autorização respectiva, a verificação da existência de dotação orçamentária com saldo suficiente, a elaboração da minuta do edital e do contrato, dentre outros. Todavia, a instauração, por si só, não implica se afirmar que a relação jurídico-processual está materializada, pois, enquanto interessados não acudirem ao chamamento público, tem-se, apenas, a presença do sujeito ativo, a administração pública.

Nesse contexto, é forçoso concluir-se que a efetiva materialização do processo somente restará configurada com a apresentação de propostas/documentos por parte dos sujeitos passivos.

A licitação, portanto, é uma relação jurídica de direito público processual que une sujeito ativo e sujeitos passivos e que se exterioriza e se desenvolve por meio de uma sequência ordenada e sucessiva de atos com vistas a um fim, qual seja, selecionar a proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a administração pública.

3. Formas de extinção do processo licitatório

As licitações são instauradas a partir da constatação, pelo poder público, da necessidade de contratar terceiros com o objetivo de suprir demanda específica e essencial para o desenvolvimento das atividades cotidianas da entidade/órgão, assim como de protagonizar projetos de obras ou serviços de relevante interesse público.

A competição deve seguir uma sequência de atos predeterminados legalmente e ritos específicos, devido à estrutura normativa rígida imposta às contratações realizadas pelo Estado.

Esse rito predefinido se associa à relação jurídica inerente a esse tipo de certame, tido por nós como seu fundamento: a participação das pessoas privadas interes-

sadas em firmar contrato com a administração. Sem essa participação do particular, o processo licitatório é prejudicado, conforme se demonstrará adiante.

O curso habitual e esperado para o processo envolve, na fase externa, divulgação, apresentação de propostas/lances, julgamento, habilitação, recursos, adjudicação e homologação, nos termos do que dispõe Lei n. 14.133/2021. Entretanto, nem sempre o término da licitação se dá de forma a atender a essa expectativa.

Buscaremos, adiante, elucidar as formas de extinção do processo licitatório, tanto a que se dá de maneira ordinária, quanto aquelas oriundas de fatos supervenientes, por nós denominadas “extinções extraordinárias”.

3.1. Extinção ordinária

Encerradas as fases de julgamento de propostas, habilitação e de recursos administrativos, caberá à autoridade superior verificar se o processo se encontra conforme a ordem jurídica vigente para, em seguida, deliberar acerca do ato a ser praticado. É o que se depreende das disposições do art. 71 da Lei n. 14.133/2021.

Tendo em vista o princípio da autotutela⁹⁶, nessa etapa do procedimento a autoridade competente deverá realizar duas espécies de controle: o de legalidade e o de mérito.

3.1.1. Homologação

Se persistirem os motivos de oportunidade e conveniência que ensejaram a autorização para a deflagração do processo necessário à contratação e, ainda, se todas as formalidades legais tiverem sido observadas nas suas diversas fases, o objeto da licitação deverá ser adjudicado ao vencedor e, na sequência, o processo se extinguirá com o ato de homologação.

Nesse contexto, a homologação do processo pressupõe a análise posterior formal e material de todos os atos praticados no curso da competição. Trata-se, portanto, de ato de controle sob dois aspectos: legalidade e mérito.

96 O princípio da autotutela, constitucionalmente implícito, impõe à autoridade competente o dever de analisar a legitimidade e o mérito de seus próprios atos e de expurgar aqueles tidos por ilegítimos, inoportunos ou inconvenientes ao interesse público.

Dessa forma, no exercício do controle acima referido, o atuar do agente é vinculado, pois, persistindo os pressupostos, de fato, autorizadores do certame (oportunidade e conveniência) e, ainda, inexistindo qualquer ilegalidade, a homologação se impõe sem deixar margem para qualquer discricionariedade.

Ao homologar a licitação, a autoridade superior estará, ao mesmo tempo, conferindo legalidade a todos os atos praticados no certame e extinguindo o processo. Esses são seus principais efeitos⁹⁷.

A homologação é uma forma de extinção ordinária do processo, pois o desejo da administração pública ao deflagrar um certame licitatório é que este seja homologado. Dessa forma, atinge-se o seu desiderato, o seu fim maior, a seleção da proposta apta a gerar o resultado mais vantajoso para a administração.

3.2. Extinção extraordinária

De outro giro, o processo licitatório poderá ser extinto de forma extraordinária em razão de fatos supervenientes ou circunstâncias apenas constatadas após sua instauração e, em última análise, indesejadas pela administração pública.

Consoante sustentado em tópico anterior deste ensaio, a extinção da licitação almejada pela administração pública dá-se pela via da homologação (extinção ordinária), com a conseqüente celebração do contrato. Entretanto, é possível ocorrer a extinção do processo licitatório de forma extraordinária, por meio das figuras jurídicas da revogação, anulação, fracasso ou deserção, cada qual com suas características que, a seguir, serão objeto de breve análise.

3.2.1. Revogação

Todos os atos praticados no transcurso da licitação são passíveis de controle pela autoridade competente da entidade licitadora, a qualquer momento.

A revogação não se opera em virtude de uma ilegalidade, mas em decorrência de fato superveniente, posterior à instauração do certame, pertinente e suficiente, diretamente relacionado ao interesse público objetivado. Por não combater ilegalidades, mas sujeitar-se ao critério de conveniência e oportunidade, produz efeitos apenas para o futuro, ou seja, *ex nunc*.

97 Nessa linha de pensar, Luciano Ferraz (2002, p. 78) sustenta que: “A homologação é ato de controle de legalidade da licitação e tem efeito declaratório da validade dos atos praticados durante o procedimento”.

Nesse momento, o interesse público é o elemento fundante do juízo de conveniência e oportunidade da autoridade superior. Apresenta-se como atuação discricionária que deve ser pautada por rígidos critérios de aferição, estabelecidos na lei e no ordenamento jurídico.

É importante salientar a necessidade da delimitação do que vem a ser “interesse público”, pois este se apresenta como núcleo essencial para fins de controle dos atos da autoridade. Além disso, é um conceito jurídico impreciso, que, dada sua natureza fluida, deve ser regrado ao máximo possível para se evitarem abusos de poder no exercício da atuação discricionária.

Tais conceitos fluidos comportam uma significação reconhecida por um grupo social (Grau, 1985), componente de um dado senso comum teórico, o que limitará a margem de liberdade do administrador na eleição do significado do conceito e na interpretação dos textos legais⁹⁸.

Em sede de revogação, a autoridade competente estará vinculada aos ditames da lei e da situação fática que se apresenta em dado momento, o que, especificamente, obriga a explicitação do motivo e a apresentação de fato superveniente, pertinente e suficiente, além da exata correlação desse fato com o interesse público objetivado.

A autoridade superior, no campo específico dessa atuação, tem o dever de agir da melhor forma possível, buscando, dentre as possíveis alternativas, aquela que melhor atenda ao interesse público. Ressalte-se que há dever, o que por si só já é suficiente para se limitar consideravelmente a discricionariedade.

A revogação, portanto, é ato de controle que deve ser exercido amplamente, e não se constitui obstáculo a alegação de que o agente atuou em sede discricionária. Pelo contrário, por essa razão a necessidade de controlar sua ação nasce com mais ênfase, no intuito de se evitarem eventuais desvios de poder. Tal controle, que poderá ser exercido a qualquer momento, tanto na fase preparatória ou interna quanto na fase externa da licitação, é competência única e exclusiva da administração pública promotora do certame⁹⁹.

98 Conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, não se pode olvidar ainda que no exercício de competência discricionária não há liberdade, mas espaço de atuação vinculado a parâmetros jurídicos previamente determinados.

99 Não cabe ao Judiciário revogar certame licitatório, mas apenas controlar os aspectos vinculados do ato de revogação.

Para que a revogação do processo licitatório se opere validamente, a motivação deve decorrer de fato posterior, devidamente comprovado e intimamente ligado ao interesse público buscado, e deve estar pautada em justificativas plausíveis, indisponíveis, portanto, ao arbítrio da administração.

Não basta apenas a ocorrência de fato superveniente ao ato que autorizou a abertura do certame. Tal fato, além de superveniente, deve ser dotado de potencialidade suficiente para colocar em risco o interesse público objetivado, causando-lhe, de forma incontestável, certo prejuízo.

Outro requisito a ser atendido diz respeito à necessidade da prévia instauração do devido processo legal, como único meio capaz de materializar o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa e de atender aos reclamos do § 3º, do art. 71 da Lei n. 14.133/2021¹⁰⁰.

De fato, se o processo licitatório estiver materialmente formado, ou seja, se sujeitos passivos na relação jurídico-processual acudiram ao chamamento público e apresentaram propostas/documentos, o ato revogatório deve ser antecedido da oportunidade do contraditório e da ampla defesa, sob pena de restar caracterizado um vício de legalidade insanável.

Dessa forma, apresentam-se como absolutamente ilegais, e sem possibilidade de produzir qualquer efeito jurídico, cláusulas, muitas vezes encartadas em atos convocatórios, que atribuem à entidade promotora da competição amplos poderes para, a qualquer tempo e ao seu alvedrio, revogar a licitação sem observar o imprescindível atendimento dos requisitos aqui apontados.

3.2.2. Anulação

A anulação consiste na invalidação de atos eivados de ilegalidades insanáveis, praticados ao arpejo da ordem jurídica vigente. Diferentemente da revogação, que incide no desfazimento de um ato por um juízo de conveniência e oportunidade pertinente ao interesse público, e sempre motivado nesse sentido, a anulação corresponde a um duplo viés: primeiro, o reconhecimento, pela administração, de ato administrativo viciado, e, segundo, sua retirada da esfera jurídica, cujos efeitos resultam, como se o ato nunca tivesse existido.

100 Art. 71. [...] § 3º Nos casos de anulação e revogação, deverá ser assegurada a prévia manifestação dos interessados.

A anulação *ex officio* de um ato administrativo é possível e consolidada pela jurisprudência dos nossos tribunais. Entretanto, é instituto que merece especial atenção, uma vez que está intimamente relacionado aos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção à confiança e porque os atos administrativos são dotados de aparência e presunção de legitimidade e constituem garantias e direitos, ainda que posteriormente sejam declarados inválidos.

Ao prescrever disposições sobre irregularidades eventualmente constatadas no processo licitatório, o art. 71 da Lei n. 14.133/2021, de forma expressa, estabelece que o saneamento deve ser a primeira medida a ser considerada pela administração e, caso este não seja possível, a nulidade da licitação deve ser adotada apenas quando se revelar medida de interesse público, após avaliação de uma série de requisitos legais fixados nos incisos do mencionado artigo.

Assim, no cenário jurídico atual, deve-se buscar, sempre que possível, o saneamento de eventuais irregularidades ou a convalidação¹⁰¹ dos efeitos produzidos pelo ato viciado, dada a expectativa que os atos administrativos geram, denotando carga de direitos nitidamente diferenciada daqueles tutelados pelo direito civil.

Outrossim, quando há constatação de ato que contamina todo o processo, a anulação do certame licitatório igualmente se fundamenta numa sujeição do administrador em restaurar a legalidade. Dita restauração poderá ser levada a efeito não apenas pela anulação da licitação, mas também por meio da figura da convalidação, considerando-se a espécie do vício. Por se tratar de violação à ordem jurídica, a anulação retroage e atinge o ato viciado no seu nascimento e os seus consequentes, impede a produção de efeitos e não gera direitos públicos subjetivos. A anulação opera, portanto, efeitos *ex tunc*.

101 Convalidação é ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado. É importante consignar a disposição do art. 55 da Lei n. 9.784/1999 (Lei Federal de Processo Administrativo), nestes termos encontrada: “Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”. A convalidação também se pode dar por meio da confirmação. Conforme José Antunes dos Santos Neto: “A confirmação, por sua vez, encerra a renúncia da Administração em anular o ato administrativo viciado. Isso pode se dar de maneira expressa, ou tácita. A primeira hipótese (expressa) ocorre quando o particular impugna expressamente o ato inquinado com o vício, e em decisão administrativa típica, o Poder Público decide manter o ato produzindo efeitos jurídicos, por razões de conveniência e oportunidade do interesse público, assim sopesado pelo exercício legítimo da discricção administrativa; a segunda (tácita) ocorreria quando, pelo decurso de tempo, não se pudesse mais anular o ato. Aqui, entretantes, vislumbramos óbice imposto pela decadência e não confirmação propriamente dita”. (Santos Neto, 2004, p. 118).

A competência para a prática do ato anulatório, diferentemente do que ocorre em sede de revogação, exsurge tanto para a entidade promotora do certame quanto para o Poder Judiciário. No âmbito interno da administração, essa competência se insere no rol da mesma autoridade responsável pela abertura e pela homologação do processo licitatório, salvo disposição legal em sentido contrário.

A anulação poderá ocorrer a qualquer momento, tanto na fase interna quanto na fase externa da competição, até mesmo após a celebração do contrato e durante sua execução. Todavia, se o processo se encontrar materializado, formado, completo, o que se dá, em nosso sentir, com o recebimento de propostas/documentos, a anulação da licitação deve ser precedida da instauração prévia do devido processo legal como meio de viabilizar o exercício do contraditório e da ampla defesa, nos termos salientados por ocasião da análise da figura jurídica da revogação.

3.2.3. Fracasso

As licitações públicas são presumivelmente realizadas mediante planejamento, existência real da necessidade e justificativas de oportunidade e conveniência para celebração da contratação. O não comparecimento de interessados ao certame ou a não obtenção de uma proposta válida, apta a viabilizar a celebração do contrato pretendido pela administração, devem ser considerados exceções.

Deve-se declarar o fracasso do processo licitatório quando, durante a competição, ocorrer algum revés com as propostas ou com a habilitação dos licitantes, que culmine com a desclassificação ou inabilitação de todos.

Nos termos de nossa manifestação em obra publicada em coautoria com Ricardo Sampaio (2022), o fracasso da licitação pode decorrer de diversos fatores. Por exemplo, quando nenhum licitante logra êxito em comprovar as condições de habilitação fixadas no instrumento convocatório ou quando nenhuma das propostas apresentadas atende aos requisitos técnicos estabelecidos para classificação. Também há o fracasso quando as propostas consignarem preços considerados excessivos ou inexequíveis ou, ainda, quando alguns licitantes forem inabilitados e os demais desclassificados.

Em todas as hipóteses o resultado será o mesmo, ou seja, a licitação deverá ser extinta de forma extraordinária com a decretação do fracasso.

3.2.4. Deserção

O processo licitatório deve ser declarado deserto quando nenhum interessado acudir ao chamamento público, ou seja, quando na data aprazada pelo instrumento convocatório não houver envio de propostas ou documentos.

O não comparecimento de licitantes ao certame deve ser investigado pela administração a fim de se constatar se decorre da fixação de exigências editalícias ilegais, impertinentes, descabidas, ou da absoluta inexistência de interesse, fruto de causa alheia ao agir da administração.

Como certames licitatórios são presumivelmente realizados mediante planejamento, existência real da necessidade e justificativas de oportunidade e conveniência para o interesse público, o não comparecimento de licitantes torna-se um obstáculo desastroso, que pode ocasionar prejuízos substanciais ao interesse público caso o certame necessite ser repetido. Para evitar a eventual ocorrência desse prejuízo, o legislador optou justamente por estabelecer a deserção como fundamento para uma dispensa de licitação¹⁰².

Dessa forma, não sendo constatada ilegalidade alguma no processo, a deserção poderá dar ensejo à uma contratação direta, desde que preenchidos os requisitos constantes do inciso III do art. 75 da Lei n. 14.133/2021.

Assim, a contratação direta estará autorizada mediante atendimento cumulativo dos seguintes requisitos legais: i) licitação realizada a menos de um ano, declarada deserta pelo não comparecimento de interessados (a licitação, embora programada e realizada em conformidade com o ordenamento jurídico, resta inutilizada pelo livre desinteresse de particulares); ii) manutenção de todas as condições definidas no edital do certame deserto para contratação direta. Em suma, objeto, exigências de habilitação, prazos etc. devem ser idênticos para o contrato a ser formalizado e justificado por meio da dispensa de licitação.

102 O fracasso também fundamenta hipótese de dispensa de licitação, consoante se subtrai do seguinte dispositivo da Lei n. 14.133/2021: Art. 75. É dispensável a licitação: [...] III – para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação: a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas;

4. Conclusão

No presente ensaio, propusemo-nos a examinar a natureza jurídica da licitação. Concluímos, portanto, tratar-se de uma relação jurídica de direito público processual que se exterioriza e se desenvolve por meio de uma sequência ordenada e sucessiva de atos. Além disso, tal relação une, de um lado, a administração pública promotora da competição, na qualidade de sujeito ativo, e, de outro, os licitantes que acudirem ao chamamento público, os licitantes, qualificados como sujeitos passivos.

O processo licitatório estará materializado, efetivamente formado, apenas quando ocorrer a apresentação de propostas e documentos por parte dos interessados em participar do certame.

Por se tratar de uma relação jurídico-processual, a licitação deverá ser extinta por meio de um ato administrativo baixado por autoridade competente. A extinção poderá ocorrer de forma ordinária, com a homologação, ou extraordinária, por meio da revogação, anulação, fracasso ou deserção.

Referências

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

BOCKMANN MOREIRA, Egon; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública: a lei geral de licitações/LGL e o regime diferenciado de contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. O processo de licitação, a Lei 9.784/99 e o princípio da legalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, v. 1, n. 3, jun. 2001.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

CAMMAROSANO, Márcio. Teoria geral das licitações e contratos – limpeza urbana – habilitação – índice de endividamento. *In*: CAMMAROSANO, Márcio; HUMBERT, Georges Louis Hage. **Direito público: estudos e pareceres**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Manual de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 86.

DROMI, Roberto. **Licitación pública**. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

FERRAZ, Luciano. **Licitações: estudos e práticas**. 2. ed., Rio de Janeiro: Esplanada, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Notas sobre os conceitos jurídicos. **Revista de Direito Público**. São Paulo, v. 18, n. 74, p. 218-219, abr./jun. 1985.

GUIMARÃES, Edgar; SAMPAIO, Ricardo. **Dispensa e inexigibilidade de licitação: aspectos jurídicos à luz da Lei n. 14.133/2021**. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022.

HUMBERT, Georges Louis Hage. **Direito público: estudos e pareceres**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY FERRARI, Regina Maria Macedo. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da anulação ex officio do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

VIRGA, Pietro. **Diritto amministrativo**. Tomo 1 - I Principi. 2. ed., Milano: Giuffrè Editore, 1994.

ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. V. 4. 5. ed., Milano: Giuffrè Editore, 1958.

Os modos de disputa e seus desafios na Lei n. 14.133/2021

Murilo Jacoby Fernandes¹⁰³

1. Introdução

Frequentemente, lemos textos, artigos e postagens sobre as inúmeras atualizações que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA) trouxe para a temática de compras públicas nacionais. De fato, a lei inovou no ordenamento jurídico em algumas hipóteses, no entanto, boa parte dessas chamadas inovações consistem, de fato, em uma generalização de ferramentas que, até então, possuíam uso mais restrito. Exemplos dessas generalizações são os modos de disputa.

Inicialmente previstos no Regime Diferenciado de Contratações (RDC), de onde vieram várias das novidades da Lei n. 14.133/2021, os modos de disputa se prestaram a substituir as usuais modalidades licitatórias e permitiram maior flexibilidade a um sistema jurídico de uso específico e direcionado.

Com escopo de uso mais restrito, os desafios decorrentes dos modos de disputa do RDC não se tornaram tão evidentes. Questões como a possibilidade de uso de lances (modo de disputa aberto) nas licitações para obras e serviços de engenharia, a pluralidade de procedimentos que surgem das regulamentações locais e os critérios para uso dos modos de disputa representam reais desafios que ficaram dormentes frente às especificidades do uso do RDC.

Tais desafios vêm adquirindo mais relevância com a maior generalização da figura dos modos de disputa. Primeiro, com previsão na Lei de Responsabilidade das Estatais, de aplicação obrigatória para as empresas públicas e as sociedades de economia mista, e, após, com a expansão do pregão eletrônico, por meio do Decreto n. 10.024/2019.

103 Advogado, professor e consultor; diretor jurídico da Jacoby Fernandes & Reolon Advogados Associados; diretor-presidente do Instituto Protege; membro fundador do Instituto Nacional da Contratação Pública (INCP); coordenador da pós-graduação de licitações e contratos do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Especialista em direito público, com atuação em processos licitatórios e contratos públicos, processos administrativos perante os tribunais de contas e processos judiciais, bem como na elaboração de regulamentos de licitação e contratos. É, também, autor de vários artigos, com participação em obras coletivas.

Agora, com a chegada da aplicação obrigatória da Lei n. 14.133/2021, torna-se premente o enfrentamento dessas questões de modo a trazer segurança para os gestores de todas as esferas e dos mais diversos entes. Nesse sentido, é necessário também reconhecer a importância do posicionamento das cortes de contas.

2. Breve histórico dos modos de disputa na legislação nacional

Como trazido anteriormente, os modos de disputa foram inaugurados na legislação do RDC. Inicialmente, com uso restrito às obras para as olimpíadas, as paraolimpíadas e a copa do mundo de futebol, o RDC trouxe diversas inovações ao universo normativo das licitações e contratos, como, por exemplo: a contratação integrada; a análise das propostas antes da habilitação, como regra; a possibilidade de remuneração variável; e os contratos de eficiência.

A criação dos modos de disputa veio substituir as modalidades licitatórias previstas na Lei n. 8.666/1993. Como as modalidades licitatórias possuem procedimento fixo atrelado ao valor estimado da contratação, as comissões de licitação não poderiam ajustar o procedimento ao mercado interessado em participar no certame.

Os modos de disputa, todavia, trouxeram essa flexibilidade. Independentemente do objeto ou do seu valor, a comissão de licitação poderia decidir sobre a possibilidade de prever a oferta de lances no processo licitatório.

Apesar de, posteriormente, o uso dos modos de disputa ter sido ampliado para outras hipóteses, como para obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), do Sistema Único de Saúde (SUS), para construção e reforma de presídios, para infraestrutura e inovação, foi possível verificar que se restringiu à União, aos estados e às grandes capitais.

Com a promulgação da Lei n. 13.303/2016, as empresas públicas e as sociedades de economia mista também passaram a ter a possibilidade de uso dos modos de disputa. Diferentemente de como previsto no RDC, entretanto, a Lei das Estatais previu a existência concomitante do pregão e dos modos de disputa.

A consequência foi no sentido de que, com raras exceções, quando o condutor do processo licitatório pretendia a realização de lances, utilizava-se da modalidade pregão. Nos demais casos, utilizava-se, como regra, do modo de disputa fechado.

Assim, por diversos fatores que não serão analisados neste momento, as empresas estatais, ao invés de usufruírem da flexibilização dos modos de disputa, enquadraram-se em uma dinâmica conservadora, utilizando-se apenas do pregão e da “nova concorrência”, o modo de disputa fechado, na maioria de suas licitações.

Outro marco relevante nos modos de disputa foi a arrojada normatização do pregão eletrônico, por meio do Decreto n. 10.024/2019, que, além de ter representado um grande avanço nas compras eletrônicas do país, previu os modos de disputa na modalidade pregão. Um dos grandes méritos do decreto foi trazer à administração pública, como um todo, o desafio atinente à escolha dos modos de disputa pelos pregoeiros, pois, apesar de o decreto limitar-se a regulamentar o pregão eletrônico na Administração Pública federal, tanto a alteração do Comprasnet¹⁰⁴, até então maior sistema de licitação eletrônica do país, quanto a previsão de obrigatoriedade do pregão eletrônico para as transferências voluntárias resultaram em uma generalização da modalidade em âmbito nacional.

Mais recentemente, a Lei n. 14.133/2021 sedimenta a figura dos modos de disputa para as licitações públicas ao permitir a combinação destes com as modalidades previstas no art. 28.

3. Os procedimentos dos modos de disputa

Antes de adentrarmos nos desafios trazidos pela generalização dos modos de disputa, torna-se necessário fazer uma breve explicação de seus procedimentos, considerando-se a Lei n. 14.133/2021.

Destaca-se que o texto legal foi deveras sucinto quando da conceituação dos modos de disputa:

Art. 56. O modo de disputa poderá ser, isolada ou conjuntamente:

I – aberto, hipótese em que os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes;

II – fechado, hipótese em que as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação.

104 Recém-renomeado como Compras Governamentais – ComprasGov.

Com o objetivo de aclarar as diferenças entre os modos de disputa, passamos a uma descrição dos seus procedimentos.

3.1. Modo de disputa fechado

O mais simples dos modos de disputa, o modo de disputa fechado é muito similar ao procedimento de disputa da modalidade concorrência na Lei n. 8.666/1993¹⁰⁵.

Nesse modo de disputa, os licitantes, após analisarem as condições e regras do edital, apresentam uma única proposta fechada, ou seja, que ficará disponível ao agente da contratação e aos demais licitantes somente após o início do certame. Assim, cada licitante elabora sua proposta sem saber os valores dos demais licitantes, e tenta sagrar-se vencedor mediante oferecimento da melhor proposta possível.

3.2. Modo de disputa aberto

No modo de disputa aberto, os licitantes comparecem no momento do certame e, considerando os requisitos editalícios, ofertam suas propostas, por meio de lances, públicos e sucessivos. Os lances serão crescentes, quando o critério de julgamento for maior lance ou maior desconto, e decrescentes, quando o critério de julgamento for menor preço.

Nesse modo, os licitantes sabem os preços dos concorrentes e utilizam-se de sua estrutura empresarial para ofertar o melhor lance, ou seja, aquele que supostamente nenhum concorrente pode superar.

3.3. Modo de disputa aberto e fechado

O modo de disputa aberto e fechado combina elementos dos dois modos analisados anteriormente, pois permite a participação de todos os interessados em uma fase inicial aberta e, posteriormente, seleciona um grupo restrito de licitantes para uma última proposta fechada.

O procedimento do modo de disputa aberto e fechado é dividido em duas etapas distintas: a etapa aberta e a etapa fechada.

105 Diferentemente da Lei n. 8.666/1993, a LLCA prevê, como regra, primeiro a análise da proposta e, após, a análise da habilitação. Mas as fases do processo licitatório, previsto no art. 17 da lei, não possuem relação com os modos de disputa, previstos no art. 56 da lei.

Na etapa aberta, todos os interessados podem apresentar suas propostas. Essa etapa assemelha-se ao modo de disputa aberto convencional, em que os licitantes enviam suas propostas iniciais com base nas especificações e nos requisitos do edital. A diferença decorre do fato de que, após determinado momento, não especificado na Lei n. 14.133/2021, a etapa aberta é concluída e então ocorre a convocação de uma quantidade limitada de licitantes, mais bem classificados, para a etapa fechada.

Na etapa fechada, os licitantes selecionados apresentam uma proposta final que será tornada pública apenas e juntamente com a proposta de todos os outros licitantes.

3.4. Modo de disputa fechado e aberto

O modo de disputa fechado e aberto funciona de modo inverso.

Nesse modo de disputa, a etapa fechada ocorre com a apresentação, por todos os licitantes interessados, de propostas fechadas, observadas as condições estabelecidas no edital. As propostas de todos os licitantes são tornadas públicas simultaneamente.

Então, com base em critérios estabelecidos no edital, são selecionados os licitantes mais bem classificados para uma disputa de lances públicos e sucessivos, a etapa aberta.

4. Os desafios inerentes aos modos de disputa

Após essa breve descrição dos modos de disputa, exploram-se os desafios inerentes a essa ferramenta, para compreensão de suas complexidades.

4.1. Da ausência de parametrização legal

Como foi possível verificar na descrição dos modos de disputa trazidos anteriormente, a Lei n. 14.133/2021 é extremamente sucinta sobre o tema e não traz qualquer definição acerca:

- ▶ de qual método será utilizado para encerrar o modo de disputa aberto, nos modos de disputa aberto, aberto e fechado e fechado e aberto;

- ▶ dos parâmetros para definição de quais licitantes passarão à etapa fechada, no modo de disputa aberto e fechado;
- ▶ dos parâmetros para definição de quais licitantes passarão à etapa aberta, no modo de disputa fechado e aberto.

Apesar de se reconhecer e de se defender a importância da liberdade de regulamentar dos estados e municípios no ponto em tela, a ausência de previsão legal representa grave prejuízo aos licitantes de todo o país pois, se cada ente tomar a liberdade para regulamentar, cada um à sua maneira, os procedimentos dos modos de disputa, os licitantes terão que possuir um nível de *expertise* em normas e estratégias de disputa alcançável, na maioria das vezes, apenas pelas maiores empresas do país.

A título exemplificativo, considerando a ausência de critério para encerramento do modo de disputa aberto, é possível que, dentro de um mesmo município, um licitante participe de três licitações com procedimentos completamente diversos.

Um órgão federal, sediado num município, seguirá o procedimento da Instrução Normativa n. 73/2002, segundo a qual o modo de disputa aberto durará 10 minutos, e será prorrogado automaticamente sempre que houver lance ofertado nos últimos dois minutos. Um órgão estadual, por sua vez, poderia, em tese, definir que o encerramento do modo de disputa aberto se dá de modo aleatório. Por fim, o órgão municipal, poderia, em tese, definir que o modo de disputa aberto se encerra após uma quantidade predeterminada de lances¹⁰⁶.

Renova-se, nesse ponto, que não se critica a liberdade de regulamentar concedida pela lei para que os entes públicos definam atribuições dos agentes envolvidos no processo licitatório, estruturem seus planos de contratação anuais, e organizem a centralização de suas compras, ou outros diversos pontos em que a Lei n. 14.133/2021 estabelece o dever de regulamentar.

No ponto em tela, todavia, a liberdade de regulamentar pode permitir uma variedade normativa que, caso ocorra, certamente prejudicará a competitividade das empresas licitantes.

Nesse sentido, propõe-se que, em relação aos procedimentos dos modos de disputa que afetam a participação dos licitantes no processo licitatório, os entes

106 Aduz-se a conformidade em tese, pois poder-se-ia questionar eventual contrariedade aos princípios legais que regem a matéria, estabelecidos no art. 5º da Lei n. 14.133/2021.

públicos deixem a inovação de lado e copiem as normas federais, com o objetivo de uniformizar os procedimentos e simplificar a participação das empresas licitantes.

4.2. Da escolha por qual modo de disputa

O segundo desafio refere-se à escolha de qual modo de disputa deve ser utilizado no futuro processo licitatório.

Esse desafio passa por duas vertentes. Em primeiro lugar, a definição de qual agente, dentre aqueles que participam do processo licitatório, deve fazer a escolha. Em segundo lugar, quais critérios devem-se utilizar para a definição do modo de disputa.

4.2.1. Do agente responsável pela escolha do modo de disputa

Se buscarmos a lei para identificarmos o responsável pela indicação do modo de disputa, teremos pouco auxílio, tendo em vista que a norma se limita a prever essa figura e sua ocorrência na fase de planejamento da licitação:

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

[...]

VIII – a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o **modo de disputa** e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto; (Brasil, 2021, grifo nosso)

Como o próprio nome indica, os modos de disputa impactam diretamente no comportamento do mercado durante a disputa do processo licitatório¹⁰⁷. Portanto, somos levados a crer que o agente mais bem preparado para sua indicação é aquele responsável pela confecção do edital, pois é o agente que tende a

107 Teoria dos leilões.

possuir maior experiência no comportamento dos licitantes durante as disputas licitatórias.

Apesar disso, não há óbice para que o agente responsável pelo termo de referência ou pelo projeto básico faça sugestões em relação ao modo de disputa.

Desse modo, o agente responsável pela elaboração do edital deve estar aberto às considerações do agente demandante, ainda que, por fim, a responsabilidade pela escolha seja sua.

4.2.2. Dos critérios para a escolha do modo de disputa

Definido o agente responsável pela escolha do modo de disputa, passa-se à análise dos critérios para definição deste.

Aqui, encontramos um obstáculo hoje intransponível: a ausência de levantamentos técnicos e estudos acadêmicos sólidos acerca das vantagens e desvantagens de cada modo de disputa.

Explica-se. Um preceito básico para escolha entre opções são as informações relativas às consequências da escolha. A seara do direito administrativo, mais especificamente a temática de licitações e contratos, carece de estudos científicos aptos a subsidiar as escolhas do gestor.

Nesse sentido, apesar de os modos de disputa existirem no ordenamento jurídico brasileiro desde 2012, não há estudos que analisem os efeitos ou comparem as consequências entre a escolha de um determinado modo de disputa e de outro.

Se por um lado essa falta de dados não oferece guarida ao gestor público imbuído da missão de definir o modo de disputa, por outro lado, traz-lhe uma tranquilidade: sem dados, não é possível questionar ou criticar, de modo embasado, a escolha realizada pelo gestor. Vamos além: é absolutamente ilegal a crítica ao modo de disputa escolhido, com base em preferências pessoais ou “achismos”, seja pelos órgãos de controle, seja pelo Poder Judiciário.

Sem dados, é ilegal, por exemplo, que se suspenda uma licitação realizada pelo modo de disputa aberto e fechado, ao argumento, desprovido de provas, de que o modo de disputa aberto é mais vantajoso, pois tem a tendência de trazer preços mais baixos. Nesse caso, o uso da expressão “tendência” não decorre de dados coletados de maneira científica, mas apenas da valoração empírica do julgador.

Tem-se, portanto, que a administração pública está em um período de testes e que, por meio das ferramentas de governança e controle interno, talvez seja possível levantar dados e daqui há algum tempo concluir-se em quais situações determinado modo de disputa traz melhor resultado.

Considerando a nossa missão orientadora, todavia, passamos a ofertar algumas sugestões, baseadas em nossa experiência, que, longe de almejar dar a resposta definitiva, objetivam tecer considerações e nortear a escolha daqueles gestores que se encontram sem direção nesse desafio¹⁰⁸.

i. Modo de disputa aberto e fechado para mercados concentrados

Em mercados excessivamente concentrados, ou seja, nos quais há poucos licitantes e a chance de cartelização ou combinação entre estes é alta, o modo de disputa aberto e fechado parece representar uma boa opção porque, na etapa fechada, em que os licitantes ainda não são identificados, existe a probabilidade de que a presença de algum licitante alheio à combinação ocorrida possa contribuir para quebrar a cartelização e resultar em melhores preços para o órgão licitante.

ii. Modo de disputa fechado e aberto para objetos complexos

Antes de se adentrar na sugestão propriamente dita, é necessário pontuar que o objeto complexo não se opõe ao objeto comum (que atrai o uso do pregão), mas sim àquele objeto que possui ampla diversidade de modelos e opções das quais apenas algumas atendam ao edital.

Nessa hipótese, o modo de disputa fechado e aberto aparenta ser uma boa opção, pois permite que, antes de se iniciar a etapa aberta, o agente da contratação analise as propostas apresentadas, de forma a evitar que uma proposta que não atenda ao edital influencie no preço na etapa de lances.

Tal cenário encontra ressonância na prática do pregão presencial do Decreto n. 3.555/2001, cujo procedimento se assemelha ao modo de disputa fechado e aberto da Lei n. 14.133/2021. Entretanto, nessa hipótese, o edital deverá prever expressamente a necessidade de análise das propostas após a etapa fechada e

108 As sugestões trazidas a seguir utilizaram como base normativos federais, em especial a Instrução Normativa n. 73/2022.

indicar que apenas as propostas em conformidade com o edital poderão ser objeto de análise e seleção para a etapa aberta.

iii. Mercados muito competitivos

Licitações para objetos simples em mercados altamente competitivos, cuja quantidade de licitantes é bastante elevada, exemplificam bem os efeitos da falta de dados. Ainda que se possa resultar em uma etapa de lances longa, estendendo o tempo da licitação, nossa sugestão é no sentido de se utilizar o modo de disputa aberto.

iv. Normatizar

Caso o órgão ou entidade seja politicamente exposto, com ingerências constantes dos órgãos de controle, uma sugestão seria normatizar um modo de disputa padrão.

Essa praxe, apesar de limitar as experiências do órgão, reduz significativamente os debates sobre o tema, de modo a se aguardar um amadurecimento da questão.

Como previamente pontuado, essas sugestões não se prestam a esgotar o tema, mas apenas apresentar um norte para auxiliar os gestores mais claudicantes diante da falta de clareza e de dados que fundamentem a escolha.

4.3. Da utilização do modo aberto nas licitações de obras e serviços de engenharia

Outro desafio refere-se à escolha do modo de disputa aberto, isoladamente ou combinado, para obras e serviços de engenharia.

Trata-se de tema polêmico, que já passou por diversos capítulos na história do direito administrativo.

Desde 2005, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União já previa a realização de pregão, uma modalidade de licitação com lances, na época, para serviços de engenharia (Tribunal de Contas da União, 2005)¹⁰⁹. Em 2010, o tema foi sumulado pelo TCU¹¹⁰.

109 Acórdão n. 817/2005 – TCU – 1ª Câmara.

110 Súmula n. 257/2010 – TCU.

Com o renascimento dos debates, quando da elaboração do Decreto n. 10.024/2019, o Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (Confea) editou a Resolução n. 1.116/2019, que determinou, no art. 1º:

Art. 1º Estabelecer que as obras e os serviços de Engenharia e de Agronomia, que exigem habilitação legal para sua elaboração ou execução, com a emissão da Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, são serviços técnicos especializados.

§ 1º Os serviços são assim caracterizados por envolverem o desenvolvimento de soluções específicas de natureza intelectual, científica e técnica, por abarcarem risco à sociedade, ao seu patrimônio e ao meio ambiente, e por sua complexidade, exigindo, portanto, profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições.

§ 2º As obras são assim caracterizadas em função da complexidade e da multiprofissionalidade dos conhecimentos técnicos exigidos para o desenvolvimento do empreendimento, sua qualidade e segurança, por envolver risco à sociedade, ao seu patrimônio e ao meio ambiente, e por demandar uma interação de concepção físico-financeira que determinará a otimização de custos e prazos, exigindo, portanto, profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições.

O dispositivo visava afastar o uso do pregão, restrito a bens e serviços comuns, para serviços de engenharia e obras. Contudo, a administração pública continuou a utilizar pregão para serviços comuns de engenharia.

A Lei n. 14.133/2021 retomou o debate sobre essa questão e restringiu o uso do pregão a obras. Porém, deixou permanecer, na redação final do art. 29 e parágrafo único, a possibilidade de aplicação de pregão a serviços comuns de engenharia¹¹¹.

A possibilidade do uso do pregão para obras e serviços de engenharia, todavia, perdeu relevância com previsão dos modos de disputa, já que, com a novel legislação, tanto o pregão quanto a concorrência poderiam ter lances, bastando-se a opção pelo modo de disputa aberto, isolada ou conjuntamente.

111 Lei n. 14.133/2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado. Parágrafo único. O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea *a* do inciso XXI do *caput* do art. 6º desta lei.

A Lei n. 14.133/2021 foi, ainda, mais além e previu a obrigatoriedade de lances em qualquer licitação cujo critério de julgamento fosse menor preço ou maior desconto:

Art. 56. O modo de disputa poderá ser, isolada ou conjuntamente:

[...]

§ 1º A utilização isolada do modo de disputa fechado será vedada quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto.

(Brasil, 2021)

Como é possível verificar do trecho transcrito, toda licitação que trazer como critério de julgamento o menor preço ou o maior desconto deverá utilizar lances, seja por meio de modos de disputa aberto, aberto e fechado ou fechado e aberto.

Desse contexto, torna-se evidente que a lei determinou o uso de lances para as licitações, incluídas as de obras civis de engenharia pelo critério de julgamento de menor preço ou de maior desconto.

Apesar da clareza do texto legal, essa temática toma especial relevo quando se considera o histórico dos conflitos decorrentes do uso do pregão para obras ou serviços de engenharia.

Quando se analisavam os argumentos utilizados pelas entidades de classe, os apontamentos contrários ao uso de lances para obras e serviços de engenharia baseavam-se nos seguintes pontos:

- ▶ precarização do preço, que levava a uma redução da qualidade;
- ▶ relevância dos objetos licitados, cuja baixa qualidade colocava em risco a vida de pessoas;
- ▶ complexidade dos objetos licitados.

Esses argumentos sempre foram de pouca relevância posto que o mesmo raciocínio era facilmente aplicável a outros objetos que habitualmente eram licitados por lances, como equipamentos e insumos médico-hospitalares.

Existem, entretanto, justificativas relevantes para a necessidade de um cuidado especial com as licitações de obras: uma obra interrompida, por abandono ou por falta de condições para a continuidade, representa um risco muito elevado para outras construtoras que pretendam encampá-la, principalmente em virtude da dificuldade de se garantir que a obra foi bem executada até aquele momento; irre-

gularidades na execução de aterro ou da fundação são difíceis de se identificar após a conclusão dessas etapas e a contratada que assume uma obra em curso não tem sua responsabilidade mitigada em caso de incidentes com o empreendimento, ainda que relativos à parcela executada pela outra empresa; os recursos despendidos na parcela já executada são significativos e raramente justificam o desfazimento dessa parcela, mas, antes, uma busca pelo seu aproveitamento.

Esse contexto, particular do cenário de obras, em tese, seria apto a fundamentar a utilização do critério de julgamento por técnica e preço para licitações dessa natureza.

Outra opção seria a preferência pelo modo de disputa fechado e aberto, pois permitiria a conferência das propostas após o fim da etapa fechada, de modo a se evitar que propostas inexequíveis ou com erros insanáveis parametrizassem a fase de lances.

Por fim, outro cenário permitido pela Lei n. 14.133/2021 é a inversão da habilitação¹¹², de modo que esta anteceda a fase de lances. Tal prática evita que propostas de licitantes não capacitados prejudiquem a avaliação dos preços.

De todo modo, as opções aqui indicadas representam sugestões para que se reduza o risco para a administração pública na licitação de obras estruturalmente relevantes, não havendo necessidade dessas cautelas para pequenas obras, frente aos reduzidos riscos.

5. Conclusão

Os modos de disputa previstos no art. 56 da Lei n. 14.133/2021 não são, como visto, novidades no ordenamento jurídico. A sua previsão no RDC e, após, na Lei das Estatais e no decreto federal do pregão eletrônico já permitiu que boa parte dos agentes públicos tivessem algum contato com essas ferramentas.

112 Lei n. 14.133/2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: I – preparatória; II – de divulgação do edital de licitação; III – de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV – de julgamento; V – de habilitação; VI – recursal; VII – de homologação. § 1º A fase referida no inciso V do *caput* deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do *caput* deste artigo, desde que expressamente previsto no edital de licitação.

Apesar desse contexto, alguns desafios ainda são paradigmáticos quando se considera a nova legislação e necessitarão ser enfrentados pelos gestores públicos.

A liberdade de regulação, especificamente no tocante ao procedimento dos modos de disputa ofertados pela nova lei, pode representar um risco à efetiva competitividade dos licitantes, Isso exige cautela e uma certa medida de conservadorismo dos entes regulamentadores.

A ausência de dados científicos sobre as vantagens e desvantagens de cada um dos modos de disputa não permite aos agentes públicos identificar a melhor opção. Ademais, essa mesma ausência de dados compromete tal identificação. Assim, deve-se evitar a ingerência dos órgãos de controle nesse quesito.

Existem, todavia, algumas sugestões para a definição de modos de disputa em algumas hipóteses, as quais, ainda assim, dependem de experimentação para avaliação das efetivas vantagens.

Por fim, a lei previu a obrigatoriedade de lances nas licitações de menor preço ou de maior desconto, incluídos os casos de obras. Essas licitações, porém, merecem algumas cautelas que justifiquem medidas de resguardo dos interesses públicos.

Referências

ACHE, Andrea; FENILI, Renato. **A Lei de Licitações e Contratos: visão sistêmica**. Vol. 1 (arts. 1º-71). São Paulo: Format, 2022.

AMORIM, Victor. A fase de lances na Lei n. 14.133/2021 sob a perspectiva da “teoria dos leilões”: contributos para a “escolha” de modos de disputa tendo em vista a modelagem estabelecida na Instrução Normativa SEGES/ME n. 73/2022. **Observatório da Nova Lei de Licitação**. 30 nov. 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/11/30/a-fase-de-lances-na-lei-no-14-133-2021-sob-a-perspectiva-da-teoria-dos-leiloes/>. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Decreto n. 3.555, de 8 de agosto de 2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. **Diário Oficial da União**, ano 138, n. 153, seção 1, p. 73-76, 9 ago. 2000.

BRASIL. Decreto n. 10.024, de 20 de setembro de 2019. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. **Diário Oficial da União**, ano 157, n. 184, seção 1, p. 4-9, 23 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (revogada). Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, ano 131, n. 116, seção 1, p. 1-13, 22 jun. 1993.

BRASIL. Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; altera a Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis n. 11.182, de 27 de setembro de 2005, n. 5.862, de 12 de dezembro de 1972, n. 8.399, de 7 de janeiro de 1992, n. 11.526, de 4 de outubro de 2007, n. 11.458, de 19 de março de 2007, e n. 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória n. 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998. **Diário Oficial da União**, ano 148, n. 150-A, seção 1, p. 1-10, 5 ago. 2011.

BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**, ano 153, n. 125, seção 1, p. 1-7, 1º jul. 2016.

BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, ano 159, n. 61-F, seção 1, p. 1-23, 1 abr. 2021.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Instrução Normativa SEGES/ME n. 73, de 30 de setembro de 2022**. Brasília: Ministério da Economia, Secretaria de Gestão, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-seges-me-no-73-de-30-de-setembro-de-2022>. Acesso em: 12 abr. 2024.

NÓBREGA, Marcos. **Direto e economia da infraestrutura**. Belo Horizonte. Fórum, 2020.

NÓBREGA, Marcos. Novos marcos teóricos em licitações no Brasil: olhar para além do sistema jurídico. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte: Fórum, a. 11, n. 40, p. 47-72, 2013.

Dispute boards na lei de licitações e contratos administrativos

Antonio Augusto Junho Anastasia¹¹³

1. Introdução

A resolução de conflitos é um desafio constante na esfera jurídica, especialmente no Brasil, onde a cultura da judicialização impera. Habitualmente pessoas e instituições socorrem-se ao Poder Judiciário para dirimir quase a totalidade de suas controvérsias. O efeito prático disso é desastroso: tribunais sobrecarregados, processos acumulados por extensos períodos e decisões demoradas que afetam a eficiência e a qualidade da prestação jurisdicional. Diante dessa realidade, é peregrina a necessidade de se buscarem alternativas que proporcionem soluções ágeis e eficazes.

Em 2015, o Congresso Nacional aprovou três importantes diplomas legais sobre solução consensual de conflitos: o Código de Processo Civil¹¹⁴, a Lei da Mediação¹¹⁵ e a reforma da Lei de Arbitragem¹¹⁶, por meio da Lei n. 13.129/2015.

Esse grupo de leis marcou um momento em que o Brasil passou a caminhar na direção da autocomposição e da resolução extrajudicial de conflitos. Entretanto, a aplicação desses institutos às relações de direito público restava tímida.

A Lei da Mediação tentou modificar esse cenário ao reservar um capítulo inteiro para a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. A partir disso, ampliou-se a competência das câmaras de mediação como,

113 Bacharel em direito (1983) e mestre em direito administrativo (1990) pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor de direito administrativo da Faculdade de Direito da UFMG (1993-2022). Professor da FGV, do IDP, da Unipac e do Imepac (2022-). Secretário de estado das pastas do Planejamento (2003-2006), Administração (1994), Defesa Social (2005-2006) e Cultura (1994), todos do governo de Minas Gerais. Secretário-executivo dos Ministérios do Trabalho e da Justiça (1995-2001). Vice-governador (2007-2010) e governador (2010-2014) do estado de Minas Gerais. Senador da República por Minas Gerais (2015-2022). Ministro do Tribunal de Contas da União (2022-).

114 Lei n. 13.105/2015.

115 Lei n. 13.140/2015.

116 Lei n. 9.307/1996.

por exemplo, a Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União.

No mesmo sentido, a Lei n. 13.129/2015, modificou a Lei de Arbitragem para conferir à administração pública a possibilidade de se utilizar da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

O sucesso dos métodos alternativos de solução de conflitos fez florescer ideias com o objetivo de se prevenirem e de se resolverem questões que envolvam a administração fora do Poder Judiciário. Nesse contexto, estão inseridos os *dispute boards* ou comitês de prevenção e solução de disputas, que são utilizados em diversas legislações estrangeiras e organizações internacionais e que emergem no Brasil como alternativa promissora para proporcionar soluções consensuais a questões relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis.

Este artigo tem como objetivo explorar a evolução dos comitês de resolução de disputas no Brasil, desde as origens até a recente previsão na Lei n. 14.133/2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA). Será iniciado com uma breve conceituação dos comitês, com identificação dos principais objetivos, espécies e funcionamento. Em seguida, serão examinadas as experiências pioneiras de regulamentação dos comitês e os modelos em debate. Serão analisados os dispositivos que preveem sua utilização como meio alternativo para a solução de controvérsias em contratos administrativos. Serão também propostas reflexões sobre os desafios e as perspectivas para regulamentação e efetiva utilização dos *dispute boards*.

2. Conceito de *dispute boards*

Os *dispute boards* são comitês de especialistas imparciais que emitem recomendações ou decisões para prevenir ou solucionar controvérsias ocorridas durante a execução de contratos¹¹⁷. São, portanto, mecanismos contratuais de resolução e prevenção de litígios.

Originários dos Estados Unidos há mais de cinquenta anos, os comitês surgiram com o objetivo de se diminuir a litigiosidade em construções. A prática se espa-

117 Definição inspirada naquela consagrada pela Dispute Resolution Board Foundation. Ver em www.drb.org, acessado em 18/6/2023.

lhou pelo mundo com sucesso e tem sido aplicada em grandes empreendimentos na Europa, Ásia, América Central e Brasil (Polidoro, 2021)¹¹⁸.

No contexto das contratações públicas, os comitês de resolução de disputas são ferramentas que buscam soluções céleres, eficientes e especializadas para dirimir questões entre o poder público e o contratado em contratos administrativos (Oliveira, 2016)¹¹⁹. Esses comitês geralmente são compostos por três membros, dos quais dois são especialistas na área objeto do contrato (por exemplo, engenheiros, quando o contrato se referir a obras) e um é advogado com reconhecida atuação jurídica na mesma área.

Na prática, *dispute boards* podem ser classificados de acordo com os poderes de atuação e de acordo com o momento de sua instalação. Quanto à atuação, os comitês são divididos em três espécies: (i.i) comitês de revisão, que expedem recomendações não vinculantes às partes; (i.ii) comitês de adjudicação, que expedem decisões vinculantes às partes; e (i.iii) comitês híbridos, que podem atuar das duas maneiras. Quanto à instalação, existem: (ii.i) comitês *ad hoc*, formados quando surge a controvérsia; e (ii.ii) comitês permanentes, que funcionam durante toda a vigência do contrato.

Destacam-se duas vantagens da utilização dos *dispute boards* em comparação com outros métodos de resolução de disputas: o corpo qualificado e o acompanhamento constante do projeto.

A composição dos comitês permite que os litígios sejam solucionados com base em conhecimentos mais amplos e diferentes visões sobre os graves problemas que afetam a execução dos contratos administrativos.

Os comitês permanentes atuam desde o início do contrato, acompanhando todas as fases de sua execução, até mesmo com visitas regulares ao local onde as

118 “Alguns dos mais famosos projetos que contaram com um comitê de resolução de controvérsias durante a sua execução foram as construções do Eurotúnel (ligando a França e o Reino Unido) e do aeroporto de Hong Kong e a expansão do Canal do Panamá. No Brasil, o método foi usado na construção da Linha 4-Amarela do metrô de São Paulo.” Ver em www.conjur.com.br/2021-mai-18/polidoro-dispute-board-opcao-disputas-alta-complexidade, acessado em 30/6/2023.

119 “[d]e acordo com a Dispute Review Board Foundation, no ano de 2000, nos Estados Unidos, 97% das questões surgidas em contratos de construção com Dispute Boards foram resolvidos de forma amigável, sem a ocorrência de litígios”. Ver em <https://www.conjur.com.br/2016-set-13/rodrigo-oliveira-dispute-board-aliado-resolucao-conflitos/#:~:text=Esse%20grande%20aliado%20vem%20sendo,que%20se%20torne%20um%20lit%C3%ADgio>, acessado em 20/5/2023.

obras estão sendo realizadas (Chern, 2015). Essa abordagem permite aos membros um envolvimento direto e efetivo com a execução do empreendimento.

Em adição a isso, há uma importante distinção dos comitês em relação a outros métodos de heterocomposição: seu caráter de assessoramento técnico. Diferentemente do processo judicial ou arbitral, as soluções dos *dispute boards* servem como base para a decisão das partes envolvidas, o que se assemelha com a atuação de um órgão técnico em suporte ao tomador de decisões, notadamente no caso dos comitês de revisão (Chapman, 1999)¹²⁰.

Os princípios que regem a administração pública aplicam-se ao funcionamento dos *dispute boards*, especialmente os da legalidade, da impessoalidade e da publicidade. Dessa forma, pessoas que tenham relação com as partes ou com o objeto do contrato não podem atuar como membros do comitê. Estes, quando no exercício de suas funções, ficam equiparados aos agentes públicos para os efeitos de responsabilização pessoal.

Mediante previsão em edital, os contratos administrativos podem prever a figura dos comitês, de modo a contribuir para a desjudicialização de questões contratuais e a possibilitar a manutenção de uma relação cooperativa e equilibrada entre as partes envolvidas.

Considerando-se todos esses elementos, pode-se afirmar que, “sob o ponto de vista da eficiência econômica, o *dispute board* tem sido o mecanismo mais indicado e utilizado em grandes empreendimentos do mundo todo por prestigiar, sobretudo, a multidisciplinaridade e a cooperação entre os agentes econômicos na construção de determinada relação para o futuro” (Ribeiro; Almeida, 2016).

3. Modelos de regulamentação dos *dispute boards*

No Brasil, os municípios de São Paulo e Belo Horizonte regulamentaram comitês de resolução de disputas em contratos administrativos. Paralelamente, discute-se no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 2.421/2021, que pretende

120 Mesmo nos comitês de adjudicação, há quem defenda que a aplicação dessas decisões não é imediata, o que permite às partes analisar e avaliar a melhor forma de implementá-las no contexto do contrato. Ver em www.fidic.org/sites/default/files/25%20Dispute%20Boards.pdf, acessado em 30/6/2023.

regulamentar nacionalmente os *dispute boards*. Passamos a analisar esses modelos de regulamentação dos comitês.

3.1. São Paulo: Lei n. 16.873/2018

Em São Paulo foi promulgada a Lei n. 16.873/2018, a qual autoriza a administração local a criar comitês de resolução de disputas. Esses comitês são utilizados para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em contratos continuados da Administração direta e indireta do município de São Paulo e devem estar previstos no edital e no contrato. O Decreto n. 60.067/2021, que regulamentou a lei, restringiu a utilização dos comitês a contratos com valores iguais ou superiores a R\$ 200 milhões.

A legislação paulistana previu comitês de revisão, de adjudicação e híbridos, que devem ser constituídos por meio da assinatura do respectivo termo de compromisso pelas partes e pelos membros. O decreto regulamentar acrescentou a figura dos comitês *ad hoc*, instituídos para solucionar controvérsias específicas, especialmente nos casos em que a contratação não justifica a criação de um comitê permanente, como em contratos menos complexos de concessão e de permissão.

Os comitês em São Paulo são compostos por engenheiros, advogados, ou especialistas na área do contrato, indicados pelo poder público e pelo particular. Os respectivos custos de instalação e de manutenção são divididos entre as partes.

3.2. Proposta de modelo federal: Projeto de Lei do Senado n. 206/2018

Inspirado pela legislação paulistana, foi apresentado no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado n. 206/2018, com o objetivo de se adotar o mesmo modelo na Administração Pública federal. O projeto promove uma adaptação da Lei n. 16.873/2018, para a União. A ideia central era fortalecer os mecanismos da administração pública consensual no Brasil e aproximar poder público e particulares na resolução de controvérsias em contratos administrativos complexos¹²¹.

121 O PLS foi aprovado no Senado Federal e encaminhado à Câmara dos Deputados, estando, ainda, em fase de tramitação naquela casa revisora (data de referência da informação: 9/6/2024).

3.3. Belo Horizonte: Lei n. 11.241/2020

O município de Belo Horizonte também aprovou sua regulamentação, com destaque a duas questões. Primeiramente, havia uma preocupação com a segurança jurídica e a utilidade das recomendações não vinculantes dos comitês, precisamente por não serem decisões obrigatórias. O município de Belo Horizonte trouxe duas soluções para a questão.

Nos incisos do § 1º do art. 2º da lei, prescreve-se que qualquer parte que não esteja satisfeita com uma recomendação deverá, nos 30 dias seguintes ao seu recebimento, notificar a outra parte e o comitê sobre sua insatisfação. Nessa hipótese, o litígio em questão pode ser submetido à jurisdição arbitral ou judicial. Caso nenhuma das partes notifique a outra sobre sua insatisfação com a recomendação, essa passará a ser vinculativa e final para as partes e deve ser cumprida imediatamente.

Por inspiração na emenda apresentada pelo senador Cid Gomes, primeiro relator do PLS n. 206/2018, no Senado, foi incluída no § 4º do art. 2º da Lei n. 11.241/2020 a possibilidade de as recomendações não vinculantes serem objeto de compromisso, nos termos do art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com redação dada pela Lei de Segurança Jurídica, a seguir transcrito:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no *caput* deste artigo:

I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. (Brasil, 2018)

A segunda preocupação debatida no Senado Federal e incorporada ao modelo de Belo Horizonte diz respeito à segurança jurídica na responsabilização dos membros dos comitês. No art. 7º, a Lei n. 11.241/2020 definiu que o membro de comitê de prevenção e solução de disputas, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, não será responsável por qualquer ato e omissão relacionados aos procedimentos adotados no comitê, exceto em caso de dolo ou de erro grosseiro, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

3.4. Proposta de modelo nacional: Projeto de Lei n. 2.421/2021

O Senado Federal aprovou o PLS n. 206/2018, e o encaminhou à Câmara dos Deputados, onde passou a tramitar na forma do PL n. 2.421/ 2021. A seguir estão as principais mudanças em relação ao texto inicialmente apresentado no Senado.

Caráter nacional: o PL deixa de ser restrito à União e passa a incluir estados, municípios e o Distrito Federal. Os senadores entenderam ser mais adequado que a futura legislação tenha caráter nacional e não apenas federal. A decisão coletiva do plenário do Senado seguiu a linha da deliberação acerca da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, diploma promulgado poucos meses antes da aprovação do PLS n. 206/ 2018, que previu expressamente a figura dos comitês.

Ampliação objetiva: o PL deixa de ser restrito a contratos administrativos continuados. O relator da proposição, senador Carlos Portinho, propôs a alteração para adequar o projeto à nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que previu a utilização de meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias em quaisquer contratos, dentre eles comitês de resolução de disputas. Por essa razão, os senadores concordaram que a proposta legal também deveria tornar viável o emprego dos comitês em todos os contratos.

Além dessas mudanças, o texto do PLS n. 206/2018 aprovado no Senado, assim como a legislação de Belo Horizonte, também adequou suas disposições à Lei de Segurança Jurídica, e previu a possibilidade de as recomendações não vinculantes serem objeto de compromisso e de os membros dos comitês serem responsabilizados apenas quando agirem com dolo ou culpa grave ou mediante fraude.

3.5. Proposta de regulamentação infralegal

Em 2019, a Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), do Ministério da Economia, disponibilizou consulta pública para receber contribuições sobre cláusulas-modelo de solução de controvérsias em contratos de projetos do PPI, dentre as quais foi incluída a previsão dos comitês de resolução de divergências.

O resultado do debate público foi a apresentação, pelo Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos, da Presidência da República, de minuta de resolução, na qual consta:

Art. 3º Recomendar que os contratos de parceria de empreendimentos que venham a ser qualificados no âmbito do PPI em que haja realização de obra ou complexidade na contabilização de ativos, indenizações e reequilíbrios econômico-financeiros admitam, além dos mecanismos previstos no art. 2º, o Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências (*dispute board*), mediante adoção da cláusula modelo, ou redação semelhante, prevista no Anexo II a esta Resolução. (Presidência da República, 2019)

O Anexo II da minuta regulamenta os comitês no âmbito do PPI. Destaca-se o item 1.5 [a], por meio do qual é previsto um comitê permanente:

1.5. [a] Como mecanismo de gestão contratual e de mitigação de risco à regular execução do Contrato, as Partes constituirão Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências para prevenir e solucionar potenciais divergências de natureza técnica ou econômico-financeira, [em até 60 dias de sua celebração / nos 60 dias que antecederem o início de fase ou etapa em que haja concentração de investimentos em obras / outro marco temporal pertinente].

Além do comitê permanente, a minuta de resolução abre a possibilidade de instituição de comitês *ad hoc*, tal qual é autorizado nas leis de São Paulo e de Belo Horizonte e no projeto em análise na Câmara dos Deputados.

Entretanto, a minuta do PPI não se tornou ato normativo.

3.6. Previsão em editais da ANTT e orientação do TCU

Em 2020, a ANTT tentou incluir em editais a previsão de comitês para a solução de controvérsias surgidas em contratos de concessão de rodovias, porém,

o Tribunal de Contas da União entendeu que os instrumentos não poderiam ser utilizados, pois não havia previsão legal nem regulamentação. Inicialmente a área técnica do tribunal assim se manifestou:

529. Outro ponto que merece destaque é que o *dispute board* não é tratado por nenhuma Lei específica e tampouco é regulamentado pela ANTT. Ressalta-se que tanto a arbitragem quanto a autocomposição possuem Lei específica (Lei 9.307/1996, alterada pela Lei 13.129/2015, que incluiu o § 1º do art. 1º, e Lei 13.140/2015, respectivamente) e estão contempladas na Resolução 5.849/2019.

530. Nesse sentido, a ausência de regulamentação pela ANTT de um mecanismo previsto no contrato incorre no risco de lacuna normativa, que pode gerar um pretexto para a não realizações de obrigações por parte da Concessionária bem como questionamentos judiciais ou arbitrais.

531. Esse risco pode macular toda a execução contratual. Nesse sentido cabe lembrar o ocorrido com o contrato de concessão da BR116/324/BA, que previa em seu corpo a revisão quinquenal. (Tribunal de Contas da União, 2020)

Além disso, a secretaria responsável pela instrução do processo no TCU questionou o modelo a ser implementado para essas concessões: os editais previam apenas os comitês *ad hoc*, aqueles que surgem para dirimir uma controvérsia e são dissolvidos na sequência. Os casos tratavam de importantes concessões (BR 153/080/414/GO/TO, com aporte de R\$ 7,8 bilhões; e BR-163/230/MT/PA, principal corredor logístico do eixo norte do Brasil), então, segundo esse raciocínio, a utilização de comitês *ad hoc* não teria a agilidade necessária para solucionar conflitos nesses casos:

537. Ressalta-se, por fim, que o instrumento pode não apresentar a agilidade requerida, uma vez que o comitê será instituído de forma *ad hoc*, ou seja, somente quando houver problema (situação concreta excepcional e complexa) é que serão recrutados os membros do referido comitê (cláusulas 41.4.2 e 41.4.3 da minuta contratual).

538. Nesse sentido, dada a complexidade da gestão das questões relativas a concessão (várias obrigações principais e acessórias que se conectam), esse instrumento pode vir a atrasar a solução de um problema, uma vez que os membros gastariam tempo considerável até entender todo o cenário [em] que a questão apresentada se encontra. (Tribunal de Contas da União, 2020)

Ao final, a área técnica do TCU recomendou o emprego de mecanismos extrajudiciais previstos em lei, como a arbitragem e a mediação.

Contudo, a solução adotada pelo tribunal foi condicionar a utilização dos comitês à regulamentação prévia do instituto pela ANTT. Esse entendimento teve origem em uma proposta da própria agência e foi embasado na existência de regulamentação do ente sobre outros mecanismos de solução de controvérsias, como a Resolução n. 5.845/2019, que trata da arbitragem.

Com efeito, os ministros do TCU reconheceram a viabilidade da incorporação desse mecanismo de resolução de controvérsias, amplamente reconhecido internacionalmente. Assim, a cláusula dos *dispute boards* poderia ser incluída nos contratos de concessão, desde que a ANTT promovesse a regulamentação do assunto:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em: [...].

9.1. com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, e em observância ao disposto no art. 4º da Resolução TCU 315, de 22/4/2020, determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que, antes da publicação do edital da pretendida concessão: [...].

9.1.19 inclua, na minuta contratual, a fim de conferir eficácia ao art. 23, inciso XV, da Lei 8.987/1995, dispositivo prevendo que o uso do *dispute board* só ocorrerá após sua regulamentação pela agência e que eventual omissão da autarquia não conferirá quaisquer direitos subjetivos à concessionária; (Tribunal de Contas da União, 2020)

Essa abordagem demonstra que o tribunal agiu na busca por uma solução equilibrada e alinhada com boas práticas internacionais, para garantir a devida regulamentação do comitê com vistas a sua efetiva aplicação nos contratos de concessão sob jurisdição da ANTT. Ao priorizar a regulamentação prévia, o TCU evidenciou o compromisso com a transparência e a eficiência na utilização dos *dispute boards*. Ademais, ao autorizar a agência a promover a regulamentação do instituto, o tribunal levou em consideração a *expertise* da ANTT e sua experiência exitosa na regulamentação da arbitragem em contrato de concessão sob sua gerência.

Em decorrência disso, em 2021, as recomendações do TCU foram incorporadas pela ANTT no processo de desestatização do sistema rodoviário de São Paulo ao Rio de Janeiro, compreendido pela BR-116/SP/RJ, e do Rio de Janeiro a Ubatuba, compreendido pela BR-101/SP/RJ.

Finalmente, a Agência Nacional de Transportes Terrestres publicou a Deliberação ANTT n. 358/2022, por meio da qual foi aprovada a Agenda Regulatória do biênio 2023/2024, em que se propõe a regulamentação acerca dos *dispute boards* no âmbito das concessões de rodovias e ferrovias.

4. O suporte legislativo: a lei de licitações e contratos administrativos

Poucos meses antes da aprovação do PLS n. 206/2018 pelo Senado, foi aprovada a Lei de Licitações e Contratos Administrativos pelo Congresso Nacional. Nessa legislação, foi prevista a utilização de comitês de resolução de disputas como meio alternativo para solucionar controvérsias em contratações públicas:

CAPÍTULO XII

DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no *caput* deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes. (Brasil, 2021)

A nova lei também previu a possibilidade de o comitê de resolução de disputas ser um meio de extinção do contrato administrativo:

Art. 138. A extinção do contrato poderá ser:

[...]

II – consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração. (Brasil, 2021)

A previsão dos comitês de resolução de disputas na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos representa um avanço significativo no cenário jurídico brasileiro, pois fornece uma base legal sólida para que a administração pública inclua esse instituto em seus editais de contratação. A nova lei inclui, de forma clara e objetiva, a figura dos *dispute boards* dentre os meios alternativos de resolução de controvérsias permitidos em contratos administrativos. Essa previsão legislativa é suficiente para que a prática seja adotada como forma de solucionar disputas de maneira mais ágil, eficiente e especializada.

Apesar da cultura litigante que historicamente permeia o Brasil, é fundamental compreender-se que a previsão legal dos comitês é um passo importante para se mudar essa realidade. A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos sinaliza uma mudança de paradigma, incentivando a busca por métodos alternativos de resolução de conflitos, o que pode contribuir para reduzir a sobrecarga do Poder Judiciário e proporcionar soluções mais céleres e adequadas aos litígios que envolvem a administração pública.

Contudo, é compreensível que gestores públicos tenham preocupações relacionadas à segurança jurídica e demonstrem receio de enfrentar desafios na implementação de comitês de resolução de disputas sem uma regulamentação específica. De fato, o conforto de um ato normativo que esmiúce os *dispute boards* poderia incentivar a ação dos administradores.

Nesse sentido, o Congresso Nacional poderia contribuir para a efetivação desse instituto ao aprovar um projeto de lei que vise regulamentar de forma abrangente o uso dos comitês em todos os entes federados.

Ademais, caso não haja aprovação de uma lei sobre o tema, uma alternativa viável seria a regulamentação por meio de decreto do Poder Executivo, que poderia detalhar os procedimentos, os critérios de escolha dos membros do comitê

e outros aspectos operacionais, proporcionando maior segurança jurídica para sua implementação.

No entanto, mesmo sem uma regulamentação específica, é possível que entes da Administração Pública comecem a incluir os comitês em seus editais de contratação, fundamentando-se na previsão legal contida na nova lei e mediante a regulamentação setorial dos *dispute boards*, nos moldes autorizados pelo TCU em relação à ANTT.

Por outro lado, no caso de omissão regulatória, decisões judiciais e posicionamentos dos tribunais de contas podem, na prática, acabar por criar uma espécie de regulamentação dos comitês de resolução de disputas via precedentes, como já se viu em outros temas relacionados a contratações públicas. A jurisprudência e as orientações dos órgãos de controle podem fornecer parâmetros e diretrizes para sua utilização, estabelecendo balizas e autorizando ou vedando práticas que, ao longo do tempo, consolidem a efetiva aplicação desse instituto na esfera pública.

Em suma, a previsão dos comitês de resolução de disputas na nova lei parece ser suficiente para que a administração inclua esse instituto em seus editais. Embora o ideal seja a aprovação de uma lei sobre o tema, é possível viabilizar sua utilização por meio de regulamentação pelo Poder Executivo. Em último caso, a atuação do Poder Judiciário e dos órgãos de controle pode contribuir para a consolidação dessa prática no Brasil.

5. Conclusão

A introdução dos comitês de resolução de disputas representa um importante avanço no cenário jurídico brasileiro, pois busca proporcionar soluções mais ágeis e eficazes para controvérsias no âmbito da administração pública. A cultura da judicialização, que historicamente impera no Brasil, contribuiu para sobrecarregar o Poder Judiciário e tornar os processos morosos, com efeitos na eficiência e na qualidade da prestação jurisdicional.

A aprovação da Lei de Mediação, da reforma da Lei de Arbitragem e do Código de Processo Civil, em 2015, mostrou um passo importante em direção à auto-composição e à resolução extrajudicial de conflitos. Entretanto, sua aplicação nas controvérsias de direito público ainda era tímida. Nesse contexto, a utilização dos comitês de resolução de disputas em contratos administrativos emerge como

alternativa promissora, capaz de proporcionar soluções consensuais para questões relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis.

Os comitês são compostos por especialistas imparciais que emitem recomendações ou decisões vinculantes ou não. Eles podem atuar de forma permanente ou *ad hoc*, dependendo da natureza e da duração do contrato. Seu objetivo é proporcionar soluções rápidas e especializadas, evitar a judicialização e fomentar uma relação cooperativa e equilibrada entre as partes.

A inclusão dos comitês de resolução de disputas na Lei n. 14.133/2021 reforça esse avanço legislativo e fornece uma base sólida para sua adoção em contratos públicos.

Apesar do suporte legislativo proporcionado pela nova lei, é compreensível que gestores públicos tenham preocupações relacionadas à segurança jurídica e à implementação dos comitês sem regulamentação específica.

O Poder Legislativo pode contribuir com a aprovação do Projeto de Lei n. 2.421/2021, para garantir uma regulamentação abrangente e detalhada do uso dos comitês em todos os entes federados. O Poder Executivo, por sua vez, pode promover uma regulamentação geral dos *dispute boards* por ato infralegal.

Mesmo na ausência de uma regulamentação geral, os órgãos da Administração Pública podem elaborar suas próprias regulamentações setoriais, incluídos os comitês de resolução de disputas em seus editais de contratação, embasados na previsão legal da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, bem como nos precedentes do TCU em relação à ANTT.

Finalmente, decisões judiciais e orientações dos tribunais de contas têm o poder prático de criar uma espécie de regulamentação dos comitês de resolução de disputas por meio de precedentes.

Conclui-se que a inclusão legal dos comitês de resolução de disputas na nova lei representa um avanço significativo para redução de disputas judiciais e promoção de soluções mais ágeis e especializadas em contratações públicas. O Congresso Nacional deve buscar uma regulamentação nacional, mas enquanto isso não ocorre, a aplicação dos comitês pode ser efetivada por meio de regulamentações infralegais ou, em último caso, pela jurisprudência e por orientações dos órgãos de controle. A utilização dos comitês de resolução de disputas em contratos administrativos tem o potencial de transformar a cultura de litigância no país e de contribuir para uma administração mais eficiente e cooperativa.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Deliberação n. 358, de 25 de novembro de 2022**. Brasília: Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Transportes Terrestres, 2022. Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=DLB&numeroAto=00000358&seqAto=000&valorAno=2022&orgao=DG/ANTT/MI&cod_modulo=161&cod_menu=7795. Acesso em: 12 abr. 2024.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Resolução n. 5.845, de 14 de maio de 2019**. Dispõe sobre as regras procedimentais para a autocomposição e a arbitragem no âmbito da ANTT. Brasília: Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Transportes Terrestres, 2019. Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=00005845&seqAto=000&valorAno=2019&orgao=DG/ANTT/MI&cod_modulo=161&cod_menu=7796. Acesso em: 12 abr. 2024.

BELO HORIZONTE. **Lei n. 11.241, 19 de junho de 2020**. Regulamenta a utilização de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas para prevenir e para solucionar conflito relativo a direito patrimonial presente em contrato administrativo de execução continuada. Belo Horizonte: Câmara Municipal, [2024]. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-legislacao/lei/11241/2020>. Acesso em: 11 abr. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.421, de 2021**. Regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos celebrados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Brasília, [2024]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codeor=2038213. Acesso em: 11 abr. 2024.

BRASIL. Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República. Minuta de Resolução que aprova cláusula modelo de solução de controvérsias como boa prática regulatória a ser adotada nos contratos de infraestrutura qualificados no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República - PPI. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/orgaos/seppi/centrais-de-conteudo/documentos/resolucaoppi.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, [2024]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-4657-4-setembro-1942-414605-norma-pe.html>. Acesso em: 11 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, [2024]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1996/lei-9307-23-setembro-1996-349058-norma-pl.html>. Acesso em: 11 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, [2024]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13105-16-marco-2015-780273-norma-pl.html>. Acesso em: 11 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015.** Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, [2024]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13129-26-maio-2015-780858-norma-pl.html>. Acesso em: 11 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, [2024]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13140-26-junho-2015-781100-norma-pl.html>. Acesso em: 11 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, [2024]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13655-25-abril-2018-786606-norma-pl.html>. Acesso em: 11 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, [2024]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2021/lei-14133-1-abril-2021-791222-norma-pl.html>. Acesso em: 11 abr. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer n. 143, de 2021– Plenário.** Relator senador Carlos Portinho. Data da Sessão: 29 de junho de 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 206, de 2018.** Regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela União. Brasília, [2024]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7724371&ts=1630410259838&disposition=inline>. Acesso em: 11 abr. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório Legislativo sobre o Projeto de Lei do Senado n. 206, de 2018.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133057>. Acesso em: 9 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 4.036/2020 – Plenário.** Relator ministro Vital do Rêgo. Sessão de 8 de dezembro de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A4036%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 4.037/2020 – Plenário.** Relator ministro Benjamin Zymler. Sessão de 8 de dezembro de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A4037%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1.766/2021 – Plenário.** Relator ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 28 de julho de 2021. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1766%2520ANOACORDAO%253A2021%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 12 abr. 2024.

CHAPMAN, Peter. **Dispute boards**. 1999. Disponível em: www.fidic.org/sites/default/files/25%20Dispute%20Boards.pdf. Acesso em: 30 jun. 2023.

CHERN, Cyril. **Chern on dispute boards**. 3. ed., Londres: Informa Law from Routledge, 2015. Disponível em: www.taylorfrancis.com/books/mono/10.4324/9781315756615/chern-dispute-boards-cyril-chern. Acesso em: 28 jun. 2023.

OLIVEIRA, Rodrigo Candido de. Dispute board ajuda a resolver conflito antes de virar litígio. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-13/rodrigo-oliveira-dispute-board-aliado-resolucao-conflitos/#:~:text=Esse%20grande%20aliado%20vem%20sendo,que%20se%20torne%20um%20lit%C3%ADgio>. Acesso em: 11 abr. 2024.

POLIDORO, Maúra Guerra. Dispute board é boa opção para resolução de disputas de alta complexidade. **Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: www.conjur.com.br/2021-mai-18/polidoro-dispute-board-opcao-disputas-alta-complexidade. Acesso em: 30 jun. 2023.

RIBEIRO, Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio de. Análise crítica das cláusulas dispute board: eficiência e casos práticos. **Portal dos Periódicos**, 2013. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/4676>. Acesso em: 11 abr. 2024.

SÃO PAULO. **Decreto n. 60.067, de 10 de fevereiro de 2021**. Regulamenta a Lei n. 16.873, de 22 de fevereiro de 2018, que dispõe sobre a adoção dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos de obras públicas e de execução continuada celebrados pela Administração Pública Direta e Indireta do Município de São Paulo. São Paulo: Câmara Municipal, [2024]. Disponível em: <https://app-plpconsulta-prd.azurewebsites.net/Forms/MostrarArquivo?ID=7060&TipArq=1>. Acesso em: 11 abr. 2024.

SÃO PAULO. **Lei n. 16.873, de 22 de fevereiro de 2018**. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela prefeitura de São Paulo. São Paulo: Câmara Municipal, [2024]. Disponível em: <https://app-plpconsulta-prd.azurewebsites.net/Forms/MostrarArquivo?ID=2182&TipArq=1>. Acesso em: 11 abr. 2024.

O comitê de resolução de disputas e sua utilização nos contratos administrativos

André Jansen do Nascimento¹²²

1. Introdução

Dentre as inovações trazidas pela Lei n. 14.133/2021, que dispõe sobre as novas regras de licitações e contratos, a possibilidade de utilização, de forma ampliada, dos meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias vem ao encontro da tendência atual de se priorizar a consensualidade na resolução dos conflitos, orientação expressamente disposta no art. 3º, § 2º, do Código de Processo Civil, em razão da excessiva quantidade de processos judiciais.

Nesse contexto, entre os mecanismos estabelecidos pelo novel instrumento normativo, o *dispute board*, denominado na norma como “comitê de resolução de disputas”, apresenta-se como mais um modelo extrajudicial de solução e prevenção de conflitos, o qual se constitui de especialistas para acompanhamento da execução contratual, a fim de proporcionar condições para a conclusão e entrega do objeto contratado.

Contratos administrativos de longo prazo e de elevada complexidade técnica ou operacional exigem, das partes contratantes, um estado de cooperação contínua, em razão da natureza dinâmica da execução contratual, principalmente tratando-se da variação das condições econômicas preestabelecidas e dos fatos supervenientes de natureza técnica que surgem ao longo da existência do contrato.

Dessa forma, o presente artigo tem por objetivo analisar a utilização dos *dispute boards* nos contratos administrativos, apresentando seu conceito, espécies e as consideradas boas práticas internacionais, bem como o tratamento dado a esse método de solução de conflitos, pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA).

¹²² Advogado. Mestre em direito. Mestre em logística aplicada. MBA executivo em logística pela University of Miami School of Business.

Para isso, propõe-se a revisão de estudos elaborados relacionados à temática, assim como do plano normativo aplicável ao *dispute board* nos contratos administrativos, em especial, a Lei n. 14.133/2021 e as leis dos municípios de São Paulo, Belo Horizonte e Porto Alegre, que regulamentaram o comitê de resolução de disputas.

2. Comitê de resolução de disputas: conceito, espécies e aspectos práticos

De acordo com a Dispute Resolution Board Foundation (DRBF), o *dispute board* pode ser definido como “um conselho de profissionais imparciais formado no início do projeto para acompanhar o andamento da construção, incentivar a prevenção de disputas e auxiliar na resolução de disputas durante o projeto” (Dispute Resolution Board Foundation, 2019).

Para a International Chamber of Commerce (ICC), o *dispute board* consiste em “um órgão permanente composto por um ou três membros, normalmente estabelecidos na assinatura ou início da execução de um contrato de médio ou longo prazo, para ajudar as partes a evitar ou superar quaisquer divergências ou disputas que possam surgir durante a execução do contrato” (International Chamber of Commerce, 2022).

Ao ser considerado uma técnica ou mecanismo alternativo de resolução de controvérsias, o *dispute board* é definido:

Mais especificamente, os *Dispute Boards* se destinam a prevenir que o objeto de uma contratação reste prejudicado em face de desentendimentos que afetem ou possam se avolumar até paralisar sua execução, com atrasos e prejuízos a todos os envolvidos. A técnica visa investigar, identificar e provocar a discussão das desavenças para sua solução em estágio inicial, através da designação pelas partes, desde o início da contratação, de um especialista imparcial (*neutral*, ou *single-person DB*) ou, alternativamente, de três especialistas imparciais que passarão a compor o *Board*. De regra, o *Board* (ou o *single-person DB*) irá acompanhar toda a execução do contrato para o qual foi indicado. (Oliveira, 2017, p. 180)

Assim sendo, o objetivo principal dos *dispute boards* “é evitar, em tempo real, a partir de uma visão privilegiada e sempre atual do andamento do contrato, que

a disseminação de disputas prejudique o desempenho das partes ou drene os recursos necessários à sua execução” (Bueno, 2021). Portanto, a função dos *dispute boards* é dupla: prevenção de disputas (ação proativa) e resolução de disputas (função responsiva).

O primeiro papel decorre da possibilidade de o *dispute board* ser designado antes mesmo de qualquer disputa surgir, como um mecanismo preventivo para monitorar e garantir a implementação desimpedida do projeto. Os comitês de disputa tornam-se essencialmente parte da equipe do projeto, realizam visitas regulares *in loco* e fornecem soluções viáveis para assuntos complexos ou controversos, seguindo uma abordagem **prática**, antes que as partes fiquem polarizadas em seus pontos de vista.

No que concerne a resolução de disputas, o *dispute board* tem um olhar contemporâneo ao conflito, diferentemente do que ocorre no processo judicial, e pode proporcionar soluções mais satisfatórias. A ideia por trás de um *dispute board* é no sentido de que as decisões ali proferidas sejam respeitadas pelas partes, de modo que se prescindia do acionamento do juízo estatal ou arbitral (Chern, 2015).

Por ser o *dispute board* um “mecanismo contratual por excelência, regido pelo princípio da autonomia da vontade, segundo o qual as partes têm liberdade para convencionar quais serão as condições contratuais que irão pactuar” (Pitre, 216, p. 151-184), o comitê pode assumir diferentes formas e classificações, e são disciplinados e customizados pelas partes em sede contratual, de acordo com as especificidades da relação jurídica.

Em regra, as principais classificações em que se encaixam as variações do *dispute board* dizem respeito ao momento de sua instituição ou funcionamento ao longo do contrato, ao caráter vinculante de suas decisões e à quantidade de seus membros (Mello; Rodrigues, 2021).

2.1. Espécies de *disputes boards* quanto ao momento de instauração

O *dispute board* pode ser constituído ao mesmo tempo da celebração do contrato ou apenas com o surgimento de eventual controvérsia ou reivindicação das partes. Na primeira opção, o *dispute board* é constituído independentemente de existência de uma controvérsia e permanece vigente ao longo de toda a execução contratual, sendo classificado como permanente, ou *full-term*. Na segunda,

o *dispute board* é denominado *ad hoc*, e desconstitui-se quando do término da atuação na disputa para a qual foi convocado.

O *dispute board* permanente é reputado como a modalidade mais adequada de constituição dos comitês, em razão da série de vantagens que apresenta. Num primeiro momento, destaca-se a oportunidade de familiarização com o projeto desde o início e o acompanhamento constante de todo o ciclo de existência do contrato, por meio de visitas *in loco* e relatórios periódicos. Além disso, o momento de formação do comitê, em fase anterior ao surgimento de disputas e controvérsias, afasta a possibilidade de escolha por profissionais que tenham um posicionamento sobre a questão anteriormente sabida (Ferreira; Moreira; Ribeiro, 2022). Por último, ante a efetividade da própria função à qual o *dispute board* se destina, de prevenção de conflitos, na maioria das vezes, o *dispute board ad hoc* somente é instalado quando do surgimento da controvérsia, o que o torna desvantajoso.

Indica-se, em contrapartida, uma série de desvantagens na constituição de *dispute boards* permanentes:

A primeira é o custo de remunerar os membros do comitê desde o início da execução do contrato. A segunda é que, no momento inicial do contrato, não se sabe com clareza quais são as controvérsias que irão surgir, o que torna difícil definir que tipo de qualificação profissional deveria ser exigida dos integrantes do comitê. Uma terceira desvantagem seria, diante de contratos complexos, submeter uma quantidade muito grande de controvérsias ao comitê, o que poderia atrasar a execução do contrato. (Ferreira; Moreira; Ribeiro, 2022, p. 228-248)

Logo, a opção por adoção do *dispute board ad hoc* se baseia principalmente na incerteza da natureza e do dimensionamento de demandas, bem como no menor dispêndio de recursos em relação ao *dispute board* permanente, em virtude da redução de custos com pagamento de diárias e honorários dos membros do comitê, por exemplo, ao longo de todo o contrato.

2.2. Espécies de *disputes boards* quanto ao caráter vinculante de suas decisões

Quanto ao grau de vinculação das decisões dos comitês de prevenção e solução de disputas, tem-se a clássica e internacionalmente consolidada divisão em três espécies de *dispute board*¹²³:

- ▶ DRB – *Dispute Review Board* (Comitê de Recomendação de Disputas ou Comitê Revisor): os membros emitem recomendações não vinculantes, de caráter não obrigatório, as quais as partes comumente se comprometem a cumprir; caso contrário a questão é encaminhada à arbitragem ou ao Poder Judiciário;
- ▶ DAB – *Dispute Adjudication Board* (Comitê de Adjucação de Disputas): os membros proferem decisões vinculantes as quais as partes se obrigam a cumprir por meio de acordo contratual;
- ▶ CDB – *Combined Dispute Board* (Comitê Misto): os membros emitem tanto recomendações não vinculantes, quanto decisões vinculantes, combinando os modelos anteriores. Para que a decisão ostente caráter vinculante e decisório no CDB, é necessário que uma das partes proponha a questão expressamente e a outra aquiesça ou silencie.

As decisões proferidas por DAB ou CDB têm natureza contratual e podem ser revistas por meio do acionamento do juízo arbitral ou estatal. Todavia, enquanto não houver decisão judicial ou arbitral que suspenda a eficácia da decisão do DAB ou do CDB, o cumprimento é obrigatório pela parte vencida. Tal entendimento foi ratificado pelo Enunciado 76 do CEJ/CJF, na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), realizada em 2016:

As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Board*), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada. (Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2020)

123 Ver em <https://www.drb.org/dispute-board-manual>. Acessado em: 3/8/2023.

A possibilidade de renúncia prévia às vias jurisdicionais estabelecida em cláusula contratual seria inválida, por incompatibilidade com o modelo constitucional brasileiro e por violação ao princípio da reserva legal. Não obstante a oportunidade de revisão jurisdicional das decisões vinculantes do *dispute board*, os órgãos jurisdicionais tendem a considerar os trabalhos realizados pelo comitê, em virtude do conhecimento técnico dos especialistas e da visão contemporânea dos fatos pelos seus membros, cujas decisões são derivadas de análises profundas, com a participação contínua das duas partes e o exercício do contraditório.

Indubitavelmente, o processo arbitral ou judicial revisional, quando instaurado, torna-se mais célere, em razão da pré-constituição das provas e instrução do processo com documentos técnicos elaborados ao longo dos trabalhos do *dispute board*, o que contribui com a solução da lide. A manutenção das decisões do *dispute board* pela instância arbitral ou judicial contribuem para a confiança no emprego do mecanismo nos contratos administrativos.

Caso paradigma de judicialização revisional de decisão vinculante de *dispute board* ocorreu no contrato de concessão da linha amarela do metrô de São Paulo (linha 4), financiado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento. Naquela ocasião, o Governo do estado submeteu decisão do *dispute board* à corte internacional de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. O Tribunal Arbitral, por seu turno, referendou a recomendação do comitê. Inconformado com a sentença arbitral, o contratante ajuizou ação anulatória de sentença arbitral, com pedido de antecipação de tutela, que foi deferido (Martins; Gomes; Medici, 2020).

Em face da referida decisão, foi interposto agravo de instrumento (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2018) pelo consórcio contratado. O agravo foi provido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e a 10ª Câmara de Direito Público decidiu, de forma unânime, manter o que havia sido determinado pelo Tribunal Arbitral, reconhecendo que o Poder Judiciário deve interferir de forma moderada sobre as decisões do *dispute board*, bem como quanto à qualidade da decisão do comitê e à técnica dos seus membros.

Por último, uma questão relevante que exsurge na utilização do *dispute board* relaciona-se ao cumprimento de decisões que reconheçam obrigações pecuniárias ou obrigações de fazer com conteúdo pecuniário a cargo do poder público.

Tomadas as cautelas de natureza orçamentária e financeira, na forma da Lei n. 4.320/1964 e da Lei Complementar n. 101/2000, uma vez que o cumprimento espontâneo de decisão de caráter pecuniário acarrete despesa não prevista originalmente, recomenda-se o cumprimento espontâneo das decisões do DAB pelo poder público, em razão da natureza obrigacional e da força executória de tais decisões. A possibilidade decorre do princípio do *pacta sunt servanda*, pois a parte pública se vincula ao contrato da mesma forma que a parte privada (Ferreira; Moreira; Ribeiro, 2022).

Caso haja discordância sobre a decisão do DAB por uma das partes e a discussão passe à esfera jurisdicional, o cumprimento da decisão do comitê deverá seguir o regime de pagamento por precatório, conforme previsto no art. 100 da Constituição Federal.

2.3. Espécies de *dispute boards* quanto à quantidade de membros

As diversas experiências nacionais e internacionais têm demonstrado que a quantidade usual de membros nos *dispute boards* é de três especialistas, mas nada obsta a formação de um *dispute board* com apenas um membro (*dispute review expert* utilizado no caso dos contratos para a construção da infraestrutura das Olimpíadas de Londres) ou com qualquer outra quantidade, embora essa prática não seja recorrente.

O Manual do Dispute Board, da Dispute Resolution Board, sugere que o *dispute board* seja composto por três membros, dos quais cada parte contratante indica um profissional de sua confiança. Os dois indicados, então, podem nomear um terceiro membro, sujeito à aprovação de ambas as partes. No mesmo sentido, é a recomendação do International Chamber of Commerce (ICC).

Nesse sentido, as leis dos municípios de São Paulo (art. 6º da Lei n. 16.873/2018), de Belo Horizonte (art. 5º da Lei n. 11.241/2020) e de Porto Alegre (art. 6º da Lei n. 12.810/2021), ao regulamentar o *dispute board*, estabeleceram que os comitês devem ser compostos por três membros, diferenciando-os somente em relação às especialidades requeridas dos profissionais que devem ser, preferencialmente, selecionados no universo de advogados e engenheiros.

Como se infere, o *dispute board*, por ser utilizado na maioria das vezes em obras de infraestruturas complexas, tem se inclinado a selecionar somente engenheiros

para compor os comitês. Não obstante, a presença de advogados no *dispute board*, juntamente aos especialistas técnicos no objeto do contrato, proporciona um equilíbrio nas discussões técnicas e na interpretação do contrato e assegura o devido processo legal:

Assim, e como em regra os contratos de infraestrutura têm como objeto questões técnicas de engenharia que impactam a equação econômico-financeira da contratação, é indicado que ao menos dois dos membros dos comitês possuam experiência e conhecimento na área de engenharia e em especial em contratos de infraestrutura. Já o terceiro membro é razoável que ele possua conhecimento específico na área jurídica, não só para contribuir na interpretação das cláusulas contratuais como também para conduzir os procedimentos de resolução dos conflitos de modo a preservar as garantias constitucionais do devido processo legal. (Braga, 2021, p. 361-386)

Os custos e as despesas de instalação e manutenção dos comitês, em regra, são compartilhados entre o poder público e o contratado, e cabe, ao último, o pagamento integral. Ao contratante, cabe a provisão do reembolso no valor equivalente à metade dos custos, após a aprovação das medições previstas no contrato. As leis dos municípios de São Paulo (art. 4º da Lei n. 16.873/2018) e de Porto Alegre (art. 4º da Lei n. 12.810/2021) aderiram a esse modelo. Diferentemente, o município de Belo Horizonte (art. 8º da Lei n. 11.241/2020) estabeleceu que cabe exclusivamente à contratada o pagamento da integralidade dos custos, incluída a remuneração dos membros do comitê.

3. O comitê de resolução de disputas na Lei n. 14.133/2021

No Brasil, a imprescindibilidade de captação de recursos internacionais para grandes projetos deu origem à produção legislativa sobre adoção dos *dispute boards*, no âmbito da administração pública. Desde 1995, o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) colocam como condição para financiamento de grandes obras, a instituição dos Comitês de Resolução de Disputas (Lima; Linhares, 2021).

No âmbito federal, a Lei n. 14.133/2021 não foi a primeira iniciativa legislativa no sentido de dispor sobre mecanismos de resolução de conflitos nas contratações públicas. Diversos dispositivos de leis especiais já haviam po-

sitivado tais instrumentos, a exemplo: i) do art. 44-A da Lei n. 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas); ii) do art. 23-A da Lei n. 8.987/1995 (Lei de Concessões); iii) do art. 11, III, da Lei n. 11.079/2004 (Lei de Parcerias Público Privadas); iv) do art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.037/1996 (Lei de Arbitragem, alterada pela Lei n. 13.129/2015); e v) art. 32 da Lei de Mediação e de Solução Alternativa de Disputas na Administração Pública (Lei n. 13.140/2015).

Além dos dispositivos mencionados, a própria Lei n. 8.666/1993, no art. 42, § 5º, já autorizava a possível inclusão de mecanismos extrajudiciais para solucionar conflitos, como o *dispute board*, por exemplo, em contratações financiadas por instituições financeiras multilaterais ou agências de fomento externas, quando exigido ou recomendado por esses entes (Figueroa, 2017). Com fundamento nesse dispositivo, o *dispute board* foi utilizado pela primeira vez nas contratações públicas no Brasil, na construção da linha amarela do metrô de São Paulo, como exigência para a concessão de financiamento pelo Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (Bird).

O novo regime legal estabelecido pela Lei n. 14.133/2021 trouxe inúmeras novidades, entre as quais, um capítulo específico que dispõe sobre os meios alternativos de resolução de controvérsias (capítulo XII), e elenca, de forma exemplificativa, quatro tipos diferentes: a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (*dispute boards*) e a arbitragem.

De forma inédita, há o reconhecimento expresso da legalidade na utilização de *dispute boards* nos contratos regidos pela lei, como meio alternativo de prevenção e resolução de controvérsias. Na nova norma, o mecanismo é nominado como “comitê de resolução de disputas”, expressão que é mencionada em duas passagens: no art. 138, II¹²⁴, quando se trata da extinção consensual do contrato, e no art. 151, *caput*¹²⁵.

Da análise dos dispositivos legais, infere-se que o texto normativo se mostrou tímido em relação a questões procedimentais, e remeteu o operador da norma,

124 Lei n. 14.133/2021. Art. 138. A extinção do contrato poderá ser: [...] II – consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração.

125 Lei n. 14.133/2021. Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

implicitamente, à futura regulamentação ou à utilização de modelos e regulamentos de instituições que apoiam o desenvolvimento do *dispute board*, como o Banco Mundial, a Federation Internationale des Ingenieurs Conseils (Fidic) e a Dispute Resolution Board Foundation (DRBF), entre outras. A referida ausência de regulamentação pode se configurar num possível óbice à aplicação do mecanismo aos contratos, num primeiro momento.

Da mesma forma, não há regulamentação específica do mecanismo por lei federal. Contudo, está em trâmite no Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 206/2018, do Senado, que foi revisado em 2021 e enviado à Câmara dos Deputados, e que, atualmente, tramita sob o n. 2.421/2021, em regime prioritário. Outro projeto de lei que tratava da mesma matéria (PL 9.883/2018) foi apensado ao PL 2.421/2021.

Diante da lacuna regulatória, o Tribunal de Contas da União (TCU), nos autos dos processos n. 016.936/2020-5 e 018.901/2020-4, sobre as concessões da BR 153-080 – 414/TO-GO e da BR 163/PR, proferiu decisão que restringiu o uso dos *dispute boards* em contrato de concessão de rodovias até posterior regulamentação pela Agência Nacional de Transporte Terrestres (ANTT)¹²⁶. Essa decisão ocorreu na linha da Resolução n. 5.845/2019, da ANTT, que trata da mediação e arbitragem, em razão de possíveis questionamentos judiciais e arbitrais, por parte das concessionárias, que poderiam obstar toda execução contratual.

3.1. Delimitação do objeto do *dispute board*

Seguindo a análise dos dispositivos da Lei n. 14.133/2021 relativos aos métodos alternativos para resolução do conflito, o parágrafo único do art. 151¹²⁷

126 A partir de todo esse contexto, a ANTT inseriu na Agenda Regulatória de 2023/2024, a regulamentação do instituto do *dispute board* como um dos projetos previstos no portfólio do Eixo Temático 1, constante do inciso V do art. 2º da Deliberação ANTT n. 358/2022. Além disso, a agência autorizou a abertura da Audiência Pública n. 6/2023, por meio da Deliberação n. 205/2023, de relatoria do diretor da ANTT, Guilherme Theo Sampaio, com o objetivo de tornar pública e colher sugestões e contribuições à proposta de regulamentação do *dispute board* para ser aplicado aos contratos de concessão de rodovia e ferrovia celebrados entre a ANTT e seus entes regulados.

127 Lei n. 14.133/2021. Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no *caput* deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

dispõe que o comitê de resolução de disputas poderá tratar de quaisquer questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis em contratações públicas, como, por exemplo, as relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Constata-se que o citado parágrafo delimita, de forma objetiva (*ratione materiae*), as questões que podem ser levadas aos comitês de resolução de disputa, e define somente aquelas que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. Por seu turno, o legislador exemplificou algumas hipóteses de emprego do mecanismo. Da junção dos dois termos, verifica-se que a resolução de eventuais litígios está relacionada a assuntos eminentemente técnicos (alteração do projeto executivo, p. ex.) e financeiros, oriundos da execução dos contratos administrativos, presentes na maioria nos contratos de longo prazo e de alta complexidade técnica. Sobre tais cláusulas, é o entendimento de Maria Sylvia Di Pietro:

Os contratos administrativos contêm cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras. As primeiras referem-se ao próprio objeto do contrato, à forma de sua execução; elas decorrem do poder regulador da administração pública; são fixadas e alteradas unilateralmente pelo poder público. Mas as cláusulas financeiras, que dizem respeito à remuneração do contratado e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato têm natureza tipicamente contratual. Por isso mesmo, não podem ser alteradas unilateralmente pelo poder público, mas podem ser objeto de acordo entre as partes. (Di Pietro, 2015)

Portanto, a Lei n. 14.133/2021 deixou em aberto as hipóteses de aplicação dos *dispute boards*, ao utilizar a expressão “direitos patrimoniais disponíveis”, conceito jurídico indeterminado, que no direito administrativo ganha especial relevância, uma vez que se relaciona com o tema da discricionariedade, para que o agente público aplique a norma conforme sua finalidade (Rozas, 2019). Logo, avulta-se de importância a delimitação da matéria que poderá ser objeto de análise do *dispute board* nos instrumentos convocatórios e nos contratos, e repelir cláusulas que possam se referir a direitos patrimoniais indisponíveis.

Em síntese, restou incluído no conceito (critério *ratione materiae*) “tudo o que envolve a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contrato, o inadimplemento de obrigações contratuais, o cálculo de indenizações e a própria extinção dos ajustes celebrados com a administração pública” (Schmidt, 2021, p. 161).

Algumas normas também consideram determinadas hipóteses como integrantes do conceito de direitos patrimoniais disponíveis, como a Lei n. 13.448/2017, que dispõe sobre prorrogação e relicitação dos contratos de parceria, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário: a) as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; b) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e c) o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes (art. 31, § 4º)¹²⁸.

Por sua vez, na I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada em agosto de 2016, foi aprovado o Enunciado 13, que reafirma o entendimento:

Podem ser objeto de arbitragem relacionada à Administração Pública, dentre outros, litígios relativos: I – ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II – à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas. (Centro de Estudos Judiciários do Conselho Federal da Justiça, 2016)

Da mesma forma, foi aprovado o Enunciado 19 da I Jornada de Direito Administrativo realizada pelo CEJ/CJF em 2020, o qual confirmou o enquadramento das questões de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos na categoria de direitos patrimoniais disponíveis, admitindo-se a utilização do *dispute board* como meio de resolução de controvérsia:

As controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. (Centro de Estudos Judiciários do Conselho Federal da Justiça, 2020)

128 No mesmo sentido, o art. 2º, parágrafo único, do Decreto n. 10.025/2019 menciona, exemplificativamente, as seguintes controvérsias: a) questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; b) cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e c) inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídos a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

3.2. Permissão de aplicabilidade do *dispute board* nos contratos celebrados antes da vigência da Lei n. 14.133/2021 e escolha dos membros

Sobre a aplicabilidade do *dispute board* nos contratos administrativos em execução anteriores à vigência da Lei n. 14.133/2021, a norma, no art. 153, permitiu a adoção do meio alternativo de resolução de controvérsias, via aditamento contratual, para que se possa acompanhar o progresso da execução e auxiliar na prevenção de litígios, embora a orientação das instituições apoiadoras dos comitês seja no sentido de realizar a instauração no início do contrato.

O último dispositivo da Lei n. 14.133/2021 aplicável ao *dispute board* versa sobre a escolha dos membros do comitê, conforme o disposto no art.154, segundo o qual “o processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes” (Brasil, 2021).

Importante destaque é a aprovação do Enunciado 203, do CJF, aprovado na II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios ocorrida em agosto de 2021, no qual se expande o plano de incidência do anteriormente aprovado Enunciado 39, da I Jornada de Direito Administrativo. O Enunciado 203 reforça a prescindibilidade de prévio processo licitatório para escolha de facilitadores em métodos extrajudiciais de resolução de conflitos. Ademais, em princípio, a escolha dos membros do *dispute board* incide nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, na forma do art. 74, III, da Lei n. 14.133/2021.

Por parte da doutrina, há ainda o entendimento de que, para a devida observância ao princípio da isonomia na escolha dos membros dos *dispute boards*, o processo deva ocorrer por inexigibilidade de licitação na modalidade credenciamento, estabelecendo-se critérios isonômicos, técnicos e transparentes por parte da administração pública, para habilitar aqueles que cumprirem os requisitos básicos e proporcionais fixados pela administração, nos moldes do que já é adotado na escolha de árbitros e câmaras arbitrais (Oliveira, 2022).

Na Administração Pública federal, o processo de credenciamento para escolha de árbitros e membros do comitê de resolução de disputas é requisito para eventual indicação futura da câmara arbitral, perante a Advocacia-Geral da União, em convenções de arbitragem para solução de conflitos que envolvam a União, sendo o procedimento regulado pela Portaria Normativa AGU n. 75, de 23 de dezembro de 2022.

4. Conclusão

O presente artigo apresentou as características do *dispute board*, expressamente adotado pela Lei n. 14.133/2021, que o tornam um mecanismo para a resolução célere e eficiente de controvérsias que possam surgir durante a execução de contratos incompletos, de longa duração e de alta complexidade. O *dispute board* surgiu como abordagem proativa para lidar com potenciais conflitos e resolutiva para disputas constituídas ao longo da execução contratual, com vistas a evitar o acionamento dos juízos arbitrais e estatais.

O *dispute board*, em regra, é composto por um comitê de especialistas independentes e imparciais, que têm conhecimento técnico e experiência na área específica do projeto, constituído, em muitas situações, por engenheiros e advogados. Sua função principal é monitorar a execução do contrato, resolver prontamente quaisquer disputas que surjam e emitir recomendações ou decisões vinculativas para as partes envolvidas. Tais ações contribuem de maneira eficaz para a solução de lides, mesmo quando as partes acionam os meios revisionais da arbitragem ou do Judiciário.

Por fim, após análise do texto normativo do capítulo XII da Lei n. 14.133/2021, pode-se concluir que o objeto submetido ao comitê de resolução de disputas está adstrito aos direitos patrimoniais disponíveis, que os contratos celebrados na vigência da Lei n. 8.666/1993 têm a possibilidade de ser aditados para incluir o *dispute board* e que a escolha dos membros do conselho pode prescindir de processo licitatório, por meio de inexigibilidade e do credenciamento.

Referências

BELO HORIZONTE. **Lei n. 11.241, de 19 de junho de 2020.** Regulamenta a utilização de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas para prevenir e para solucionar conflito relativo a direito patrimonial presente em contrato administrativo de execução continuada. Belo Horizonte: Câmara Municipal, [2020]. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-legislacao/lei/11241/2020>. Acesso em: 3 ago. 2023.

BRAGA, Carlo Fabrizio Campaline. Os comitês de resolução de conflitos (CRD) e sua utilização nos contratos de concessão no Brasil – Análise sobre a viabilidade jurídica e adequação. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Mato Grosso do Sul**, Campo Grande, ed. 17, p. 361-386, dez. 2021.

BRASIL. Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, ano 159, n. 61-F, seção 1, p. 1-23, 1º abr. 2021.

BUENO, Júlio Cesar. Os *dispute boards* na nova lei de licitações e contratos administrativos. **Migalhas**, 5 abr. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342966/dispute-boards-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos>. Acesso em: 7 ago. 2023.

CAMPOS, Ricardo; MILAGRES, Allan; SAMPAIO, Guilherme Theo; WACHOLZ, Roberta Negrão Costa. Regulamentação do *dispute board* no âmbito da ANTT: um convite para o diálogo. **Revista Consultor Jurídico**, 8 ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-08/opinioao-regulamentacao-dispute-board-ambito-antt>. Acesso em: 9 ago. 2023.

CARMO, Valter Moura do; MAILLART, Adrana Silva (coord.). *Dispute boards e Administração Pública. In: II ENCONTRO VIRTUAL DO COMPEDI. Formas consensuais de solução de conflitos I* [Recurso eletrônico *on line*], dez. 2020. Florianópolis: Conpedi, 2020, p. 211. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/nl6180k3/45nx4pp0/n7N7RgFf9m2oWirL.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2023.

CHERN, C. **Chern em dispute boards: practice and procedure**. 3. ed., Londres: Informa Law from Routledge, 2015.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Administrativo: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2020, p. 12. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/jornada-de-direito-administrativo-enunciados-aprovados/view/++widget++form.widgets.arquivo/@@download/Enunciados+Aprovados+I+JDA+VF.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2024.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2016, p. 12. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2021/11/enunciados-i-jornada.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2024.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios:** enunciados aprovados. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2021. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2021/11/enunciados-ii-jornada.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. **Revista Consultor Jurídico**, 24 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>. Acesso em: 6 ago. 2023.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. **Dispute board manual:** a guide to best practices and procedures. Charlotte: Spark Publications, 2019. Disponível em: <https://www.drb.org/dispute-board-manual>. Acesso em: 3 ago. 2023.

FERREIRA, Iago; MOREIRA, Vitor; RIBEIRO, Gentil; SILVEIRA, Camilo. *Dispute boards* nos contratos de concessão e PPP: aspectos gerais e temas controversos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 96, p. 228-248, jul./dez. 2022.

FIGUEROA, Dante. Dispute boards for infrastructure projects in Latin America: a new kid on the block. **Dispute Resolution International**. v. 11, n. 2, p. 167. Disponível em: <https://fidic.org/sites/default/files/Blog/%20pdf/DBs%20for%20Infrastructure%20Projects%20in%20Latin%20America.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2023.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). **Dispute board rules**. Paris: International Chamber of Commerce, 2022. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules/>. Acesso em: 3 ago. 2023.

LIMA, Adriano; LINHARES, Camila. Comitê de resolução de disputas (*dispute resolution boards*) e sua aplicabilidade na administração pública: abordagem de resolução de conflitos com alicerce na eficiência e consensualidade. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Mato Grosso do Sul**, Campo Grande, ed. 17, p. 216-234, dez. 2021.

MARTINS, Juliana Bruschi; GOMES, Larissa Camerlengo Dias; MEDICI, Sergio de Oliveira. **Dispute boards e Administração Pública**. Formas consensuais de solução de conflitos I [Recurso eletrônico *on line*] organização CONPEDI. Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Valter Moura do Carmo. Florianópolis: CONPEDI, 2020, p. 211. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/nl6180k3/45nx4pp0/n7N7RgFf9m2oWirL.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2023.

MELLO, Felipe Varela; RODRIGUES, Marco Antônio. Os *dispute boards* na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Revista Consultor Jurídico**, 20 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/rodrigues-varela-dispute-boards-lei-licitacoes>. Acesso em: 4 ago. 2023.

OLIVEIRA, Pedro Ribeiro. Formas e características dos *dispute boards*, considerações úteis na sua escolha. In: SION, Alexandre Oheb (coord.). **Empreendimentos de infraestrutura e de capital intensivo: desafios jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; MARÇAL, Thaís (coord.). **Estudos sobre a Lei 14.133/2021 - Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: JusPodivm, 2021.

PITRE, Paloma Gerzeli; ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Dispute boards*: fundamentos e aplicabilidade nos contratos administrativos brasileiros de infraestrutura. **Revista Brasileira de Infraestrutura (RBINF)**, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 151-184, jul./dez. 2016.

PREFEITURA DE PORTO ALEGRE. **Lei n. 12.810, de 3 de março de 2021**. Prevê a instituição de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas (*dispute boards*) nos contratos administrativos celebrados pelo município de Porto Alegre. Disponível em: https://www.camarapoa.rs.gov.br/draco/processos/134686/Lei_12810.pdf. Acesso em: 3 ago. 2023.

ROZAS, Luiza Barros. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 20, n. 47, jan./fev. 2019.

PREFEITURA DE SÃO PAULO. Lei n. 16.873, de 22 de fevereiro de 2018. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela prefeitura de São Paulo. Disponível em: <http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/leis/L16873.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2023.

Fiscalização e gestão de contratos na administração pública

Christianne de Carvalho Stroppa¹²⁹

Cristiana Fortini¹³⁰

Heloísa Helena Antonacio Monteiro Godinho¹³¹

1. Introdução

Na administração pública, a execução de contratos é uma prática rotineira para garantir a prestação de serviços, a execução de obras ou o fornecimento de bens. No entanto, a eficiência e a legalidade desses contratos dependem diretamente de fiscalização e de gestão adequadas.

Este artigo aborda a importância da fiscalização e da gestão de contratos na administração pública e destaca objetivos, aspectos fundamentais e melhores práticas para garantir a efetividade e o cumprimento das obrigações contratuais, sem, no entanto, esgotar o assunto. O tema ganhou novo contorno com a Lei n. 14.133/2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a qual estabelece princípios e diretrizes para fiscalização e gestão de contratos na administração pública, incluídos os requisitos para designação de fiscais de contrato e responsabilidades da alta administração.

Serão explorados os principais pontos da legislação, os desafios enfrentados e as soluções propostas para se aprimorar o processo.

129 Advogada na Jacoby Fernandes & Reolon Advogados Associados. Professora, doutora e mestre pela PUC/SP. Ex-assessora de gabinete no Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Advogada especialista em licitações e contratos administrativos. Membro associada do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), do Instituto de Direito Administrativo Paulista (IDAP), do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e do Instituto Nacional de Contratação Pública (INCP). Autora de diversos artigos e palestrante na área da contratação pública.

130 Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), vice-presidente jurídica das Centrais Elétricas de Minas Gerais (Cemig), doutora em direito administrativo, e professora da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Foi controladora geral e também procuradora geral adjunta do município de Belo Horizonte.

131 Conselheira substituta do Tribunal de Contas do Estado de Goiás e mestre em administração pública pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

2. Importância da fiscalização e da gestão de contratos na administração pública

A despeito do que preconizava a Lei n. 8.666/1993 quanto à responsabilidade do contratado pelas obrigações trabalhistas¹³², a administração pública viu-se inúmeras vezes condenada judicialmente ao pagamento de verbas trabalhistas, diante de inadimplementos por parte do contratado (Paim, *apud* Harger, 2022)¹³³. À vista disso, a preocupação com a fiscalização e com a gestão contratual recebeu atenção especial, ao longo dos anos, sobretudo no que toca à prestação indireta de serviços.

Assim, dentre as cláusulas exorbitantes, a Lei n. 14.133/2021 destaca a fiscalização da execução do contrato administrativo (inciso III, art. 104), disciplinada especificamente nos arts. 116 e 117, ao compreender a prerrogativa de supervisionar, acompanhar, fiscalizar e intervir na execução do contrato. Limitada à verificação do cumprimento dos deveres pelo contratado, a fiscalização pode ser:

- a) passiva, quando corresponde ao mero acompanhamento por agentes administrativos da atividade do contratado.
- b) ativa, assim denominada porque a própria sequência da atividade do contratado depende de atos expedidos pela administração (exames, aprovações).

Lembra Hely Lopes Meirelles (2006, p. 235) que:

A fiscalização da execução do contrato abrange a verificação do material e do trabalho, admitindo testes, provas de carga, exame de qualidade, experiências de funcionamento e de produção, e tudo o mais que se relacionar com a perfeição da obra, do serviço ou do fornecimento. A sua finalidade é assegurar a perfeita execução do contrato, ou seja, a exata correspondência dos trabalhos com o projeto ou com as exigências previamente estabelecidas pela Administração, tanto nos seus aspectos técnicos quanto nos prazos de realização, e, por isso

132 Lei n. 8.666/1993. Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

133 “O acompanhamento contratual é etapa extremamente importante nas contratações da Administração Pública. É durante essa fase que temos, historicamente, os maiores problemas de corrupção, desvios éticos e de práticas que podem levar a sobrepreço e a ineficiência na aplicação de recursos públicos.”

mesmo, há de pautar-se pelas cláusulas contratuais, pelas normas regulamentares do serviço e pelas disposições do caderno de obrigações, se existente.

Em adendo, “não basta ter um contrato bem elaborado e adaptado às necessidades da Administração e aos interesses do contratado. É imperioso que haja uma gestão atenta e competente das atividades contratuais, visando a tornar efetivas as condições nele inscritas” (Marques Neto, 2001, p. 11).

A Lei n. 14.133/2021 não conceitua fiscalização e gestão contratual¹³⁴, mas a elas faz alusão várias vezes de forma conjunta¹³⁵. Embora se trate de atividades distintas, ambas guardam entre si certa correlação, porque são vocacionadas a garantir que o contrato atenda ao propósito que dele se espera, intuito que afinal impulsionou o agir administrativo (Paim *apud* Harger, 2022)¹³⁶.

3. Aspectos fiscalizados pela administração

A despeito de a Lei n. 8.666/1993 estabelecer que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, **não transfere à administração pública a responsabilidade por seu pagamento**, a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) pronunciava entendimento oposto.

O reconhecimento da constitucionalidade do *caput* e do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) levou à alteração da Súmula 331. Nova redação foi conferida ao inciso IV e foram inseridos incisos V e VI, assim redigidos:

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações

134 Para os fins do disposto no Decreto n. 11.246/2022, que regulamenta o § 3º do art. 8º da Lei n. 14.133/2021, considera-se gestão de contrato a coordenação das atividades relacionadas à fiscalização técnica, administrativa e setorial e dos atos preparatórios à instrução processual e ao encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para formalização dos procedimentos relativos à prorrogação, à alteração, ao reequilíbrio, ao pagamento, à eventual aplicação de sanções e à extinção dos contratos, entre outros (inciso I, art. 19).

135 Lei n. 14.133/2021. Art. 14, inciso IV e § 2º; art. 18, § 1º, inciso X; art. 25, art. 48, parágrafo único; art. 122, § 3º.

136 “É importante mencionar que, assim como ocorre na Lei n. 8.666/1993, a Lei n. 14.133/2021 não segmenta ou separa as atividades de gestão e fiscalização contratual.”

contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Todo esse percurso desembocou em um conjunto de normas federais impulsionadas a salvaguardar os cofres públicos afetados pelas inúmeras condenações provenientes da Justiça do Trabalho, que ignoravam o teor do que preconizam o *caput* e o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993.

Entre as normas federais editadas ao longo dos anos, para melhor planejamento, gestão e fiscalização dos contratos, merecem realce o Decreto n. 9.507/2018 e a Instrução Normativa n. 5/2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

A IN n. 5/2017, dedicada a fixar regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, prevê que as atividades de gestão e fiscalização:

[...] são o conjunto de ações que tem por objetivo aferir o cumprimento dos resultados previstos pela Administração para os serviços contratados, verificar a regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como prestar apoio à instrução processual e o encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para a formalização dos procedimentos relativos à repactuação, alteração, reequilíbrio, prorrogação, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outras, com vista a assegurar o cumprimento das cláusulas avençadas e a solução de problemas relativos ao objeto.

O Decreto n. 9.507/2018, que dispõe sobre execução indireta, mediante contratação de serviços da Administração Pública federal direta e indireta, igualmente faz referência à gestão e à fiscalização como conjunto de ações que objetivam: aferir o cumprimento dos resultados estabelecidos pela contratada; verificar a regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas; e prestar apoio à instrução processual para formalização dos procedimentos relativos à repactuação, ao reajuste, à alteração, ao reequilíbrio, à prorrogação, ao pagamento, à aplicação de sanções, à extinção dos contratos, entre outros, com vistas

a assegurar o cumprimento das cláusulas do contrato e a solução de problemas relacionados ao objeto. Contudo, por mais que as atividades possam ser tratadas de forma geral, há distinção entre elas.

A fiscalização é ferramenta para que a gestão se viabilize e implica não só o acompanhamento do contratado, com vistas a garantir a entrega desejada, nos moldes determinados no ato convocatório e pactuados no contrato, mas também a verificação da regularidade documental, para apurar se os requisitos exigidos na habilitação se mantêm e se restam atendidas as obrigações previdenciárias e trabalhistas, por exemplo.

A fiscalização é técnica¹³⁷ quando voltada ao objeto contratual propriamente dito. Atentar-se para o comportamento do contratado quanto à qualidade, à quantidade, às especificações e ao tempo é a meta.

A fiscalização é administrativa¹³⁸ quando mira, sobretudo, a parte documental, importante para se evitarem sobressaltos e para se afastar a alegação de omissão pública, especialmente diante de encargos previdenciários e trabalhistas.

O Decreto n. 11.246/2022, que regulamenta o disposto no § 3º do art. 8º da Lei n. 14.133/2021, dispõe sobre as regras de atuação dos gestores e fiscais de contratos e acresce a fiscalização setorial, que implica no acompanhamento da execução do contrato nos aspectos técnicos ou administrativos, quando a prestação do objeto ocorrer concomitantemente em setores distintos ou em unidades desconcentradas de um órgão ou uma entidade (inciso IV, art. 19).

O fiscal deve agir de forma proativa e preventiva, observar o cumprimento, pelo contratado, das regras previstas no instrumento contratual, buscar os resultados esperados no ajuste e trazer benefícios e economia para os órgãos e entidades da Administração Pública.

137 Para os fins do disposto no Decreto n. 11.246/2022, que regulamenta o § 3º do art. 8º da Lei n. 14.133/2021, considera-se fiscalização técnica o acompanhamento do contrato com o objetivo de se avaliar a execução do objeto nos moldes contratados e, se for o caso, de se aferir se a quantidade, a qualidade, o tempo e o modo da prestação ou da execução do objeto estão compatíveis com os indicadores estabelecidos no edital, para fins de pagamento, conforme o resultado pretendido pela administração, com eventual auxílio da fiscalização administrativa (inciso II, art. 19).

138 Entende-se por fiscalização administrativa o acompanhamento dos aspectos administrativos contratuais quanto às obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas e quanto ao controle do contrato administrativo no que se refere a revisões, a reajustes, a repactuações e a providências tempestivas nas hipóteses de inadimplemento (inciso III, art. 19).

A fiscalização, com função de acompanhar a execução contratual, é ponto central para que decisões como prorrogação contratual, aplicação de sanções e rescisão sejam levadas a efeito. A fiscalização alimenta a gestão contratual, atividade essa que se caracteriza por um olhar de segunda ordem sobre o privado.

“A gestão é o serviço geral de gerenciamento de todos os contratos; já a fiscalização é pontual” (Alves, 2004, p. 65). A gestão é uma atividade administrativa propriamente dita, que pode ser exercida por uma pessoa ou por um setor. “Já a fiscalização é exercida necessariamente por um representante da administração, o fiscal, especialmente designado, como preceitua a lei, que cuidará pontualmente de cada contrato” (Alves, 2004, p. 65)¹³⁹.

4. Gestor e fiscal de contrato

Não se deve confundir gestor com fiscal de contrato.

O art. 117 da Lei n. 14.133/2021, que trata da fiscalização (Barros Júnior, 1986, p. 70-71)¹⁴⁰, faz expressa referência à figura do fiscal ou fiscais do contrato¹⁴¹, que será um servidor da administração especialmente designado.

O citado art. 117 remete ao art. 7º da mesma lei, que arrola requisitos para a indicação dos agentes públicos hábeis a atuar no ciclo de contratação. É importante observar que o fiscal não é agente de contratação – este atua na fase preparatória e na fase de disputa até a homologação – e não há de cumprir os requisitos do art. 8º da Lei n. 14.133/2021, que são mais rigorosos em comparação aos do art. 7º.

139 A designação do contrato não pode ser genérica de órgão e deve necessariamente recair sobre servidor, o qual deve ser expressamente designado (TCU, Processo n. TC-005.838/2001-2. Acórdão n. 430/2005 – Plenário). No mesmo sentido, o TCU determinou que os fiscais sejam designados, de forma pessoal e nominal, para os contratos firmados pela entidade que ainda estejam vigentes, na forma do art. 67 da Lei n. 8.666/1993 (Processo n. TC-012.927/2005-7. Acórdão n. 2711/2006 – 2ª Câmara).

140 Carlos S. de Barros Júnior, ao tratar do regime peculiar do contrato administrativo e sua execução, na linha dos abrandamentos e derrogações do princípio segundo o qual o contrato é a lei imutável das partes, nota que, no contrato administrativo, “ocorre uma intervenção do poder público, sob esse duplo aspecto, o de um controle acentuado da execução do contrato, que assume a feição de vigilância e direção dessa execução – faculdades que também sobrepõem os poderes usuais das relações exclusivamente paritárias – e, como dissemos, a possibilidade de modificação unilateral das condições iniciais do contrato”.

141 Pelo princípio da segregação de funções (arts. 5º e 7º, § 1º, da Lei n. 14.133/2021) não se deve confundir a figura do fiscal com a do gestor.

O fiscal, analisado o art. 7º, não precisa ser servidor estável ou empregado público dos quadros permanentes, embora essa seja a preferência à luz do inciso I¹⁴². Para o legislador, o vínculo mais estreito é vital na fase de planejamento e de disputa, mas assim não é na fase de execução do contrato. Soa estranho um nível de exigência menor para a designação de fiscais, ao se considerar que o momento da execução contratual é mais sensível e menos evidenciado quando comparado à etapa de seleção do vencedor, em especial em lei que valoriza o pregão, a forma eletrônica, a rastreabilidade das sessões de julgamento.

O art. 117 ainda impõe que os fiscais (por alusão do art. 7º) tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público. Ademais, o fiscal não pode ser cônjuge ou companheiro de licitante ou de contratado habitual da administração, nem ter, com eles, vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

A lei não impõe expressamente que o fiscal seja dotado de conhecimento do objeto a ser fiscalizado. Tal exigência, todavia, há de ser depreendida do *caput* do art. 7º, que impõe às autoridades públicas a realização de gestão por competências e, assim, exige, para cada função essencial à execução da LLCA, prévia identificação de conhecimentos, habilidades e atitudes necessários para o desempenho satisfatório das respectivas atribuições, com designação de agentes públicos que atendam às necessidades identificadas, sob pena de se comprometer o atingimento do interesse público subjacente à contratação. O TCU já se posiciona nesse sentido¹⁴³.

O princípio da segregação de funções, constante do art. 5º, também deve ser observado na análise do art. 117. Assim, veda-se a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo

142 “Mantenha representante, pertencente a seus quadros próprios de pessoal, especialmente designado para acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos que celebrar, permitida a contratação de agentes terceirizados apenas para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição, a teor do art. 67 da Lei n. 8.666/1993” (TCU, Acórdão n. 690/2005 – Plenário). “Designa fiscais considerando a formação acadêmica ou técnica do servidor/funcionário, a segregação entre as funções de gestão e de fiscalização do contrato, bem como o comprometimento concomitante com outros serviços ou contratos, de forma a evitar que o fiscal responsável fique sobrecarregado devido a muitos contratos sob sua responsabilidade” (TCU, Acórdão n. 1094/2013 – Plenário).

143 Acórdão n. 839/2017 – TCU – Plenário. Relator ministro Vital do Rêgo.

a se reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

A compreensão do legislador, embora se explique, sofre crítica ao fundamento de que a participação de quem planejou o certame na fase de cumprimento do contrato poderia trazer subsídios e aprimorar a atividade administrativa. A isso se soma a dificuldade real de se alocarem distintos agentes para distintas funções, quando reduzido o quantitativo de agentes, e ainda mais se observadas as exigências dos variados incisos do art. 7º.

Um detalhe a se pontuar diz respeito à responsabilidade da alta administração, referida no parágrafo único do art. 11¹⁴⁴:

Art. 11. [...]

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no *caput* deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

A Lei n. 14.133/2021 não detalha os pormenores da designação de fiscal, nem dita quando ele deve ser indicado. Contudo, não se pode cogitar designação tardia, pois possibilitaria comportamentos inadequados. Ademais, a lei não indica se sempre haverá diversos tipos de fiscalização, voltadas a objetivos específicos e complementares.

144 Compete à alta administração promover a gestão por competências, exigir avaliação da estrutura de recursos humanos, identificar as competências necessárias para cada função, e definir as responsabilidades e os papéis a serem desempenhados. O TCU tem apontado problemas ligados à governança decorrentes do não envolvimento da alta administração. Governança envolve também, obrigatoriamente, cautelas na designação dos agentes públicos. Mais que isso, cabe à administração estruturar o setor de contratação e de fiscalização. Não à toa o TCU, em acórdão relatado pela ministra Ana Arraes, sinalizou que o fiscal do contrato não pode ser responsabilizado caso não lhe sejam oferecidas condições apropriadas para o desempenho de suas atribuições. A preocupação com a profissionalização dos agentes públicos também ecoa do art. 173, segundo o qual os “tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas”. Há, nesse dispositivo, preocupação do legislador ordinário com a capacitação dos agentes públicos, como forma de contribuir para a profissionalização dos recursos humanos.

A já mencionada IN n. 5/2017 prevê a fiscalização técnica, administrativa, setorial e pelo público usuário. A norma em comento atribui ao fiscal autoridade para acompanhar sistematicamente o desenvolvimento do contrato (o denominado “poder de polícia contratual”) (Moreira, 2021), o que lhe possibilita corrigir, no âmbito da sua esfera de ação e no tempo certo, eventuais irregularidades ou distorções existentes.

A eficiência de um contrato está diretamente relacionada com o acompanhamento de sua execução. O fiscal do contrato tem grande responsabilidade pelos seus resultados, deve observar o cumprimento, pelo contratado, das regras técnicas, científicas ou artísticas previstas no instrumento contratual e deve, ainda, “adotar as providências necessárias ao fiel cumprimento do ajuste, tendo por parâmetro os resultados previstos no contrato. As decisões e providências que ultrapassarem a sua competência deverão ser encaminhadas a seus superiores, em tempo hábil, para a adoção das medidas convenientes” (Conselho, 2020).

Como consequência, a atribuição do fiscal inclui:

- (1) providências efetivas, próprias de sua função, ainda que auxiliado por terceiros pela necessidade de esclarecimentos de determinada área técnica, como em outros casos;
- (2) o encaminhamento do caso concreto, para quem de direito, visando a uma solução que não cabe a ele definir, por questões de competência formal. (Granziera, 2002, p. 131-132)

A efetividade da atribuição do fiscal está garantida pela previsão de auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da administração, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual. Concretiza-se, com isso, o dever de cooperação interadministrativa (Moreira, 2021).

A designação do fiscal¹⁴⁵ poderá recair sobre o titular da unidade que tenha conhecimento técnico do objeto do contrato [como, aliás, determinado no inciso II do art. 7º da Lei n. 14.133/2021], ou em servidor capacitado para

145 Há diversas determinações do Tribunal de Contas da União no sentido de que sejam formalmente indicados representantes da Administração para acompanhamento e fiscalização dos contratos, à vista do que dispõe o *caput* do art. 67 da Lei n. 8.666/1993 (Decisão n. 314/1995. Órgão julgador: Segunda Câmara. *DOU*, 28 nov. 1995, e Acórdão n. 1823/2004. Órgão julgador: Plenário. *DOU*, 24 nov. 2004). Por meio da Decisão n. 618/2002 – Plenário (*DOU*, 24 jun. 2002), o TCU ainda determinou ao órgão auditado que inserisse “nos processos o ato de designação do representante da Administração com a incumbência de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, consoante determinado no art. 67 da Lei n. 8.666/1993”.

tal, sendo necessária a sua indicação no próprio instrumento contratual ou formalizada, por meio de ato administrativo que defina suas atribuições e competências para dar ciência ao contratado. (Conselho, 2020)

Segundo Maria Luiza Machado Granziera (2002, p. 130), o fiscal de contrato:

[...] é um funcionário da Administração designado pelo ordenador de despesa, com a atribuição de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato. Sua designação deverá estar prevista no instrumento contratual, ou formalizada em termo próprio, ou ainda em uma rotina interna, definindo suas atribuições e competências.

Acerca da natureza jurídica do termo “agente público”, reforçando a obrigatoriedade do atendimento das condições do art. 7º da Lei n. 14.133/2021¹⁴⁶, poderá tratar-se de exercente de cargo ou emprego no órgão. Consequentemente, é conveniente que sejam observadas as vedações para designação de servidor que: a) possua, com o contratado, relação comercial, econômica, financeira, civil ou trabalhista; b) seja amigo íntimo ou inimigo capital do contratado ou dos dirigentes do contrato; c) tenha parentesco com membro da família do contratado; d) por motivos éticos, não possa exercer a função com a austeridade exigida pelo interesse público ou, caso a exerça, comprometa a imagem pública da instituição (Granziera, 2002)¹⁴⁷.

Aspecto relevante é saber se seria possível ao servidor designado para a função de gestor recusar esse encargo. Marcos Vinícius Giaretta Dora Vieira (2010), analisando a questão ainda sob a ótica da Lei n. 8.666/1993, pondera que:

146 Lei n. 14.133/2021. Art. 7º: I – sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública; II – tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e III – não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

147 O Tribunal de Contas do Distrito Federal recomendou que se evite nomear para compor a Comissão Permanente de Licitação servidores responsáveis pela execução de contratos ou aqueles que devido ao exercício da função tenham relacionamento direto e frequente com fornecedores de bens ou serviços, atendendo, dessa forma, ao princípio da segregação de funções (Processo n. 2995/1996. Decisão n. 10368/1996). Na mesma linha, o TCU decidiu que o executor do contrato (fiscal – art. 67, Lei n. 8.666/1993) não pode ser encarregado de receber o objeto. Princípio da segregação das funções (Processo n. TC-006.338/1994-1. Acórdão n. 20/1996 – Plenário). Maria Luiza Machado Granziera pondera que, embora “a função do gestor de contratos se inicie efetivamente após a assinatura do instrumento, sua participação na formulação do edital e da minuta do contrato é de grande interesse, no que se refere à sugestão de novas condições ou propostas de alteração das condições normalmente adotadas, com base em sua experiência prática”.

[...] em regra, não, por tratar-se de previsão legal, cujo único requisito é ser um representante da Administração, que será especialmente designado para isso. No mais das vezes, constitui dever previsto nos estatutos de servidores desempenhar com zelo e presteza os trabalhos de que for incumbido e cumprir ordens superiores, representando quando forem manifestamente ilegais, sujeitando-se, pelo descumprimento desses deveres, às sanções administrativas cabíveis. Não podendo recusar-se a exercer essa atribuição, o servidor designado, consciente de suas limitações técnicas, poderá ou, até mesmo, deverá, formalmente, por escrito, cientificar a autoridade que o designou quanto a sua carência de conhecimentos, solicitando a contratação de terceiro para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição, na forma autorizada pelo mesmo art. 67.

5. Contratação de terceiros

Em determinadas situações, conforme a complexidade do objeto do contrato, ou seu vulto, será possível se contratar terceiro para assistir e para subsidiar, com informações pertinentes, o citado representante da administração¹⁴⁸.

Essa opção é recomendada, nas palavras de Lucas Rocha Furtado (2007, p. 448):

[...] em grandes obras de engenharia, sobretudo. Essa contratação decorrerá da complexidade do objeto do contrato, haja vista ser impossível, em algumas hipóteses, ao representante (agente) da administração promover o acompanhamento de toda a execução do contrato. Em face dessa opção, seria celebrado, por hipótese, contrato de obra, e paralelamente a este, outro contrato, de gerenciamento. O contratado, no contrato de obra, teria o dever de executar a obra; no segundo caso, no de gerenciamento, o contratado iria acompanhar a execução da obra, reportando-se e relatando à Administração todos os fatos relacionados à sua execução.

Em sentido contrário, Jessé Torres Pereira Júnior (2008, p. 1-12) pontua não conseguir “encaixar tranquilamente esta ideia de ser possível à Administração, a pretexto de que não tem ninguém nos seus quadros, contratar particulares para a realização desse trabalho, ou seja, terceirizar a fiscalização da execução”,

148 Similar referência consta do art. 26 do Decreto n. 11.246/2022, Decreto n. 11.246/2022, que regulamenta o disposto no § 3º do art. 8º da Lei n. 14.133/2021.

porquanto somente o servidor tem compromisso de lealdade e de fidelidade com o serviço público.

Não obstante a relevância dos argumentos, é cediço que a contratação de profissional ou empresa para assistir ou subsidiar o gestor do contrato não decorre de mera liberalidade da administração, já que é vinculada aos aspectos de complexidade do objeto, eficiência e economicidade¹⁴⁹.

Entretanto, afora não eximir o fiscal do contrato de sua responsabilidade, nos limites das informações recebidas, o terceiro contratado, pessoa física ou jurídica:

- ▶ responderá objetivamente, ou seja, sem necessidade de demonstração de dolo ou culpa, pela veracidade e precisão das informações prestadas (Ferraz *apud* Di Pietro, 2021)¹⁵⁰;
- ▶ firmará termo de compromisso de confidencialidade; e
- ▶ não poderá exercer atribuição própria e exclusiva de fiscal de contrato.

6. Desafios e soluções

A manutenção das prerrogativas públicas na Lei n. 14.133/2021 não representa simples repetição das normas anteriores. A nova lei estabelece uma relação contratual mais equilibrada e eficaz e reconhece a importância do interesse privado.

Dentre as principais mudanças destacam-se:

- a) estabelecimento do princípio da segurança jurídica, reduzindo instabilidade;
- b) redução da tolerância para atrasos de pagamento e tempo de suspensão unilateral;

149 O TCU decidiu que a licitação para a contratação do projeto pode incluir item específico prevendo a futura contratação de fiscais para auxiliarem o executor do contrato (Processo n. TC-004.723/1995-3. Acórdão n. 50/1996 – Plenário. Súmula n. 185/TCU). Em outra decisão, alertou para a Administração iniciar obra de grande vulto, igual ou superior a vinte milhões de reais (inciso II do art. 10 da Lei n. 11.653/2008 – PPA 2008/2011), após a contratação de empresa de consultoria para supervisão e acompanhamento da execução da obra (Processo n. TC-010.873/2009-8. Acórdão n. 1931/2009 – Plenário).

150 “É que se a atividade realizada pela empresa ou profissional é uma atividade acessória à do fiscal, e se a responsabilidade do fiscal, por força do art. 37, § 6º, da Constituição, é de índole subjetiva (somente imputável por dolo ou erro grosseiro – art. 28 da LINDB), deve-se aplicar ao caso a máxima de que o acessório segue o principal.”

- c) necessidade, pela administração, de respostas a pedidos de repactuação e de revisão de contratos de maior relevância, o que proporciona clareza sobre o equilíbrio econômico-financeiro;
- d) utilização de métodos alternativos de solução de controvérsias e termos de ajustamento de conduta como incentivos para mitigar sanções.

Por outro lado, adota-se uma abordagem pragmática, que considera o contrato administrativo como um instrumento de gestão pública, “fixando regras que incrementam a sua funcionalidade, ou seja, a sua capacidade de alcançar os objetivos para os quais foi celebrado” (Pércio, 2024).

Para evidenciar isso, alerta a autora para:

- a) exigências da fase preparatória com vistas à modelagem cuidadosa do negócio;
- b) novas regras sobre duração dos contratos, ao distinguir contratos de prazo e de escopo e ao priorizar a entrega de resultados;
- c) admissibilidade de subcontratação mesmo sem previsão em edital;
- d) maior flexibilidade para alterações consensuais, sem limites percentuais, para melhor aproveitamento do contrato administrativo.

Consequentemente, os desafios enfrentados na fiscalização e na gestão de contratos incluem a falta de capacitação de fiscais e gestores, a compreensão da nova relação contratual, a complexidade dos objetos contratuais e a necessidade de se segregarem funções. Soluções propostas incluem a contratação de terceiros especializados e a implementação de processos de capacitação contínua.

No entanto, é possível que soluções práticas e eficazes sejam identificadas para se superarem esses obstáculos e se garantir o cumprimento das obrigações contratuais. A seguir, são apresentados alguns desses desafios e suas respectivas soluções.

6.1. Falta de capacitação dos fiscais de contrato

Um dos principais desafios enfrentados na fiscalização de contratos é a falta de capacitação dos fiscais designados para essa função. Muitas vezes, esses profissionais não possuem o conhecimento técnico necessário para avaliar adequadamente a execução do contrato.

Solução: investimento em capacitação e treinamento contínuo dos fiscais de contrato. Isso pode ser feito por meio de cursos, *workshops*, *e-learning* e programas de mentoria, que visam atualizar e aprimorar o conhecimento técnico e legal dos fiscais em relação aos objetos contratuais.

6.2. Complexidade dos objetos contratuais

Alguns contratos na administração pública envolvem objetos complexos, como obras de engenharia, sistemas de tecnologia da informação ou serviços especializados. A complexidade desses objetos contratuais dificulta a avaliação precisa da execução e o acompanhamento rigoroso dos prazos e metas estabelecidos.

Solução: contratação de profissionais especializados para auxiliar na fiscalização e gestão de contratos complexos. Esses profissionais podem trazer *expertise* técnica e experiência específica para garantir a efetividade da fiscalização e mitigar os riscos associados à complexidade dos objetos contratuais.

6.3. Necessidade de segregação de funções

A segregação de funções é um princípio fundamental na fiscalização e na gestão de contratos, pois visa evitar conflitos de interesse e garantir a imparcialidade e a integridade dos processos. No entanto, nem sempre é viável a alocação de diferentes profissionais para funções distintas, especialmente em organizações com recursos limitados.

Solução: implementação de controles internos robustos e de políticas claras de segregação de funções. Isso pode incluir a designação de responsabilidades específicas para diferentes etapas do processo de contratação e a revisão regular das atribuições dos envolvidos, o que garante a transparência e a conformidade com as melhores práticas de governança.

6.4. Aprimoramento dos processos de comunicação e de coordenação

A falta de comunicação eficaz e de coordenação entre os diferentes atores envolvidos na fiscalização e na gestão de contratos pode resultar em falhas na execução, atrasos no cumprimento das obrigações e, até mesmo, em disputas legais.

Solução: estabelecimento de canais de comunicação claros e eficientes entre as partes interessadas, incluídos fiscais de contrato, gestores, fornecedores e setores jurídicos. Além disso, é importante promoverem-se a integração e a colaboração entre os diversos departamentos envolvidos, por meio de reuniões regulares, relatórios de *status* e sistemas de gestão de contratos.

6.5. Implementação de tecnologias e ferramentas de apoio

O uso de tecnologias e de ferramentas de apoio pode facilitar a fiscalização e a gestão de contratos, automatizar processos, fornecer análises de dados em tempo real e melhorar a rastreabilidade das informações.

Solução: investimento em sistemas de gestão de contratos, *softwares* de monitoramento de desempenho e plataformas de colaboração *on line*. Essas ferramentas podem ajudar a simplificar tarefas administrativas, agilizar o fluxo de informações e fornecer *insights* valiosos para a tomada de decisões estratégicas.

7. Conclusão

A fiscalização e a gestão de contratos na administração pública são fundamentais para que a eficiência e a legalidade na execução dos contratos disciplinados na Lei n. 14.133/2021 sejam garantidas. A legislação estabelece diretrizes claras para esse processo, traz requisitos para a designação de fiscais e de gestores de contrato e inclui responsabilidades da alta administração.

No entanto, é importante que os desafios existentes sejam enfrentados, como a capacitação dos fiscais e dos gestores e a complexidade dos objetos contratuais, por meio da adoção de soluções práticas e eficazes. A implementação de boas práticas de fiscalização e de gestão de contratos contribui para o bom uso dos recursos públicos e para o alcance dos objetivos institucionais da administração pública.

Referências

ALVES, Léo da Silva. Gestão e fiscalização de contratos públicos. **Revista do Tribunal de Contas da União**, ano 35, n. 102, Brasília, out-dez de 2004, p. 60-69. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/610/671>. Acesso em 3/9/2024.

BARROS JUNIOR, Carlos S. de. **Contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1986.

CONSELHO FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO (CFA). Manual de Gestão de Contratos. Brasília, 2020. Disponível em: https://cfa.org.br/wp-content/uploads/2020/08/Manual-de-Gestao_web.pdf. Acesso em 3 set de 2024.

FERRAZ, Luciano. Contratos na nova Lei de Licitações e Contratos. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei n. 14.133/2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Contratos administrativos: gestão, teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Licitações públicas e responsabilidade na gestão fiscal. **Revista Consulex**, a. IV, n. 40, out. 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Execução de contratos, governança e fiscalização na nova Lei de Licitações**. Palestra proferida para o Centro de Estudos da PGE de Mato Grosso. 3 jul. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=WKnHSLfpCwU>. Acesso em: 26 maio 2024.

PAIM, Flaviana V. Aspectos gerais da fiscalização de contratos na nova Lei de Licitações. *In: HARGER, Marcelo (coord.). Aspectos polêmicos sobre a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei n. 14.133/2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Gestão dos contratos administrativos – A figura do gestor contratual. Palestra proferida no Painel das Jornadas de Estudos NDJ de Direito Administrativo, realizado em 31 de agosto de 2007, em São Paulo (SP). **Boletim de Licitações e Contratos (BLC)**, jan. 2008.

PÉRCIO, Gabriela Verona. **Os contratos da Lei n. 14.133/2021:** uma análise considerando o contexto de mudanças e a necessidade de avanços. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/os-contratos-da-lei-14-133-2021-uma-analise-considerando-o-contexto-de-mudancas-e-a-necessidade-de-avancos/>. Acesso em: 26 maio 2024.

VIEIRA, Marcos Vinícius Giaretta Dora. A gestão de contratos em face da realidade das unidades administrativas contratantes. **Boletim de Licitações e Contratos** (BLC), jul. 2010.

Obras públicas paralisadas no Brasil: potencialidades da Lei n. 14.133/2021

Wellington Cícero Antunes do Nascimento¹⁵¹

1. Introdução

Como mensurar o custo social¹⁵² de um “eficiente e moderno hospital” que possui apenas paredes e pilares? E o de uma “linda e equipada escola” com fundações estruturais, apenas? Como mensurar o custo social de um viaduto que liga “nada a lugar algum”, por nunca ter sido concluído¹⁵³?

Essas talvez sejam algumas das perguntas mais relevantes quando o assunto é obra pública paralisada ou inacabada¹⁵⁴.

Mais do que paredes que não foram levantadas ou viadutos pelos quais carro algum passou, a paralisação de obras públicas causa um expressivo (e negativo) impacto social que, dificilmente, será possível algum dia mensurar.

À luz dessa triste realidade que ainda insiste em permanecer, este capítulo busca abordar as potencialidades¹⁵⁵ da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA), frente às obras públicas paralisadas no Brasil.

151 Consultor legislativo da Câmara dos Deputados – área VIII – administração pública. Especialista em direito administrativo pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

152 Refiro-me ao impacto social, bem como aos prejuízos que são gerados à população. De forma simples, custo social se refere aos impactos negativos que certas decisões, políticas, ações ou eventos podem ter sobre a sociedade como um todo ou sobre determinados grupos dentro dela.

153 Ver a matéria de Marcelo Gonzatto: “Avaliadas em quase R\$ 1 bilhão, 343 obras com verba federal estão paradas no RS” em <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2023/01/avaliadas-em-quase-r-1-bilhao-343-obras-com-verba-federal-estao-paradas-no-rs-clcl4dc7k00fd0181ub2h-ktzs.html>, acessado em 5/8/2023.

154 A distinção conceitual entre obra paralisada e inacabada se funda, principalmente, na vigência ou não do instrumento que formaliza a avença, vale dizer, uma obra é classificada como paralisada quando o contrato ainda está em vigor e ativo, embora o serviço não esteja em execução; já a obra inacabada ocorre quando o instrumento de contrato já expirou, sem que o serviço tenha sido concluído.

155 Vistas como instrumentos normativos que a nova legislação traz e que podem contribuir efetivamente para o enfrentamento das obras paralisadas no Brasil.

Não serão abordadas neste capítulo possíveis medidas alternativas (extra LLCA) que o poder público poderia adotar no enfrentamento das obras paralisadas, a exemplo das parcerias público-privadas por meio do Programa de Parcerias de Investimentos, ou mesmo as previstas na Medida Provisória n. 1.174/2023, que institui o Pacto Nacional pela Retomada de Obras e de Serviços de Engenharia Destinados à Educação Básica.

Objetiva-se, assim, verificar que avanços a Lei n. 14.133/2021 proporciona, no que concerne ao enfrentamento das obras públicas paralisadas ou inacabadas Brasil afora.

2. Panorama das obras públicas paralisadas no Brasil

A paralisação de obras públicas é um problema antigo e recorrente no Brasil, com implicações profundas tanto para a sociedade quanto para a eficiente gestão dos recursos públicos, e causa desgaste da imagem institucional e da credibilidade estatal.

Segundo diagnóstico do Tribunal de Contas da União (TCU) relativo às obras paralisadas, conforme o último ciclo de acompanhamento de obras financiadas com recursos da União (ano 2022)¹⁵⁶, até abril de 2023, havia 8.603¹⁵⁷ obras paralisadas, em um total de 21.007 obras analisadas¹⁵⁸. Isso significa que 41% das obras financiadas com recursos da União encontram-se paralisadas, com investimentos que superam 32 bilhões de reais.

Conforme se depreende do documento, no diagnóstico realizado em abril de 2018, o percentual de obras paralisadas em relação ao total de obras analisadas era de 37,5%; no diagnóstico de 2020 essa relação foi de 29%; por sua vez, no último diagnóstico, de 2022, essa relação foi de 38,5%¹⁵⁹.

156 Acórdão – 2555-44/2022 – TCU – Plenário.

157 79% desse total são relativos: à educação básica (41,61%), à infraestrutura e mobilidade urbana (21,55%), ao turismo (7,55%), ao saneamento (4,69%) e à saúde (3,69%).

158 Ver a página do Tribunal de Contas da União: “Acompanhamento de obras paralisadas”, em <https://paineis.tcu.gov.br/pub/?workspaceId=8bfbd0cc-f2cd-4e1c-8cde-6abfdffea6a8&reportId=013930b6-b989-41c3-bf00-085dc65109de>, acessado em 5/8/2023.

159 O documento considerou até o final de 2022. Levando-se em conta dos dados atualizados até abril de 2023, o percentual sobe para 41%.

Com isso, tem-se que o tema se mostra atual e ainda mais relevante, pois o resultado dos diagnósticos demonstra que, em cinco anos, não houve avanços significativos no saneamento do problema. Para tal conclusão preliminar, são cristalinos os dados: de 2018 a 2023, tivemos um aumento do percentual de obras paralisadas de 37,5% para 41%.

A paralisação de obras públicas, nota-se, é um problema crônico no cenário brasileiro. E, como tal, deve ser enfrentado com medidas estatais assertivas e intencionais, não com paliativos.

A interrupção de tais obras acarreta impactos significativos que reverberam negativamente na sociedade e no desenvolvimento do país como um todo.

Apenas em um único exemplo, como mensurar o impacto social de óbitos que poderiam ser evitados se houvesse um hospital em pleno funcionamento na localidade em que já deveria estar prestando o serviço essencial de saúde à população?

Obras públicas paralisadas e inacabadas, além de comprometer a disponibilidade de serviços essenciais à população, impedem o acesso da comunidade a melhoras substanciais em sua qualidade de vida e negam-lhe a possibilidade de usufruir de serviços que são cruciais para seu bem-estar.

Ademais, a interrupção das obras desacelera o desenvolvimento econômico, uma vez que a infraestrutura estatal inadequada dificulta a atração de investimentos e a geração de empregos. Portanto, é fundamental que a continuidade e a conclusão desses projetos públicos sejam garantidas para se assegurarem o crescimento sustentável e o bem-estar da população.

2.1. Principais causas que conduzem à paralisação de obras públicas

Retomando-se os dados contidos no documento do TCU, dentre as principais causas que conduzem à ocorrência de obras paralisadas e inacabadas com recursos federais, têm-se (i) deficiência técnica, (ii) deficiências no fluxo orçamentário/financeiro e (iii) abandono das obras pelas empresas contratadas.

O tribunal concluiu que:

o mau planejamento dos empreendimentos é o principal fator de paralisação, tanto para obras de baixo valor, como de alto valor. O mau planejamento foi representado por: projetos básicos deficientes; ausência de contrapartida financeira por estados e municípios e falta de capacidade técnica para execução do empreendimento¹⁶⁰.

À luz desse cenário, e considerando o relevante papel da lei como indutora de transformação social, resta-nos perquirir como a LLCA se apresenta diante desse quadro. Vale dizer: que caminhos podem ser trilhados, em face desses novos contornos legislativos, para enfrentamento das obras paralisadas no Brasil? Vejamos.

3. Potencialidades da nova LLCA no enfrentamento de obras paralisadas¹⁶¹ no Brasil

Diante do que o jogo político (Gomes, 2004) bem como as interações que as forças políticas que compõem o Parlamento permitiram, a Lei n. 14.133/2021 acertou em cheio, no que concerne a potencialidades para enfrentamento das obras paralisadas no Brasil.

3.1. Princípio do planejamento

Se considerarmos que, resumidamente, o mau planejamento foi apontado pelo TCU como a principal causa de paralisação de obras públicas no Brasil, a LLCA foi pródiga nessa temática.

Nos termos do art. 5º da lei, em sua aplicação, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim

¹⁶⁰ Ver em <https://portal.tcu.gov.br/data/files/88/C3/04/9B/A8AA4810B4FE0F-F7E18818A8/021.731-2019-5%20%20VR%20%20acompanhamento%20obras%20paralisadas.pdf>, – itens 7 e 8, acessado em 5/8/2023.

¹⁶¹ Termo usado aqui no sentido amplo, abrangendo tanto as obras paralisadas quanto as inacabadas.

como as disposições do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Apenas para se ter uma noção da *mens legislatoris*¹⁶², enquanto a Lei n. 14.133/2021 cita doze vezes a palavra planejamento, a Lei n. 8.666/1993 cita uma única vez. Já a Lei do Pregão¹⁶³ e a do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)¹⁶⁴ não fazem citação alguma. Ora, isso não pode ser ignorado. É uma demonstração clara da intenção subjacente do legislador por trás da criação da nova lei: o planejamento é a tônica da LLCA.

Nesse sentido, além de inserir o planejamento como princípio expresso balizador de toda a aplicação da lei, a nova LLCA prevê meios pelos quais tal princípio poderá ser implementado. Sob essa ótica, cita-se a previsão acerca do estudo técnico preliminar, documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação. Esse documento deve caracterizar o interesse público envolvido e a sua melhor solução, bem como serve de base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação¹⁶⁵.

Outrossim, o estatuto prevê que a fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do *caput* do art. 12 da lei¹⁶⁶, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias.

Da mesma forma, tal documento deve abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendida, entre outras, a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido¹⁶⁷.

162 O pensamento, a vontade, a intenção, o motivo e o fim que teve o legislador ao formular a lei. Ver em <https://vademeconomia.com.br/palavra/mens-legislatoris>, acessado em 5/8/2023.

163 Lei n. 10.520/2002.

164 Lei n. 12.462/2011.

165 Art. 6º, inciso XX.

166 Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte: [...] VII – a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

167 Art. 18, inciso I.

Ademais, o estudo técnico preliminar deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos, conforme o § 1º do art. 18 da Lei 14.133/2021:

- I – descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;
- II – demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;
- III – requisitos da contratação;
- IV – estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;
- V – levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;
- VI – estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;
- VII – descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;
- VIII – justificativas para o parcelamento ou não da contratação;
- IX – demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;
- X – providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;
- XI – contratações correlatas e/ou interdependentes;
- XII – descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;
- XIII – posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

Dentre os elementos do estudo técnico preliminar, encontram-se providências a serem adotadas pela administração previamente à celebração do contrato, até mesmo quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual.

Quanto a esse aspecto (capacitação de servidores), vale ressaltar os termos do art. 173 da LLCA, segundo o qual os tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução da lei, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas. Destaca-se, nesse ponto, a relevante atuação do Instituto Serzedello Corrêa (ISC), escola de governo vinculada ao TCU, que desenvolve ações educacionais que dão suporte ao atingimento dos objetivos estratégicos de contribuir para o aperfeiçoamento da gestão pública e facilitar o exercício do controle social¹⁶⁸.

Ainda sobre planejamento, conforme visto, a deficiência no fluxo orçamentário e financeiro foi apontada pelo TCU como fator relevante para a paralisação de obras no Brasil. Sobre esse ponto, o art. 150 da Lei n. 14.133/2021 estabelece importante mecanismo ao prever que nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa. Tal disposição apresenta valiosa potencialidade no enfrentamento das obras paralisadas no Brasil, na medida em que reforça o princípio do planejamento¹⁶⁹.

Em conclusão preliminar, o art. 143 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos dispõe que, no caso de controvérsia sobre a execução do objeto, quanto à dimensão, à qualidade e à quantidade, a parcela incontroversa deverá ser liberada no prazo previsto para pagamento. Ademais, esse dispositivo também representa uma potencialidade essencial no que toca ao

168 Ver o “Programa de Capacitação de Servidores Públicos e de Cidadãos, do Tribunal de Contas da União: um exemplo de atuação estratégica das escolas de governo”, em <https://portal.tcu.gov.br/instituto-serzedello-correa/o-instituto/>, acessado em 5/8/2023.

169 Constituição Federal de 88: Art. 167. [...] § 1º Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

planejamento financeiro do parceiro privado, pois assegura a liberação do pagamento quanto à parte da execução sobre a qual não haja controvérsia. Isso evitará que o contratado fique à deriva, sem receber o devido pagamento quanto a um item específico do objeto do contrato sobre o qual não restem dúvidas acerca de sua liquidação.

Adicionalmente, à luz do art. 92, § 5º, da LLCA, nos contratos de obras e serviços de engenharia, a medição será mensal sempre que compatível com o regime de execução. Essa previsão de medição mensal desempenha um papel crucial, pois permite avaliação contínua do progresso, identificação precoce de desvios em relação ao planejado e correções ágeis quando necessárias.

Ao promover uma monitorização mensal, os contratantes têm uma visão precisa do avanço das atividades, o que possibilita uma alocação mais eficiente de recursos e a maior garantia de que o cronograma seja mantido. Além disso, a medição periódica facilita a transparência na relação entre as partes, minimiza disputas futuras e promove uma execução mais eficaz desses projetos de engenharia.

3.2. O princípio do “diálogo”

Os desafios atuais não mais permitem que a administração e o parceiro privado permaneçam em lados opostos da mesa, procurando satisfazer, unicamente, seus próprios interesses. Assim, outra potencialidade normativa relevante da Lei n. 14.133/2021 é a que procura reduzir a distância entre esses atores, chamando-os ao diálogo.

Sem transigir com valores éticos e impessoais que se esperam da atuação estatal, é forçoso admitir-se que não tem mais lugar o expressivo distanciamento, existente em muitos casos, entre a administração e o parceiro privado. E, nesse aspecto, novamente, a LLCA foi precisa, pois previu diversos instrumentos pelos quais fomenta o diálogo como pedra fundamental para o atingimento do interesse público.

3.2.1. Diálogo competitivo

Nessa linha, foi instituído o diálogo competitivo, modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a administração pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos,

com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades. Para se alcançar esse propósito, os licitantes devem apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos¹⁷⁰.

3.2.2. Procedimento de manifestação de interesse

O art. 81 da LLCA, por sua vez, prevê que a administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse¹⁷¹ a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.

O procedimento de manifestação de interesse não é modalidade de licitação. Trata-se de procedimento administrativo de cooperação entre o poder público e o setor privado, com o intuito de fomentar o diálogo entre governo e empresas, com vistas à colaboração destas últimas, à formulação de políticas públicas com diretrizes já estabelecidas pelo Estado e à criação de abordagens inovadoras para questões de interesse público.

Ainda nesse caminho, a lei estabelece que a administração poderá convocar, com antecedência mínima de 8 dias úteis, audiência pública, presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar. Em tal audiência, deverão ser previamente disponibilizadas as informações pertinentes ao provável futuro certame, até mesmo o estudo técnico preliminar e os elementos do edital de licitação, e deverá haver possibilidade de manifestação de todos os interessados.

A administração também poderá submeter a licitação a prévia consulta pública, mediante disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado¹⁷².

170 Art. 6º, inciso XLII.

171 O art. 78 da lei, ao cuidar dos procedimentos auxiliares da licitação, institui o procedimento de manifestação de interesse.

172 Art. 21.

3.2.3. Meios alternativos de prevenção e de resolução de controvérsias

Outra potencialidade da LLCA que também contribuirá para o enfrentamento das obras públicas paralisadas é a expressa previsão acerca da utilização de meios alternativos de prevenção e de resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem¹⁷³.

Sabe-se que os meios alternativos de resolução de conflitos representam uma abordagem valiosa para mitigar a necessidade de judicialização e promover uma resolução mais rápida e eficaz de divergências de interesses. Ademais, a adoção de tais métodos homenageia o princípio da eficiência e do interesse público, na medida em que contribui para que o conflito seja resolvido da maneira mais célere possível.

Conforme previsão do parágrafo único do art. 151 da lei, os meios alternativos de prevenção e de resolução de controvérsias serão aplicados às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Portanto, em consonância com o preceito do parágrafo único do art. 151, os métodos alternativos de prevenção e de solução de controvérsias erigem-se como instrumentos de particular relevância, haja vista sua capacidade de fomentar a celeridade e a eficiência no desate das contendas que surgem durante a execução de contratos administrativos, e conferem uma moldura de maior flexibilidade, harmônica e coesa, frente aos interesses que a administração pública busca atingir.

3.3. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)

Conforme vimos no item 3.1, dentre os princípios que devem ser observados na aplicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, encontram-se o da razoabilidade e o da proporcionalidade, além da necessária observância às normas da LINDB.

¹⁷³ Art. 151.

De forma simples, e tendo em conta o princípio do interesse público, podemos dizer que a razoabilidade e a proporcionalidade exigem que as decisões estatais devem fazer sentido, não podem ser ilógicas, e não devem ser excessivas em relação ao problema que buscam resolver.

Ao ressaltar o aspecto teleológico da ação estatal, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*apud* Di Pietro, 2018, p. 106) ensina que, com o princípio da razoabilidade, busca-se “considerar se determinada decisão, atribuída ao poder público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos”. Nesse caminho, outra potencialidade da LLCA que, se efetivamente aplicada, poderá minimizar o atual quadro de obras paralisadas, é a aplicação de tais princípios em harmonia com os ditames da LINDB, especialmente no que concerne à nulidade dos contratos. Nos termos do art. 147 da LLCA:

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

- I – impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
- II – riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
- III – motivação social e ambiental do contrato;
- IV – custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;
- V – despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;
- VI – despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;
- VII – medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;
- VIII – custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;
- IX – fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;
- X – custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;
- XI – custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Tais disposições, alinhadas ao que se tem chamado de “consequencialismo jurídico¹⁷⁴”, imprimem efetividade ao art. 20 da LINDB, segundo o qual “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. O art. 21, por sua vez, prevê que a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Ora, a aplicação de tais comandos no âmbito dos contratos administrativos exige que, antes de ser determinada a paralisação de uma obra, por exemplo, o administrador leve em conta esses parâmetros, exemplificativamente, indicados pelo art. 147 da LLCA.

Nota-se que devem ser considerados os riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato. Da mesma forma, deve ser levada em conta a motivação social e ambiental do contrato.

O parágrafo único do art. 147 da LLCA, estabelece que:

Art. 147 [...]

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

Por fim, o § 2º do art. 148, prevê que, “ao declarar a nulidade do contrato, a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez”. Nota-se que essa é uma importante “mutação” no âmbito do direito administrativo, com a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão sobre a invalidade do contrato.

174 Ver em https://dej.fgv.br/sites/default/files/arquivos/temas_direito_economia_trabalho_cap5.pdf, acessado em 5/8/2023.

3.4. Sistema informatizado (unificado) de acompanhamento de obras

Nos termos do art. 19, inciso III, da LLCA, os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão “instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo”.

Nesse caso, tal funcionalidade deverá ser oferecida no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado, entre outras finalidades, à divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela nova lei¹⁷⁵.

A implementação de um sistema informatizado (e centralizado) de acompanhamento de obras públicas, complementado por recursos visuais como imagens e vídeos, assume papel de destaque na mitigação dos desafios das obras paralisadas no cenário brasileiro.

Ora, não restam dúvidas acerca dos benefícios que a inovação tecnológica pode oferecer. A primeira e mais evidente vantagem é a transparência aprimorada que um sistema centralizado proporcionará. Ao permitir que todos os atores envolvidos acessem informações atualizadas sobre o progresso das obras, a possibilidade de ambiguidades ou de informações desatualizadas ou desconstradas seria significativamente reduzida.

Além disso, a centralização das informações em um único sistema simplificaria consideravelmente o processo de fiscalização e de controle. Em contraste com a realidade atual de sistemas fragmentados e heterogêneos, em que diferentes obras são acompanhadas por diferentes plataformas, a adoção de um sistema central, ainda que organizado em módulos, permitiria uma visão holística e integrada do *status* de todas as obras em andamento. Isso facilitaria a identificação de padrões, a detecção precoce de problemas e a rápida resposta a desvios do planejado e minimizaria, assim, a probabilidade de paralisações.

Ao se eliminar a redundância de múltiplos sistemas de acompanhamento, a administração pública poderia direcionar recursos para uma fiscalização mais

175 Art. 174 da LLCA.

eficaz, o que garantiria a execução dos projetos conforme o cronograma e a adequada utilização dos recursos.

Ademais, a possibilidade de se capturarem imagens e vídeos em tempo real ou periódico oferecerá uma documentação objetiva do progresso e permitirá a análise mais detalhada das etapas de execução e o registro visual da maioria dos problemas que eventualmente surjam durante a execução.

Em síntese, a adoção de sistema centralizado de acompanhamento de obras públicas, com inclusão de recursos visuais como imagens e vídeos, é um passo fundamental na direção de uma gestão mais eficiente e eficaz. A superação da fragmentação atual e a promoção da transparência, do monitoramento e do controle unificados são elementos-chave na luta contra o grave problema das obras paralisadas e contribuirão assim para a redução das falhas e para um cenário mais promissor ao desenvolvimento das obras públicas no Brasil.

4. Breve nota extra: desafios com a LLCA para o enfrentamento das obras paralisadas no Brasil

Atribui-se a Betinho¹⁷⁶ a frase: “um país não muda pela sua economia, sua política e nem mesmo sua ciência; muda sim pela sua cultura”.

Adotando-se tal afirmação como pano de fundo, parece-nos que o enfrentamento das obras paralisadas no Brasil deve passar, também, pelo enfrentamento de alguns desafios, exemplificativamente, demonstrados a seguir.

4.1. Cultura institucional e mudança de paradigma

A eficaz implementação da Lei n. 14.133/2021 para enfrentar a questão das obras paralisadas no Brasil perpassa pelo desafio inerente à mentalidade arraigada nos processos executados com fundamento nos procedimentos da legislação anterior. Isso se relaciona à cultura institucional estabelecida ao longo de anos, que, normalmente, tende a resistir à mudança, e que pode resultar em dificuldades na adoção plena das novas regras.

¹⁷⁶ Herbert José de Souza, (1935-1997) conhecido como Betinho, foi um sociólogo brasileiro e ativista dos direitos humanos no Brasil. Criou e dedicou-se ao projeto da Ação da Cidadania contra a Fome, a Miséria e Pela Vida. A esse respeito, ver em <https://www.pensador.com/autor/betinho/>, acessado em 5/8/2023.

A Lei n. 8.666/1993 cumpriu seu papel e moldou a maneira como as licitações foram conduzidas ao longo de décadas. Agora, o atual estágio social, econômico e tecnológico exige atualizações nos mais diversos modos do fazer estatal. Grande parte das ferramentas que nos trouxe até aqui pode não ser totalmente suficiente para nos levar ao próximo passo. Inovar se faz necessário.

A resistência à mudança é um desafio significativo a ser superado, pois a novidade legislativa pode parecer, em alguns casos, uma ameaça à sensação de familiaridade e previsibilidade, adquirida ao longo dos anos com o regramento anterior. O temor ao desconhecido, associado às mudanças na regulamentação, pode gerar relutância em se adotarem plenamente os novos procedimentos e pode levar a tentativas de se contornarem ou se minimizarem as mudanças.

Nesse ponto, reitera-se a relevante previsão do art. 173 da nova LLCA acerca da necessidade de capacitação de todos os atores que desempenham funções relacionadas às contratações públicas, por meio de cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos. A necessidade de treinamento e de capacitação dos agentes públicos atuantes nessa seara para lidar com os novos procedimentos e requisitos estabelecidos pela nova lei é um desafio real que precisa ser vencido. Sem isso, a falta de conhecimento sobre as novas regras pode levar a erros e a atrasos que não se coadunam com os princípios que norteiam a própria aplicação da nova legislação.

Portanto, a superação desse desafio é crucial para que os instrumentos da LLCA alcancem plena efetividade no enfrentamento das obras públicas paralisadas no Brasil. Somente com essa mudança de mentalidade é que a lei poderá alcançar seu potencial máximo.

4.1.1. Célere implementação do novo regramento

Da mesma forma, quanto mais célere for a transição para o novo regime, mais efetiva também será sua implementação.

As disposições transitórias desempenham um papel crucial ao garantir a efetivação das mudanças legais sem causar abruptos impactos na sociedade e nas instituições. Ao servir como ponte entre o antigo e o novo ordenamento jurídico, essas cláusulas proporcionam um período de adaptação e de harmonização, o que permite a indivíduos, empresas e setores afetados ajustarem-se gradualmente às novas regras. Isso é essencial para a segurança jurídica e para a continuidade da ação estatal.

No entanto, reitera-se: quanto mais célere for essa transição, mais rápida também será a assimilação acerca da necessidade de se adaptar ao novo. A dualidade de regramentos, embora se mostre necessária durante a transição, não pode se estender para além do estritamente necessário.

A ameaça de uma implementação morosa é um fator preocupante que pode potencializar ainda mais a problemática das obras paralisadas. Por isso, normas que visem estender disposições transitórias, a exemplo da Lei Complementar n. 198/2023, devem ser mantidas no campo da exceção e devem ser utilizadas com cautela.

5. Conclusão

Em suma, e sem pretensão alguma de se esgotar a discussão aqui tratada, a implementação das potencialidades previstas na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos representa uma promissora oportunidade para se reverter o cenário recorrente das obras paralisadas no Brasil. A gestão mais eficiente e transparente fomentada pela LLCA pode criar um ambiente propício para redução dos problemas históricos que assolam os projetos de infraestrutura do país.

Entretanto, é crucial ressaltar-se que a eficácia da nova legislação depende da implementação e da fiscalização efetivas. A colaboração entre os diversos atores envolvidos, incluídos órgãos governamentais, empresas, sociedade civil e instituições fiscalizadoras, é essencial para se assegurar que os princípios e as potencialidades da nova legislação se materializem na prática.

Se os esforços forem concentrados na promoção de uma cultura de responsabilidade, transparência e compromisso com a conclusão das obras públicas, a nova lei de licitações poderá desempenhar um papel decisivo na transformação do cenário das obras paralisadas, impulsionará o desenvolvimento do país e proporcionará benefícios duradouros para toda a sociedade.

Referências

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, estados, Distrito Federal e municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 5 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm. Acesso em: 5 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 5 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.555/2022 – Plenário**. Relator ministro Vital do Rêgo. Sessão de 23 de novembro de 2022. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/88/C3/04/9B/A8AA4810B4FE0FF7E18818A8/021.731-2019-5%20%20VR%20%20acompanhamento%20obras%20paralisadas.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GOMES, Wilson. **Transformações da política na era da comunicação de massa**. São Paulo: Paulus, 2004.

MORENO, Maís. O novo PMI, Procedimento de Manifestação de Interesse. **Consultor Jurídico**, 9 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-09/pmi-procedimento-manifestacao-interesse>. Acesso em: 5 ago. 2023.

O credenciamento na Lei n. 14.133/2021: práticas (no passado) que inspiraram a norma (do presente) e a norma (do presente) que possibilita práticas (no futuro)

Felipe Dalenogare Alves¹⁷⁷

1. Introdução

O presente capítulo tem por objetivo apresentar um estudo analítico do credenciamento, procedimento auxiliar trazido expressamente como norma geral aplicável a todos os entes federativos, pela Lei n. 14.133/2021, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Alves *apud* Busch, 2023)¹⁷⁸.

No decorrer deste texto, serão trabalhados os dispositivos legais referentes ao instrumento, com realização de análise crítica e prática, feita por meio da experiência deste autor com sua operacionalização. Em virtude disso, o estudo aqui apresentado é preponderantemente calcado na interpretação própria do texto legal, bem como nas decisões do Tribunal de Contas da União (TCU).

Neste ensaio, busca-se apresentar ao operador atuante em licitações e contratos aspectos importantes que serviram de base ao trato do credenciamento na Lei n. 14.133/2021, situações às quais o credenciamento era utilizado antes da edição

177 Pós-doutor em direito pela Universidade de Bolonha. Doutor (com bolsa Capes) e mestre em direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em gestão pública municipal pela Universidade Federal de Santa Maria, em direito público pela Universidade Cândido Mendes e em direito administrativo pela Faculdade Dom Alberto. Coordenador do curso de pós-graduação *lato sensu* em licitações e contratos da Escola Mineira de Direito. Pregoeiro formando pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e pelo Departamento de Engenharia e Construção do Exército.

178 Trata-se de estudo aprofundado, atualizado e específico ao credenciamento, desenvolvido a partir dos conceitos iniciais apresentados no artigo “O credenciamento e o Sistema de Registro de Preços como procedimentos auxiliares à racionalização administrativa: um panorama à luz da nova Lei de Licitações e Contratos”, deste autor.

da referida lei, bem como possíveis inovações que poderão resultar da previsão expressa do credenciamento no atual texto legal.

Para tanto, na primeira seção deste capítulo, executa-se uma abordagem acerca do surgimento e da evolução do credenciamento, hipótese ensejadora de contratações por inexigibilidade de licitação, apresentando-se práticas do passado que inspiraram a norma do presente.

Por sua vez, na segunda seção, trabalha-se o credenciamento como procedimento auxiliar na Lei n. 14.133/2021 e sustenta-se o entendimento de que essa é a norma do presente que possibilita práticas futuras, como o estabelecimento de um *e-marketplace* público. Os desafios à regulamentação, à implementação e à operacionalização do credenciamento, principalmente na hipótese de mercados fluidos, são enormes, mas possíveis de serem superados¹⁷⁹.

Ao mesmo passo, os benefícios advindos à administração, quando demonstradas a viabilidade e a vantajosidade de múltiplas contratações, são imensuráveis e possibilitam, além de racionalização administrativa, uma natural qualidade na execução do objeto, principalmente quando a escolha do contratado ocorre por parte do destinatário direto da fruição.

Em sede conclusiva, a inserção do credenciamento na Lei n. 14.133/2021, como norma legal de caráter geral, conferirá maior segurança jurídica e uniformidade à utilização pela administração pública, o que, somado à racionalização procedimental e à eficiência, faz-me defender e incentivar sua utilização.

2. O surgimento e a evolução do credenciamento como hipótese ensejadora de contratações por inexigibilidade de licitação: práticas no passado que inspiraram a norma do presente

O credenciamento, na prática, já era utilizado havia algum tempo pela administração pública, principalmente a federal, nas hipóteses de contratação paralela e

179 Embora o credenciamento esteja regulamentado, no âmbito federal, pelo Decreto n. 11.878/2024, neste capítulo, optamos por fazer um estudo estritamente com base na Lei n. 14.133/2021, a fim de que possa servir não só para a União, mas para estados, Distrito Federal e municípios também.

não excludente, bem como (isolada ou cumulativamente) na hipótese de escolha do contratado por parte de terceiro¹⁸⁰.

Entretanto, não havia previsão expressa do instituto na Lei n. 8.666/1993, e sua utilização fundamentava-se no *caput* de art. 25 como variante da inexigibilidade de licitação, uma vez que se contratavam todos aqueles que preenchessem os requisitos previamente estabelecidos em um edital de chamamento público e que aceitassem o valor (tabelado) pago pela administração ou pelo beneficiário direto da prestação¹⁸¹.

O Tribunal de Contas da União muito foi demandado sobre a juridicidade desse procedimento auxiliar, principalmente no que tange à inexistência de previsão expressa. Sobre o assunto, o Acórdão n. 768/2013 – TCU – Plenário, de 3 de abril de 2013, de relatoria do ministro Marcos Bemquerer, é didático ao expressar que “a despeito da ausência de expressa previsão legal do credenciamento dentre os casos de inexigibilidade de licitação previstos na Lei 8.666/1993, nada impede que a instituição contratante lance mão de tal procedimento”.

Assim, a administração contratava diretamente todos os fornecedores previamente credenciados que atendessem aos requisitos estabelecidos no ato convocatório. O TCU enfatizou que o administrador deveria demonstrar “fundamentalmente, a inviabilidade de competição, a justificativa do preço e a igualdade de oportunidade a todos os que tiverem interesse em fornecer o bem ou serviço desejados” (Brasil, 2013).

Nessa esteira, os primeiros credenciamentos nos quais trabalhamos remontam a meados de 2000, nas contratações de serviços médico-hospitalares, com utilização de recursos do Fundo de Saúde do Exército (FuSEx)¹⁸². Naquela época,

180 Os primeiros credenciamentos utilizados no âmbito do comando do Exército, por exemplo, foram realizados entre o final da década de 1990 e início dos anos 2000, com a contratação paralela e simultânea de profissionais e clínicas de saúde, por inexigibilidade de licitação, baseada no *caput* do art. 25 da Lei n. 8.666/1993, para atendimento aos beneficiários do Fundo de Saúde do Exército (FuSEx), conforme será exposto na sequência deste trabalho.

181 A título exemplificativo, também no âmbito do Exército, o credenciamento já era utilizado antes dos anos 2000, para serviços de assessoramento jurídico prestados diretamente aos membros da corporação (então Ministério do Exército), situação em que a escolha do contratado (e o pagamento) se dava diretamente pelo beneficiário da prestação, mediante consignação, o que também será trabalhado na sequência deste capítulo.

182 Por dever de justiça, é necessário render, ainda que em uma simples nota, uma homenagem ao capitão reformado do Exército, Gilberto Carlos Bervig, que, como assessor jurídico na 3ª Região Militar, em Porto Alegre (RS), no início de 2000, com visão vanguardista, considerando suas décadas de atuação na administração pública, fazia-nos compreender a práxis administrativa do

publicava-se no *Diário Oficial da União* e em jornal de circulação local um edital de chamamento público para todas as especialidades médicas/assistenciais necessárias, o qual continha os requisitos básicos de habilitação (constantes no art. 27 e seguintes da Lei n. 8.666/1993) e o valor tabelado para todos os procedimentos (utilizava-se, na época, a tabela de honorários médicos de 1992, da Associação Médica Brasileira, com fixação do coeficiente de honorários).

Os particulares (pessoais físicas ou jurídicas) interessados compareciam no prazo estipulado no chamamento público, com a documentação de habilitação. Preenchidos os requisitos e assinado o termo de aceite do valor pago pela administração, passava-se à contratação, que decorria de uma inexigibilidade de licitação, diante da inviabilidade de competição (pois todos que preenchessem os requisitos e aceitassem o valor tabelado eram contratados).

Assim, caracterizava-se a natureza de “procedimento auxiliar” conferida ao instituto, uma vez que não se confundia e não podia ser mesclado com nenhuma modalidade de licitação ou com outro procedimento auxiliar, como a pré-qualificação, que era prevista no art. 114 da Lei n. 8.666/1993 (Tribunal de Contas da União, 2013)¹⁸³. Ademais, o procedimento também não era congênere ao contrato, pois a contratação ocorria em momento futuro ao credenciamento. Era, em verdade, um procedimento prévio à contratação, que, como dito anteriormente, ocorria por inexigibilidade de licitação.

O leitor pode se perguntar: por que inexigibilidade? Observe que, quando há contratação simultânea de todos aqueles que preencham os requisitos de habilitação e aceitem o valor prévio, a administração está, faticamente, diante de clara situação de inviabilidade de competição¹⁸⁴.

credenciamento, fundada na inviabilidade fática de competição, não constante no rol do art. 25 da Lei n. 8.666/1993, cujas bases, cerca de 20 anos depois, fundamentariam a norma geral constante no art. 79 da Lei n. 14.133/2021.

183 O TCU, outrora, já enfrentou essa questão, e assentou entendimento de que o credenciamento “configura uma ‘hipótese de inviabilidade de competição decorrente da possibilidade de a Administração contratar empresas ou profissionais de um determinado setor em igualdade de condições, observados os requisitos de qualificação’. Concluiu que ‘a pré-qualificação prevista no artigo 114 da Lei 8666/1993 aplica-se somente à concorrência, modalidade licitatória de maior complexidade’, além do que não cabe a associação de credenciamento com critérios de classificação de propostas por pontuação técnica”.

184 É necessário reforçar que, no credenciamento, não há competição, ou seja, são contratações não excludentes. Sobre esse aspecto, o TCU, no Acórdão n. 408/2012 – Plenário, de 29 de fevereiro de 2012, de relatoria do ministro Valmir Campelo, deixou claro que, quando a Administração lançar mão do credenciamento, “não há concorrência entre os interessados; preenchidos os critérios mínimos estabelecidos no edital, a empresa será credenciada, podendo ser contratada em igualdade

Ao se firmar na própria construção do entendimento do TCU, o Acórdão n. 351/2010 – Plenário, relatado pelo ministro Marcos Bemquerer em 3 de março de 2010, merece destaque. Nessa ocasião o tribunal enfatizou que “embora não esteja previsto nos incisos do art. 25 da Lei 8.666/1993, admite-se o credenciamento como hipótese de inexigibilidade inserida no *caput* do referido dispositivo legal”, porque “a inviabilidade de competição configura-se pelo fato de a administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas, não havendo, portanto, relação de exclusão” (Brasil, 2010).

Desse modo, nos credenciamentos em que atuamos caso surgissem, por exemplo, dez médicos pediatras que atendessem às condições do edital, todos seriam contratados à luz do *caput* do art. 25 da Lei n. 8.666/1993.

A segunda pergunta do leitor poderá ser: como se daria o pagamento? Eis uma das peculiaridades do credenciamento: o pagamento ocorria conforme a demanda.

No exemplo prático dado, quando o usuário (paciente) necessitava do procedimento, pesquisava quais os profissionais credenciados e, dentre eles, escolhia com qual desejaria realizar o procedimento. Realizado este, a administração efetivava o empenho, a liquidação e o pagamento correspondente, com base no contrato gerado previamente por inexigibilidade de licitação.

Ao longo do tempo, o credenciamento passou a ser utilizado para distintas contratações, a exemplo de serviços advocatícios e organização de eventos (contratações paralelas e não excludentes em que o beneficiário e pagador direto é a própria administração), serviços advocatícios para os agentes públicos mediante consignação (beneficiários e pagadores diretos da prestação) e aquisição de passagens aéreas pela administração (mercados fluidos). Algumas dessas situações inspiraram, respectivamente, os incisos I, II e III do art. 79 da Lei n. 14.133/2021.

Como destaque à utilização do credenciamento à contratação de serviços advocatícios, menciona-se o Projeto Jurídico 2.0 do Banco do Brasil, que gerou o processo TC-041.986/2012-1, no TCU, de relatoria do ministro Valmir Campelo, autuado em 2012, com o propósito específico de acompanhar esse modelo

de condições com todas as demais que forem credenciadas. ‘Inexiste, portanto, a possibilidade de escolha de empresas que mais se destaquem dentre os parâmetros fixados pela entidade’”.

de contratação que, na época, era inovador. Dois anos depois, o credenciamento foi aprovado, conforme o Acórdão n. 145/2014 – Plenário, de relatoria desse ministro, julgado em 5 de fevereiro de 2014.

Posteriormente, o TCU deu um passo atrás, a exemplo da decisão proferida no Acórdão n. 3.567/2014 – Plenário, de relatoria do ministro José Múcio Monteiro, proferido em 9 de dezembro de 2014, em que se concedeu medida cautelar *inaudita altera pars* para suspender o processo de credenciamento promovido pelo Banco do Brasil.

Naquela ocasião, resultado dos questionamentos realizados durante os debates, pelo ministro Benjamin Zymler, o tribunal deferiu a medida cautelar e determinou a oitiva dos agentes responsáveis, para que explicassem o motivo de não terem adotado uma das modalidades de licitação previstas em lei, de terem considerado a contratação simultânea de mais de um licitante para o mesmo objeto e de não terem adotado o contrato administrativo previsto na Lei n. 8.666/1993, dentre outros pontos que o TCU havia compreendido como irregularidades no modelo licitatório adotado no Edital 2013/16655, indevidamente classificado como credenciamento (Brasil, 2014).

O passo à frente veio em 18 de março de 2015, quando o TCU, ao proferir o Acórdão n. 532/2015 – Plenário, de relatoria do ministro José Múcio Monteiro, revogou a medida cautelar mencionada e possibilitou a continuidade do processo de credenciamento. Em 2022, assentou-se, definitivamente, sua regularidade, por ocasião do Acórdão n. 533/2022 – Plenário, agora sob relatoria do ministro Antonio Anastasia, ao reconhecer a evolução jurisprudencial referente ao tema (adoção do credenciamento para contratação de serviços advocatícios).

Outra utilização importante do credenciamento se deu pelo Serviço Social do Comércio no Estado de Minas Gerais (Sesc/MG), para contratação de serviços de promoção e organização de eventos em todo o território nacional e internacional. O edital foi objeto de representação perante o TCU, que resultou no Acórdão n. 2.977/2021 – Plenário, de relatoria do ministro Weder de Oliveira, proferido em 8 de dezembro de 2021.

Nesse julgamento, o ministro relator formulou um enunciado global ao credenciamento, consubstanciando que:

O credenciamento é legítimo quando a administração planeja a **realização de múltiplas contratações** de um mesmo tipo de objeto, em determinado período, e demonstra que a opção por dispor da **maior rede possível de fornecedores** para contratação direta, sob **condições uniformes e pré-definidas**, é a única viável ou é mais vantajosa do que as alternativas sob avaliação para atendimento das finalidades almeçadas, tais como licitação única ou múltiplas licitações, **obrigando-se a contratar todos os interessados que satisfaçam os requisitos de habilitação, sem exclusão**, e que venham a ser selecionados segundo procedimento objetivo e impessoal, a serem remunerados na forma estipulada no edital, **aplicável igualmente a todas as contratações**. (grifou-se) (Brasil, 2021)

Os casos citados são apenas alguns que se amoldam à hipótese prevista no art. 79, inciso I, da Lei n. 14.133/2021, ou seja, contratações paralelas e não excludentes, todas fundamentadas, na época, no *caput* do art. 25 da Lei n. 8.666/1993. A seguir, abordaremos o que consideramos ser a primeira análise do TCU, referente à atual previsão do art. 79, inciso II, da nova LLCA, relacionada à seleção a critério de terceiro, caso em que a eleição do contratado é realizada pelo beneficiário direto da prestação.

Essa hipótese, utilizada pelo então Ministério do Exército (atual Comando do Exército)¹⁸⁵ e apreciada pelo TCU em 2002, envolveu o credenciamento de escritórios de advocacia para prestação de assistência jurídica aos militares e aos pensionistas, com pagamento mensal direto aos escritórios por esses agentes, por meio de consignação. Trata-se da Decisão n. 1.364/2002 – Plenário, ocorrida em sessão extraordinária reservada, em 9 de outubro de 2002, ocasião em que o TCU determinou algumas medidas intrinsecamente inspiradoras das normas de credenciamento trazidas na Lei n. 14.133/2021. Essa decisão, claramente, traçou os contornos que, quase vinte anos depois, resultaram no inciso II do *caput* do art. 79 e nos incisos I, III e VI do parágrafo único do mesmo artigo¹⁸⁶.

185 A criação do Ministério da Defesa, que passou a englobar o Comando da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, deu-se com o advento da Lei Complementar n. 97/1999.

186 Essa decisão, provavelmente por ter ocorrido em sessão extraordinária reservada, não é encontrada no repositório de jurisprudência do TCU, e foi citada expressamente no Acórdão n. 1.320/2003 – Segunda Câmara, de 7 de agosto de 2003, relatado pelo ministro Ubiratan Aguiar, que versava sobre credenciamento idêntico, realizado pelo Comando da Aeronáutica. A decisão é parcialmente citada também no Acórdão n. 833/2005-Plenário, de relatoria do ministro Augusto Sherman, de 22 de junho de 2005, que envolve o mesmo objeto, oriundo de credenciamento realizado pelo Comando do Exército.

Dentre as medidas determinadas na decisão, constou que, na hipótese de credenciamento de entidades consignatárias para prestação de serviços de assistência jurídica aos militares ativos e inativos, o Comando do Exército deveria: a) propiciar iguais oportunidades a todos os eventuais interessados na prestação dos serviços, que preenchessem as condições que seriam estabelecidas; b) dar ampla divulgação dos critérios de credenciamento, impessoais e objetivos; c) estabelecer as hipóteses de desc credenciamento, de forma que os credenciados que não estivessem cumprindo as regras e as condições fixadas para o atendimento pudessem ser excluídos do rol de credenciados; d) permitir o credenciamento, a qualquer tempo, de qualquer interessado que preenchesse as condições mínimas exigidas; e) possibilitar que os usuários denunciasses qualquer irregularidade verificada na prestação de serviços e no pagamento; e f) fixar regras que deveriam ser observadas pelos credenciados no atendimento aos usuários (Brasil, 2002).

Outra evolução importante na utilização do credenciamento refere-se à aquisição de passagens aéreas, a qual, a nosso ver, inspirou o inciso III do art. 79, qual seja a hipótese de utilização em mercados fluidos, caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

O tema começou a ser discutido no TCU em 2014, na representação formulada pela Associação Brasileira de Agências de Viagens do Distrito Federal, que gerou o Processo TC 019.819/2014-5, em face do edital de credenciamento n. 01/2014 publicado pelo então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). O edital previa o credenciamento direto das companhias aéreas e a aquisição conforme a cotação para o dia da viagem. Naquele ano, a medida cautelar para suspensão do processo de credenciamento foi denegada. Contudo, em 2015, foi concedida a medida para suspender o edital de credenciamento. Em 19 de julho de 2017, foi proferido o Acórdão n. 1.545/2017 – TCU – Plenário, de relatoria do ministro Aroldo Cedraz, que revogou a medida cautelar anteriormente concedida e julgou improcedente a representação, o que permitiu a compra de passagens aéreas por parte da Administração Pública federal, mediante credenciamento, sem intermediação de agência de viagem.

Dentre as justificativas apresentadas pelo MPOG, estava a inviabilidade de competição entre as agências e as companhias aéreas, além da impossibilidade de realização de licitação pela constante flutuação dos preços. Assim, seriam

credenciadas todas as companhias aéreas interessadas, que preenchessem os requisitos de habilitação, com aquisição direta daquela que ofertasse o menor valor para o trecho, conforme cotação no dia da emissão do bilhete. Essa situação claramente inspirou o inciso III do *caput* do art. 79, bem como o inciso IV do parágrafo único desse artigo.

Com a evolução do instituto, a Lei n. 14.133/2021 passou a prever o credenciamento expressamente, dentre os procedimentos auxiliares, e possibilitou sua utilização nas situações de contratação paralela e não excludente (art. 79, inciso I – a exemplo dos serviços médicos assistenciais, advocatícios e de organização de eventos), com seleção a critério de terceiros (art. 79, inciso II – a exemplo dos serviços advocatícios disponibilizados aos agentes públicos, com pagamento consignado) e em mercados fluidos (art. 79, inciso III – a exemplo da aquisição de passagens aéreas), previsão normativa que possibilitará práticas futuras, objeto de estudo na seção a seguir.

3. O credenciamento como procedimento auxiliar na Lei n. 14.133/2021: a norma do presente que possibilita práticas futuras

A Lei n. 14.133/2021, com *status* de norma geral¹⁸⁷, proveu o credenciamento com tratamento legal próprio, no art. 79, e manteve, em grande parte, os mesmos procedimentos operacionais da práxis anterior, com possibilidades de inovação, que vamos explorar a seguir.

De acordo com esse dispositivo, o credenciamento poderá ser usado nas hipóteses de: **I) contratação paralela e não excludente**, caso em que é viável e vantajosa para a administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas; **II) seleção a critério de terceiros**, situação em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação; e

187 A previsão do credenciamento em norma legal geral é imprescindível para garantir uniformidade mínima do instituto a todos os entes federativos. Essa característica (de norma geral) da Lei n. 14.133/2021 torna-a, conforme aponta Matos (2023, p. 266), um “verdadeiro Código das Contratações Públicas Brasileiras”, na medida em que promove “alterações na realidade das contratações públicas em todo o país, incrementando a eficiência, a transparência, a lisura e a inovação nos procedimentos das licitações e contratos, mediante comandos a serem observados no âmbito das distintas esferas federativas”.

III) mercados fluidos, caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

As duas primeiras hipóteses amoldam-se ao que já era executado majoritariamente em termos de credenciamento. A terceira surge com grande potencial de racionalização administrativa e, no decorrer desta seção, merecerá maior abordagem. Os procedimentos do credenciamento devem ser definidos em regulamento, o qual deve observar parâmetros mínimos, como os descritos a seguir.

A administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente destes

O credenciamento exige chamamento público, sob pena de nulidade (Tribunal de Contas da União, 2013)¹⁸⁸.

À luz da Lei n. 14.133/2021, esse chamamento não mais poderá ter prazo determinado para que os interessados manifestem interesse em se credenciar (janela de credenciamento) e deve permanecer constantemente disponível a novos interessados.

Antes dessa previsão legal expressa, o TCU admitia a janela, ainda que excepcionalmente e de modo justificado, quando imprescindível às atividades operacionais e à racionalização administrativa. No Acórdão n. 436/2020 – Plenário, de relatoria do ministro Raimundo Carreiro, julgado em 4 de março de 2020, o tribunal fixou entendimento de que “na elaboração dos avisos de credenciamento, a escolha do prazo entre a publicação do edital e a entrega dos documentos deve guiar-se pelo interesse público e pelo princípio da razoabilidade”. Assim, destacou ser possível a janela, desde que o administrador leve em consideração “as peculiaridades do objeto, a urgência da contratação, a extensão da documentação a ser apresentada e, ainda, a necessidade de atrair número de interessados que represente o universo do mercado”.

188 O TCU entende que o credenciamento “é ato administrativo de chamamento público de prestadores de serviços que satisfaçam determinados requisitos, constituindo etapa prévia à contratação, devendo-se oferecer a todos igual oportunidade de se credenciar”.

Algumas questões e demandas surgirão, como, por exemplo: qual o prazo de validade do edital de credenciamento? É possível publicá-lo e utilizá-lo como ato convocatório por tempo indeterminado? Por um, dois, três, quatro ou cinco anos? Entendemos que é possível a adoção de prazo indeterminado para o edital de chamamento público para credenciamento, a exemplo do que já adotava a Advocacia-Geral da União, no âmbito federal, à luz da Lei n. 8.666/1993, pois não houve mudanças nesse ponto (Advocacia-Geral da União, 2017).

Caso decida rever eventual cláusula do edital que incida diretamente nas novas contratações, a administração deverá, necessariamente, rever os contratos celebrados com todos os credenciados até a data da alteração (considerando o mesmo objeto)? Entendemos que são possíveis, mesmo que o edital possua prazo indeterminado, eventuais alterações em suas cláusulas. Nessa ocasião, aqueles já credenciados deverão ser notificados para que, se não concordarem, manifestem seu interesse em se descredenciar (denúncia) (Advocacia-Geral da União, 2017)¹⁸⁹.

Tendo em vista que o credenciamento deverá estar permanentemente aberto para ingresso de novos interessados, outra dúvida poderá surgir: como aplicar o reajustamento, utilizando-se de índices setoriais, de forma que não se descaracterize a contratação paralela e não excludente, que pressupõe a prática de preço padronizado entre todos os credenciados? Uma alternativa possível é a utilizada no âmbito dos credenciamentos utilizados pelo Fundo de Saúde do Exército, em que os valores atualizados anualmente não se dão sobre o contrato, mas sobre a tabela de referência de valores anexa ao edital de credenciamento.

Desse modo, anualmente, promove-se a atualização do valor tabelado (que a administração se propõe a pagar), utilizando-se o IPCA, que não descaracteriza a inviabilidade de competição (o que passaria a ocorrer se existissem credenciados, para o mesmo objeto, recebendo valores diferentes).

É inegável que se exigirá, também, constante dispêndio de recursos humanos e materiais à formalização permanente de novos contratos (muitas vezes com centenas de termos contratuais em diferentes datas). Uma alternativa é a compreensão adotada pela Advocacia-Geral da União de que o contrato não será, efetivamente, um contrato de serviços contínuos, mas um instrumento equivalente, como o

189 Esse também é o entendimento da AGU, no âmbito federal.

termo de credenciamento, com as obrigações das partes, e que, a cada demanda, será efetivamente gerada a contratação por meio da nota de empenho (Advocacia-Geral da União, 2017).

Essas são algumas alternativas a auxiliar na extinção da janela de credenciamento promovida pelo legislador da Lei n. 14.133/2021 e que poderão ser utilizadas para que se possa trazer racionalização e otimização ao exercício da função administrativa.

Na hipótese de contratações paralelas e não excludentes, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda

Nesse caso, entendemos ser possível que o edital de credenciamento estabeleça critérios como sorteio, escala e até escolha por parte de terceiro¹⁹⁰. Enquanto os dois primeiros parâmetros podem ser utilizados para distribuição da demanda a peritos, leiloeiros¹⁹¹, árbitros¹⁹² ou intérpretes, que ocorre sem escolha do beneficiário da prestação, o último pode ser utilizado para serviços médicos/assistenciais (escolha, dentre os médicos credenciados, pelo paciente), para defesas judiciais custeadas pelo Estado (escolha, dentre os advogados credenciados, pelo réu) ou até para serviços de hospedagem (escolha, dentre os hotéis credenciados, pelo hóspede).

A distribuição da demanda, conforme escolha do beneficiário direto da prestação, levanta questionamentos, principalmente por constituir parâmetro subjetivo. No entanto, defendemos ser parâmetro subjetivo para o beneficiário e critério objetivo para o prestador, na medida em que é previamente estipulado no edital de chamamento público e que, ao aceitar e contratar com a Administração, o credenciado possui conhecimento prévio da forma estipulada.

190 Nesta hipótese, na qual ocorre a utilização combinada dos incisos I e II do art. 79 da Lei n. 14.133/2021, deve haver fixação, no ato convocatório, de que a demanda será distribuída conforme a escolha dos beneficiários diretos.

191 A própria Lei n. 14.133/2021, no art. 31, § 1º, prevê a possibilidade expressa da adoção do credenciamento para contratação de leiloeiros oficiais.

192 Entendemos ser possível a utilização do credenciamento para contratação de árbitros. Esse entendimento também é corroborado por Gofman, Guimarães e Kammers (2023, p. 98), bem como por Oliveira (2021, p. 353).

Quando a escolha se dá por parte do beneficiário direto, há, conseqüentemente, melhor otimização da qualidade do serviço prestado, sem qualquer prejuízo aos cofres públicos, pois o valor é padronizado. Também é atendida a igualdade de oportunidade a todos os credenciados, pois qualquer um terá a possibilidade de ser escolhido pelo beneficiário.

Como exemplo, imagine que determinado município do interior do estado tenha credenciado dez hotéis localizados na capital, para hospedagem de seus servidores, todos com o mesmo valor de diária. Obviamente alguns credenciados se destacarão na prestação do serviço, com melhor qualidade dos apartamentos ou do café da manhã, por exemplo, o que fará, conseqüentemente, que sejam frequentemente eleitos pelos beneficiários, enquanto outros credenciados não.

Assim, entendemos ser possível o ato convocatório estabelecer, como critério objetivo, que a escolha do prestador seja feita pelo beneficiário, quando a fruição do objeto ocorrer por parte deste, mesmo nas situações de contratação paralela e não excludente paga pela administração.

Eventual direcionamento, por parte dos agentes públicos responsáveis pela distribuição, que configure conduta dolosa com objetivo de enriquecimento ilícito, como o recebimento de comissão ou valores, afronta a isonomia e a igualdade de oportunidades. Isso configura ato de improbidade administrativa, previsto no art. 9º da Lei n. 8.429/1992, e deve ser coibido pela administração.

Em 28 de agosto de 2023, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI n. 6.313, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, ajuizada pela Associação Nacional dos Fabricantes de Placas de Identificação Veicular (ANFAPV), entendeu pela possibilidade de utilização do credenciamento para fabricação e estampagem de placas de identificação veicular, cuja eleição do respectivo prestador se dará pelo proprietário do veículo, que escolherá em qual credenciado instalará a placa. Isso corrobora a possibilidade de escolha por parte do beneficiário direto da prestação.

O edital de chamamento dos interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas situações de contratação paralela e não excludente ou por escolha de terceiro, deverá definir o valor da contratação

Por ser hipótese de inviabilidade de competição, todos os credenciados deverão estar em igualdade de condições nos parâmetros contratuais e no valor a ser pago¹⁹³, e não é possível estabelecerem-se diferenciações entre esses, sob pena de afronta aos princípios da isonomia e da licitação, porque, em caso de diferenciação no valor a ser pago (isto é, se os interessados puderem apresentar preços diferentes) ou nos parâmetros contratuais, haverá viabilidade de competição, o que ensejará a licitação. Jamais se deve perder de vista que o credenciamento é hipótese de inexigibilidade de licitação (art. 74, inciso IV, da Lei n. 14.133/2021) e, nessas duas situações, serão contratados todos que aceitem os requisitos estabelecidos pela administração e o valor por ela estipulado.

Por conseguinte, entendemos que o reequilíbrio econômico-financeiro ordinário, em contrato oriundo de credenciamento, também deve abarcar todos os contratados em mesma situação, e não é possível tratar credenciados para um mesmo objeto de modo diferenciado, com reajustes e repactuações diferentes (pois se estará diante de uma possibilidade de competição).

A título de exemplo, imagine a seguinte situação: a administração credencia dois pediatras, os quais preencheram os requisitos previamente fixados e aceitaram o valor oferecido, de R\$ 200,00 por consulta. Decorrido um ano, o médico A requereu repactuação do preço, mediante demonstração analítica da variação dos custos, ao passo que o médico B nada pediu e continua prestando o mesmo serviço pelo mesmo valor. Nesse exemplo, caso a administração defira a repactuação ao médico A, sem conferi-la também ao médico B, da mesma categoria, deixam de existir os próprios motivos determinantes do credenciamento (inviabilidade de competição), porque todos aceitaram o valor inicialmente pago pela administração.

Na hipótese de mercados fluidos, a administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação

193 O TCU, ao proferir o Acórdão n. 351/2010 – Plenário, em 3 de março de 2010, de relatoria do ministro Marcos Bemquerer Costa, em análise do credenciamento, afirmou que “para a regularidade da contratação direta, é indispensável a garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a administração, pelo preço por ela definido”.

Essa hipótese é inovadora e constitui-se um desafio tanto à sua regulamentação, quanto à sua operacionalização.

Inicialmente, vislumbramos as situações que já ocorriam na prática administrativa, principalmente aquelas referentes às aquisições de passagens aéreas, como expostas na primeira seção de desenvolvimento deste capítulo. Nessa hipótese, a administração credenciaria previamente as companhias aéreas e, no dia de aquisição do bilhete, realizaria a cotação em todas as credenciadas, para efetivar a aquisição diretamente com aquela que apresentasse o menor preço.

O TCU, como demonstrado anteriormente, chancelou essa prática, principalmente em duas ocasiões, e estabeleceu que “é regular a aquisição, mediante credenciamento, de passagens aéreas em linhas regulares domésticas, sem a intermediação de agência de viagem, por ser inviável a competição entre as companhias aéreas e entre estas e as agências de viagem” (Tribunal de Contas da União, 2017, 2021).

Visualizamos, com base no art. 79, inciso III, a possibilidade de credenciamento para aquisição de combustível, gás de cozinha, materiais de construção, gêneros alimentícios, dentre outros objetos em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação, ainda que seja por registro de preços.

Em uma versão arcaica, imagine o leitor um município com cinco postos de combustíveis. A administração realiza um chamamento público para credenciar todos os postos que preencham os requisitos estabelecidos. Os interessados comparecem, atendem às exigências e são credenciados. No dia da necessidade do abastecimento, a administração cota o valor do combustível, registra o preço de todos, para fins comprobatórios, e abastece naquele que apresentou o menor preço no dia.

A partir desse exemplo, uma pergunta poderá surgir: como fazer a operacionalização dessa cotação se há grande quantidade de credenciados? Por intermédio de prancheta? Telefone? *E-mail*? Como resposta, surge a expectativa de um *e-marketplace* público.

Haveria a necessidade de se implementar uma plataforma, no próprio Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) ou a ele integrada, consistente em um mercado digital, no qual esses credenciados seriam demandados da necessidade de aquisição administrativa, em determinada data, e a administração teria o preço desses fornecedores.

Esse é o caminho também apontado por Fortini e Amorim (2023, p. 137), ao sustentarem que “o PNCP poderá, como previsto no § 3º do art. 174 da lei, ainda contemplar outras funcionalidades e, com o seu desenvolvimento tecnológico, impulsionar verdadeira disrupção com a implementação definitiva do *e-marketplace*”, o que possibilitaria sua utilização no credenciamento.

O *e-marketplace* consistiria verdadeira arena de compras (pela administração) e vendas (pelos credenciados). Veja que não há qualquer afronta ao princípio da competitividade, uma vez que o credenciamento deverá se encontrar constantemente aberto a novos interessados e, em concreto, a administração adquirirá o objeto pelo menor preço, pois todos os credenciados terão oportunidade de ofertar seus bens e os respectivos preços, que ficariam registrados no momento do evento. A contratação resultante se daria por inexigibilidade de licitação, com fundamento específico no art. 74, inciso IV, da Lei n. 14.133/2021.

Nóbrega e Torres (2021, p. 9) chegam a indagar: “Se os cidadãos e as empresas encontraram no campo virtual um ambiente propício para suas transações, o que impede que a administração pública adote esse *locus* para ao menos parte de suas contratações?”. Os autores apontam que:

A implementação de plataformas eletrônicas para as relações estabelecidas entre a Administração Pública e os administrados (*E-Government*) pode trazer vantagens para o processo de contratação pública, entre elas: maior eficiência, redução de custos e economia; economia de tempo; melhor comunicação entre governos com empresas e cidadãos; acesso *on line* de serviços; transparência e menos burocracia. Com o uso de plataformas as trocas entre fornecedores e os órgãos e entidades públicas podem ser facilitadas, com a exponencial redução de custos transacionais e consequente ampliação a competitividade. Além disso, elas podem facilitar a comunicação entre os órgãos públicos e as empresas, fomentando um mercado mais aberto. (Nóbrega; Torres, 2021, p. 10)

Nas situações de mercado fluido, com estabelecimento desse *e-marketplace*, vislumbra-se a possibilidade da utilização do credenciamento para diversas situações que envolvem flutuação constante de preços. Isso torna tal instrumento uma ferramenta mais eficiente que a modelagem licitatória tradicional (Nóbrega; Torres, 2021, p. 9).

Não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da administração

O credenciamento e o contrato decorrente têm caráter *intuitu personae*, pois, dentre os requisitos exigidos pela administração, está a capacidade técnica do profissional (pessoa física) ou do quadro profissional (pessoa jurídica). Portanto, qualquer alteração, sem as devidas apreciação e autorização administrativas, poderá comprometer os requisitos que se prestaram ao credenciamento do contratado.

Será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital

Assim como já ocorria anteriormente, a partir do momento em que o credenciamento não se tornar vantajoso para o credenciado ou se tornar desnecessário à administração, é possível a denúncia, desde que respeitado o prazo de aviso prévio previsto no edital.

Não se pode confundir a denúncia com eventual rescisão contratual por inadimplemento do contratado. A denúncia por parte da administração ocorrerá por desnecessidade do objeto e, nessa situação específica, recairá sobre todos os credenciados. Caso algum credenciado descumpra cláusula contratual, deverá ser operada a extinção do contrato pela rescisão, sempre com concessão de ampla defesa e contraditório, e, por consequência, o descredenciamento.

Essas são as principais disposições presentes na Lei n. 14.133/2021 (norma do presente), inspiradas em práticas (no passado), que possibilitam utilizações inovadoras (no futuro), com crescente emprego para variados objetos, o que dependerá da disposição do administrador (e também das empresas estatais) (Tribunal de Contas da União, 2022)¹⁹⁴ e do caráter (restritivo ou ampliativo) a ser conferido ao credenciamento pelos órgãos de controle.

194 A título ilustrativo, o TCU entendeu que, embora a Lei n. 14.133/2021 não tenha aplicabilidade específica às empresas estatais, poderá, por ser norma geral, ser utilizada subsidiariamente àquilo sobre o que não houver disposição especial na Lei n. 13.303/2016. Assim, fixou entendimento no sentido de que “é possível a utilização pelas empresas estatais, por analogia, da hipótese de credenciamento prevista no art. 79, inciso II, da Lei n. 14.133/2021 visando à contratação de serviço de gerenciamento e fornecimento de vales alimentação e refeição, em substituição à licitação com critério de julgamento pelo menor preço, inviabilizada para esse tipo de contratação”.

4. Conclusão

A inserção expressa do credenciamento como procedimento auxiliar surge para otimizar a atuação administrativa e decorre de práticas que, ao longo do tempo, foram implementadas pela administração pública, especialmente no âmbito federal, e apreciadas pelo Tribunal de Contas da União.

Embora fosse utilizado anteriormente como espécie de inexigibilidade de licitação não prevista expressamente no art. 25 da Lei n. 8.666/1993, o credenciamento não contava com previsão expressa em norma legal de caráter geral. A inserção na Lei n. 14.133/2021 possibilita sua utilização com maior segurança e uniformização por toda a administração pública.

Mesmo que contemple, essencialmente, a roupagem que já era pragmatizada no que se refere às contratações paralelas e não excludentes ou por escolha de terceiro, a Lei n. 14.133/2021 é audaciosa ao permitir a utilização do credenciamento para contratações e aquisições em mercados fluidos, ou seja, aqueles em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação, dentre os quais exemplificamos o combustível, o gás de cozinha, materiais de construção e gêneros alimentícios.

A norma atual possibilita que, cada vez mais, sejam implementadas práticas inovadoras, como a utilização de *e-marketplace*, no qual os credenciados possam manter seus preços constantemente atualizados e a administração possa contratá-los pelo preço do dia, a exemplo dos objetos descritos no parágrafo anterior.

Embora este capítulo não tenha tido a pretensão de esgotar o tema, apresentou importantes conceitos e entendimentos que servirão de aporte para colaborar com a compreensão do credenciamento não só por um viés teórico, mas também prático, indispensável àqueles que irão operá-lo no cotidiano administrativo brasileiro.

Referências

ALVES, Felipe Dalenogare. O credenciamento e o Sistema de Registro de Preços como procedimentos auxiliares à racionalização administrativa: um panorama à luz da nova Lei de Licitações e Contratos. *In*: BUSCH, Eduardo Vieira (coord.). **Nova Lei de Licitações e Contratos**: aspectos relevantes da Lei n. 14.133/2021. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilada.htm. Acesso em: 5 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm. Acesso em: 5 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 5 nov. 2023.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer n. 0003/2017/CNU/CGU/AGU**, do dr. Ronny Charles Lopes de Torres, emitido em 11 de abril de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 6.313**. Relator ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 28 de agosto de 2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1.320/2003 – Plenário**. Relator ministro Ubiratan Aguiar. Julgamento em 7 de agosto de 2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 833/2005 – Plenário**. Relator ministro Augusto Sherman. Julgamento em 22 de junho de 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 351/2010 – Plenário**. Relator ministro Marcos Bemquerer. Julgamento em 3 de março de 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 408/2012 – Plenário**. Relator ministro Valmir Campelo. Julgamento em 29 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 141/2013 – Plenário.**
Relator ministro Walton Alencar Rodrigues. Julgamento em 6 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 768/2013 – Plenário.**
Relator ministro Marcos Bemquerer. Julgamento em 3 de abril de 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1.150/2013 – Plenário.**
Relator ministro Aroldo Cedraz. Julgamento em 15 de maio de 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 145/2014 – -Plenário.**
Relator ministro Valmir Campelo. Julgamento em 5 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 3.567/2014 – Plenário.**
Relator ministro José Múcio Monteiro. Julgamento em 9 de dezembro de 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 532/2015 – Plenário.**
Relator ministro José Múcio Monteiro. Julgamento em 18 de março de 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1.545/2017 – Plenário.**
Relator ministro Aroldo Cedraz. Julgamento em 19 de julho de 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 436/2020 – Plenário.**
Relator ministro Raimundo Carreiro. Julgamento em 4 de março de 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1.094/2021 – Plenário.**
Relator ministro Weder de Oliveira. Julgamento em 12 de maio de 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2.977/2021 – Plenário.**
Relator ministro Weder de Oliveira. Julgamento em 8 de dezembro de 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 533/2022 – Plenário.**
Relator ministro Antonio Anastasia. Julgamento em 16 de março de 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 5.495/2022 – Segunda Câmara.** Relator ministro Bruno Dantas. Julgamento em 13 de setembro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão n. 1.364/2002 – Plenário.**
Julgamento em 9 de outubro de 2002 (Sessão extraordinária reservada).

FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael Amorim de. Novo olhar para as contratações públicas: precedentes e perspectivas da Lei n. 14.133/2021. *In*: MATOS, Marilene Carneiro; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de. **Nova lei de licitações e contratos** – Lei n. 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios. Brasília: Edições Câmara, 2023.

GOFMAN, Bruno; GUIMARÃES, Edgar; KAMMERS, Paulo. Meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias positivados na Lei n. 14.133/2021. *In*: MATOS, Marilene Carneiro; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de. **Nova lei de licitações e contratos** – Lei n. 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios. Brasília: Edições Câmara, 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**: comparada e comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MATOS, Marilene Carneiro. Impactos da nova lei de licitações e contratos nos municípios brasileiros. *In*: MATOS, Marilene Carneiro; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de. **Nova lei de licitações e contratos** – Lei n. 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios. Brasília: Edições Câmara, 2023.

NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. **A nova lei de licitações, credenciamento e e-marketplace**: o *turning point* da inovação nas compras públicas, 2021. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2021/01/A-nova-lei-de-licitacoes-credenciamento-e-e-marketplace-o-turning-point-da-inovacao-nas-compras-publicas.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2023.

Contratações por inexigibilidade de licitação – um panorama traçado à luz da Lei n. 14.133/2021

Fabiane Aragão Dourado¹⁹⁵

1. Introdução

A licitação é preceito que visa, além da isonomia e da busca de vantajosidade para a administração pública, transparência, efetividade e promoção do desenvolvimento econômico nacional. A aquisição de bens e a contratação de serviços pela administração pública devem ser integralmente previstas e determinadas pela lei em observância ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Portanto, o presente trabalho se concentra em elucidar a temática acerca da inexigibilidade de licitação, modo de contratação utilizado nos casos em que o objeto é caracterizado como inviável ou impossível para competição.

Nesses lindes, o estudo em tela objetiva esclarecer o que vem a ser a inexigibilidade de licitação, como e quando deve ser empregada e enumerar as situações cabíveis de aplicação. Para tanto, inicia-se o trabalho com abordagem clara e precisa do princípio da obrigatoriedade de licitar e dos pressupostos da licitação, com vistas a entender as razões que levam à inviabilidade ou impossibilidade de competição.

Em seguida, o trabalho trata das hipóteses cabíveis de inexigibilidade de licitação, com enfoque nas questões quanto à necessidade ou não de se comprovar a singularidade do objeto, tendo em vista que essa foi uma alteração significativa trazida pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA). Sem delongas, discorre sobre os requisitos necessários à instrução processual de um processo de contratação direta por inexigibilidade de licitação, de forma

195 Diretora da Central de Compras, da Câmara dos Deputados. Mestre em administração pela Universidade de Brasília. Especialista em direito administrativo pela Universidade Gama Filho. Especialista em orçamento público pelo Instituto Legislativo Brasileiro. Ex-auditara federal de Controle Interno.

a apoiar o gestor na seara prática da condução de um processo dessa senda. Conclui-se, por fim, com o compêndio de alterações trazido pela LLCA.

2. Obrigatoriedade de licitar e pressupostos da licitação

A obrigatoriedade de licitar é princípio constitucional estampado no art. 37, XXI, da Constituição Federal, aplicável a todo ente da Administração Pública direta ou indireta, ressalvados os casos especificados na legislação. Dessarte, todo contrato de obra, de serviço, de compras e alienações, bem como de concessão e de permissão de serviços públicos deve ser precedido de um procedimento licitatório. Como se pode notar, a Carta Magna deixou expressa a obrigatoriedade de a administração licitar, não obstante também preveja, por exceção, ressalvas legais à regra geral de licitar.

Nessa toada, a lei pode estipular hipóteses em que o gestor prescindia da seleção formal e realize a “contratação direta”, por dispensa ou inexigibilidade de licitação, observados o respectivo fundamento legal e o princípio da motivação, considerando as razões de direito que levaram a administração a proceder daquele modo.

A contratação pública sem licitação, fora das excepcionalidades legais, é conduta tipificada como crime, conforme o art. 337-E da nova LLCA. Consoante preconiza o referido artigo, define-se como contratação direta ilegal admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei, com pena de reclusão de quatro a oito anos e multa.

A despeito da formalidade e da obrigatoriedade do processo licitatório, em consonância com o que afirma o ilustríssimo Celso Antônio Bandeira de Mello (2009), a licitação não é um fim em si mesmo. Marçal Justen Filho (2016, p. 90), igualmente, diz que “A licitação é um instrumento apropriado para o atingimento de certas finalidades. O mero cumprimento das formalidades licitatórias não satisfaz, de modo automático, os interesses protegidos pelo Direito”. Sem embargo, para ser realizada, a licitação deve cumprir pressupostos lógicos, fáticos e jurídicos. Em suma, sem o pressuposto lógico, a licitação é impossível; sem o pressuposto fático, a licitação é inviável; e sem o pressuposto jurídico, a licitação é proibida (Martins, 2022).

O **pressuposto lógico** exige a possibilidade de uma competição. Essa só é possível quando houver uma pluralidade de objetos e de fornecedores e prestadores de serviço. Se o objeto for ou vier a ser singular ou se apenas existir um ofertante ou um prestador, há impossibilidade lógica de se realizar o certame (Martins, 2022). Portanto, diante da inexistência de concorrência e variedade de objetos a serem ofertados, a realização de licitação não tem razão de ocorrer.

O **pressuposto fático** exige a viabilidade de uma competição, que só é viável quando, além de ser logicamente possível, houver mais de um interessado (Mello, 2009). Diante da ausência de concorrentes, não há como se realizar a licitação. Percebe-se que esse é o pressuposto para que a licitação tenha um vencedor, não para que seja realizada. Não basta existir opções de fornecedores, é imperativo que haja ânimo de participar do processo.

Quando se trata do **pressuposto jurídico**, tem-se que, embora muitas vezes haja possibilidade lógica e fática de se realizar o certame, o ordenamento jurídico veda essa realização. Em suma, é quando, em face do caso concreto, a licitação não possa se constituir em meio apto, ao menos em tese, para a administração acudir ao interesse que deve prover. Assim, nas hipóteses em que a realização da licitação não se mostra juridicamente viável, a própria lei permite ao administrador deixar de realizá-la, levando-se às hipóteses legais de contratações diretas.

Nessa linha, o ordenamento jurídico brasileiro e a doutrina chamam de “inexigibilidade de licitação” a impossibilidade, a inviabilidade e a proibição de licitar, conforme o caso (Martins, 2022).

3. Contratação direta

Como esposado, conquanto a regra geral seja a licitação, há duas exceções legais que permitem a contratação pública sem processo licitatório. O art. 72 da Lei n. 14.133/2021 permite, como regra de exceção, a contratação direta mediante processos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, nos moldes previstos respectivamente nos arts. 74 e 75 da LLCA.

A inexigibilidade de licitação caracteriza-se pela inviabilidade de competição, por faltar um dos pressupostos à licitação. Noutras palavras, há casos em que materialmente não é possível selecionar-se uma proposta a partir da competição

entre os licitantes. Assim, nesses casos, previstos nos incisos I a V do art. 74 em rol exemplificativo, a administração pública poderá proceder à contratação direta.

Na dispensa de licitação, embora seja possível materialmente a competição entre os licitantes, a norma jurídica permite ao administrador, nos casos expressamente previstos em lei, avaliar discricionariamente, segundo a conveniência e a oportunidade da administração pública, se realiza ou não o certame licitatório. Os critérios que permitem a discricionariedade na dispensa de licitação pela autoridade competente estão exaustivamente relacionados no art. 75 da nova LLCA, e não é possível a inclusão de outros parâmetros, a não ser por meio de outro ato normativo primário.

4. Hipóteses de inexigibilidade de licitação

A Lei n. 14.133/2021, no art. 74, ao alargar as hipóteses previstas na Lei n. 8.666/1993, elenca um rol não exaustivo de cinco hipóteses de inexigibilidade de licitação.

4.1. Produtor, empresa ou representante comercial exclusivos

O inciso I do art. 74 da nova lei refere-se a uma hipótese de falta de pressuposto lógico. Se só existe um fornecedor/prestador, a competição é impossível e, pois, a licitação é inexigível. Nesse caso, apenas será válida a contratação direta de um fornecedor ou prestador exclusivo se o bem ou o serviço for, de fato, definido por critérios objetivos, não por mera conveniência ou oportunidade. A decisão de contratação por inexigibilidade de licitação será vinculada, tendo em vista haver apenas um fornecedor/prestador apto a atender à finalidade administrativa, a realizar o interesse público.

Por certo, não é suficiente a mera declaração que afirme a exclusividade. Nessa linha, o § 1º do art. 74, com redação atual mais aberta em relação à da Lei n. 8.666/1993, alarga as possibilidades de comprovação da exclusividade, que se pode dar por atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro meio idôneo, que deve ser analisado no caso concreto ou de acordo com a regulamentação interna de cada organização.

Nessa linha, a descrição exagerada do objeto pode afastar ilicitamente o pressuposto lógico, ou seja, o detalhamento excessivo da especificação técnica pode levar à prejudicialidade do certame. Entende-se que a especificidade requerida deve ser na medida para a justa satisfação da necessidade administrativa.

Outrossim, a Lei n. 14.133/2021, apesar de vedar a preferência de marca, explicitou as referidas exceções no art. 41, I, ante a evidente necessidade de padronização e de compatibilização a plataformas e a padrões já adotados pela administração, em prol da economicidade e da eficiência.

4.2. Contratação de artista

O inciso II do art. 74 da nova LLCA refere-se, igualmente, a outra hipótese de falta de pressuposto lógico, qual seja, quando da contratação de artista. Segundo Martins, Viguetti e Barbosa (2018), “tanto é singular o fornecimento de uma pintura ou de uma escultura, como a execução de uma apresentação musical. A atividade artística é singularizada pelo estilo ou cunho pessoal do artista”. Postulam os autores que, em razão disso, não há parâmetros objetivos para se compararem produtos ou serviços culturais. Nessa linha, se a competição é impossível, a licitação é inexigível.

A lei impõe o cumprimento de certos critérios para a pretendida contratação de artista, quais sejam: 1) o profissional ser de qualquer setor artístico; 2) poder ser contratado diretamente ou através de empresário exclusivo; e 3) dever ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Ao referir-se a “profissional do setor artístico”, o legislador assim entende atores, cantores, dançarinos, pintores, escultores, entre outros, desde que consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública. É relevante que faça parte da instrução processual a comprovação da fama e da notoriedade, com a devida demonstração de participação em eventos famosos, premiações, reportagens e notícias veiculadas na televisão, rádio, jornais, revistas, entre outros meios de comunicação (Sabino, 2021).

Ainda como requisito, a Lei n. 14.133/2021 dedicou o § 2º do art. 74 para definir o que considera “empresário exclusivo”, e salientou que o contrato, a declaração, a carta ou outro documento deve atestar a exclusividade permanente e contínua de representação, no país ou em estado específico, do profissional do setor artístico. Em vista disso, não se pode referir a empresário com representação restrita

a evento ou a local específico. Tal entendimento vai ao encontro de julgado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão n. 4714/2018-Segunda Câmara, em que pese não se relacionar diretamente à nova LLCA, conforme segue:

Na contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade de licitação, a apresentação de atestado de exclusividade restrito ao dia e à localidade do evento, em vez do contrato de exclusividade entre o artista e o empresário contratado, caracteriza grave infração à norma legal, [...] haja vista que o contrato de exclusividade é imprescindível para caracterizar a inviabilidade de competição de que trata o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993. (BRASIL, 2018)

Ao se referir a “empresário exclusivo”, entende-se que o comando legal pretende afastar a intervenção de intermediário não necessário para a formalização do ajuste.

4.3. Serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e notória especialização

A redação do art. 74, III, da nova lei, informa ser inexigível a licitação nos casos de contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização. Igualmente ao disposto no referido dispositivo, os incisos XVIII e XIX do art. 6º conceituam o que vêm a ser tais serviços e notória especialização, conforme segue:

XVIII – serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: aqueles realizados em trabalhos relativos a:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias e consultorias técnicas e auditorias financeiras e tributárias;
- d) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
- h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição deste inciso;

XIX – notória especialização: qualidade de profissional ou de empresa cujo conceito, no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permite inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato;

Como premissa, para que haja licitação, o pressuposto fático exige a viabilidade de uma competição, que só é viável quando, além de ser logicamente possível, houver mais de um interessado (Mello, 2009). À primeira vista, uma interpretação literal do dispositivo legal pode levar à compreensão de que a Lei n. 14.133/2021 autoriza a contratação direta por inexigibilidade de qualquer um dos serviços indicados nas alíneas do inciso III do art. 74, desde que o contratado seja profissional ou empresa de notória especialização. No entanto, consoante expõem Sampaio e Guimarães (2022), ainda que a Lei n. 14.133/2021 não tenha estabelecido textualmente exigência nesse sentido, entende-se que a contratação direta por inexigibilidade de licitação com fundamento no inciso III do art. 74 somente se justificará se o objeto, além de envolver a execução de serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual, apresentar natureza singular, ou seja, revelar-se excepcional, incomum ao cotidiano administrativo, diferente de outros similares a ponto de ser considerado peculiar, motivo pelo qual sua contratação requer a seleção de profissional ou empresa de notória especialização.

Essa posição, entende-se, coaduna-se com a própria Lei n. 14.133/2021 que estabelece, no art. 36, § 1º, inciso I, que, para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado. Portanto, o simples fato de o objeto pretendido envolver a execução de serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual, dentre os descritos nas alíneas do inciso III do art. 74, não torna inviável a competição. Ainda de acordo com Sampaio e Guimarães (2022), o que torna inviável a competição é a inexistência de critérios objetivos para o desenvolvimento da licitação e essa condição somente se forma quando o serviço pretendido apresentar natureza singular. Alargando-se a referida interpretação, ainda se entende por inviável a competição quando o serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual vier a se tornar singular em razão de quem o executa, em razão de sua própria notória especialização.

4.3.1. Mas, afinal, é necessário comprovar a singularidade do objeto?

A escolha entre os notoriamente especializados configura típica competência discricionária e assenta-se em critérios subjetivos do agente competente sobre a melhor forma de realizar o interesse público (Martins; Viguetti; Barbosa, 2018). Tal entendimento encontra amparo no recente Acórdão n. 1.397/2022, do Plenário do TCU, segundo o qual nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede a contratação direta. A inexigibilidade, amparada nesse dispositivo legal, decorre da impossibilidade de se fixarem critérios objetivos de julgamento.

Em pese o julgado não se referir diretamente à Lei n. 14.133/2021, não obstante a literalidade do inciso III do art. 74 dessa lei, e não tendo mencionado expressamente a singularidade como requisito para a contratação direta de serviços, parece evidente que tal requisito subsiste. Nesse sentido, cabe reforçar, na esteira do que expõe Miranda (2021), que “a inexigibilidade de licitação é determinada, *a priori*, pela especificidade (ou singularidade) do objeto da contratação, que impõe que sua execução seja realizada por um profissional de notória especialização”. Assim, continua o professor, “é a singularidade do objeto que determina a sua realização por alguém que detenha notória especialização, e não o contrário”, o que espelha a orientação consagrada nos âmbitos da doutrina e da jurisprudência.

No entanto, o entendimento exarado no Parecer n. 00001/2023/CNLCA/CGU/AGU, acerca da desnecessidade da singularidade para contratação, do inciso III do art. 74 da Lei n. 14.133/2021, afastando-se da corrente que pugna pela comprovação da singularidade do objeto, na linha do que preconiza o professor Jacoby Fernandes (2021), afirma que o que tornará a licitação inexigível é a comprovação de que há maior grau de confiança no prestador dos serviços a ponto de se entender que nenhum outro, mesmo aqueles também detentores de notória especialização, poderia suprir a necessidade da administração pública.

Nesses lindes, o referido parecer postula que a comprovação da singularidade do serviço, sob a égide da Lei n. 14.133/2021, não é mais exigível. Em seu

lugar, imputa-se ao gestor público o dever de motivar sua decisão na comprovação da confiança que tem no prestador de serviço por ele escolhido.

Entretanto, não basta demonstrar que os serviços sejam técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e que o profissional ou a empresa a serem contratados possuam notória especialização. Há que se comprovar sempre o cumprimento do requisito geral que permite a contratação direta por inexigibilidade de licitação, qual seja, a inviabilidade de competição (Advocacia-Geral da União, 2023).

Conforme explica o § 4º do art. 74 da LLCAs, caso a administração contrate um profissional notoriamente especializado, este não pode subcontratar um terceiro, não notoriamente especializado, para prestar o serviço. Seria óbvia fraude à lei de licitação, pois, se o serviço pudesse ser prestado pelo terceiro, não seria o caso de inexigibilidade.

Finalmente, o legislador repisou, no inciso III do art. 74, a proibição que já constava no inciso II do art. 25 da Lei n. 8.666/1993 em que é vedada a inexigibilidade para contratação de serviços de publicidade e divulgação. A contratação desses serviços é disciplinada especificamente pela Lei n. 12.232/2010, não revogada pela Lei n. 14.133/2021.

4.4. Credenciamento

O credenciamento já era bastante realizado antes do advento da Lei n. 14.133/2021 como hipótese de inexigibilidade. Em síntese, de acordo com a definição insculpida no art. 6º, inciso XLIII, da nova lei, o credenciamento é o

[...] processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados. (Brasil, 2021)

Dessa forma, esse instituto se dá quando o benefício ofertado pela administração é estendido a todos que cumpram os requisitos previamente estabelecidos. Se é estendido a todos, não há competição nem julgamento, e a hipótese de licitação é impossível por falta de pressuposto lógico (Niebuhr, 2015).

Diferentemente das demais hipóteses de falta de pressuposto lógico, o credenciamento não decorre de fornecedor ou objeto exclusivo, mas sim da contratação de todos os habilitados.

Apesar de prever, corretamente, o credenciamento como hipótese de inexigibilidade de licitação, o inciso I do art. 78 da Lei n. 14.133/2021 considera-o também um “procedimento auxiliar de licitações e contratações”. Já o art. 79 o disciplina e prevê a aplicação do instituto a três hipóteses: contratação paralela e não excludente (inciso I); seleção a critério de terceiros (inciso II); mercados fluidos (inciso III).

Quanto à primeira hipótese, não há relação de exclusão e só haverá inexigibilidade de licitação se a administração contratar todos os interessados que se habilitarem, em condições padronizadas, e nos mesmos termos, para os mesmos serviços e pela mesma remuneração. Se a administração fizer alguma diferenciação, a ponto de estabelecer uma vantagem para algum ou alguns em relação a outro, descaracteriza-se a inexigibilidade. No que toca à segunda hipótese, não descaracteriza o credenciamento a possibilidade de o beneficiário direto da prestação do serviço escolher quem pretende contratar entre os cadastrados. Nesse caso, não é a administração que escolhe um em detrimento dos outros, mas os administrados. Quanto à terceira hipótese, presta-se o credenciamento para atendimento de pretensões contratuais relacionadas ao que se denominou de “mercados fluidos”, na contratação de objetos em mercados nos quais há enorme flutuação de preços, como passagens aéreas e combustíveis, por exemplo.

4.5. Aquisição ou locação de imóveis

O art. 51 da Lei n. 14.133/2021 estabelece que a locação de imóveis “deverá ser precedida de licitação e avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações e do prazo de amortização dos investimentos necessários”, e ressalva, para tanto, o disposto no inciso V do *caput* do art. 74 da referida lei.

Na Lei n. 8.666/1993, a aquisição ou a locação de imóveis era prevista como hipótese de dispensa de licitação (inciso X do art. 24). Deveras, como dito por Sundfeld, “se as especificidades de certo imóvel é que conduzem à sua escolha, a licitação é inviável, pois outros imóveis não a terão; logo, o caso é de inexigibilidade” (Sundfeld, 2015, p. 44). Dessarte, quando só um imóvel atende às necessidades da administração, entende-se, há evidente singularidade do objeto

e, pois, falta de pressuposto lógico para licitar. Do contrário, se houver mais de um imóvel que atenda às necessidades da administração, a licitação se impõe.

Salienta-se, por fim, a relevância da motivação quanto à unicidade do imóvel para a realização da contratação direta por inexigibilidade, tendo a nova LLCA, no § 5º do art. 74, trazido vários condicionantes: 1) avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos; 2) certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto; e 3) justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser locado pela administração e que evidenciem vantagem para ela.

Vistas as hipóteses aplicáveis à inexigibilidade de licitação, passa-se à seara de instrução do processo.

5. Processo formal de contratação por inexigibilidade de licitação

As hipóteses de inexigibilidade de licitação, por certo, não dispensam a formalização e a instrução de processo administrativo com observância de vários requisitos legais. Por se tratar de contratação com esteio na hipótese autorizativa do art. 74 da Lei n. 14.133/2021, a inexigibilidade submete-se aos requisitos elencados no art. 72 do mesmo diploma legal. As razões de convicção do agente público devem ser apontadas nos autos do processo, de forma a bem motivar o ato administrativo e justificar o interesse público.

Dessa maneira, as principais exigências, segundo o art. 72, serão apresentadas a seguir.

5.1. Documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo (art. 72, inciso I)

Esse inciso se refere à fase inicial e preparatória do processo de contratação direta. Nesse momento da instrução processual, pode não haver, sequer, uma definição quanto à hipótese ou não de licitar. Tal conclusão, em regra, será obtida ao se concluir o estudo técnico preliminar (ETP).

O documento de formalização de demanda, obrigatório, explícita e caracteriza a necessidade da contratação e é responsável por fundamentar a elaboração do plano de contratações anual, além de inaugurar o processo de contratação. Ato contínuo, incorpora-se o ETP, cujos objetivos são demonstrar a real necessidade da contratação, analisar a viabilidade técnica e econômica de implementá-la, bem como instruir o arcabouço básico para elaboração do termo de referência ou do projeto básico, e será elaborado nos termos do § 1º do art. 18.

Não obstante, quando o art. 72, ao se referir ao estudo técnico preliminar, emprega a expressão “se for o caso”, do que é possível entender que nem todo processo de contratação direta necessitará de um ETP, em relação às inexigibilidades, entende-se pela impossibilidade de se dispensar o estudo, a fim de restar, de fato, configurada a inviabilidade de competição no caso concreto, ou se será o caso de se licitar. Em específico, o próprio ETP indicará o meio pelo qual se dará a contratação, diante das peculiaridades de determinado serviço, para garantir os resultados almejados.

5.2. Estimativa de despesa (art. 72, inciso II)

Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 23 da nova LLCA trazem um regramento bastante apurado sobre a estimativa de despesa, a qual pode ser entendida pela busca do valor aproximado a ser despendido em uma determinada contratação, além de indicar os parâmetros para se comprovar a conformidade dos preços praticados nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa de licitação.

Em especial, relativamente às inexigibilidades, o § 4º do art. 23 diz que, quando não for possível estimar o valor do objeto, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, mediante apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até um ano anterior à data da contratação pela administração, ou por outro meio idôneo. Isto é, deve-se comprovar a adequação dos preços contratados levando-se em conta os valores praticados pela empresa em outros contratos por ela mantidos¹⁹⁶.

Quanto à referência a outro meio idôneo, pode-se fazer uso de norma infralegal para viabilizar ao gestor meios de fundamentar a pesquisa e a justificativa dos preços apresentados com outros parâmetros possíveis.

196 Acórdão n. 2.993/2018 – TCU – Plenário.

Por fim, consoante a IN SEGES/ME n. 65/2021, veda-se a contratação direta por inexigibilidade caso a justificativa de preços demonstre a possibilidade de competição.

5.3. Parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso (art. 72, inciso III)

Em síntese, o § 4º do art. 53 da Lei n. 14.133/2021 enuncia que o órgão de assessoramento jurídico da administração realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas. No entanto, conforme o § 5º do mesmo artigo:

[...] é dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico. (Brasil, 2021)

Dessa forma, entende-se que a aplicação da expressão “se for o caso” dependerá da governança interna de cada órgão ou entidade quanto à necessidade de elaboração de parecer jurídico ou técnico, a depender do caso concreto. Nessa linha, pode-se seguir entendimento materializado na ON AGU n. 69/2021, segundo a qual não é obrigatória a manifestação jurídica nas contratações diretas fundadas no art. 74, da Lei n. 14.133/2021, desde que seus valores não ultrapassem os limites previstos nos incisos I e II do art. 75, da Lei n. 14.133/2021.

5.4. Comprovação dos requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária e razão da escolha do contratado (art. 72, incisos V e VI)

De acordo com Sundfeld, a fase de habilitação nas licitações, também chamada de qualificação, é destinada a se apurar se os proponentes atendem às condições necessárias à participação no certame. O art. 62 da nova LLCA indica o rol de documentos hábeis a comprovar a habilitação dos licitantes e que poderão ser exigidos como suficientes e necessários para se demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da contratação. São documentos de comprovação das habilitações jurídica, técnica, fiscal, social e trabalhista, e econômico-financeira.

Em que pese Sundfeld (2015) não diferenciar o termo “habilitação” de “qualificação”, trata-se de exigências diferentes quando se concebe que a habilitação se refere às formalidades legais, ao passo que a qualificação se evidencia pelas condições referentes à formação profissional, experiência, *expertise*, singularidade, exclusividade de alguém ou de uma empresa, sugeridas para o exercício de determinado serviço ou fornecimento de certo bem. Nessa linha, conforme leciona Fabrício Motta (2021), na inexigibilidade o gestor tem o dever de declinar as razões técnicas em virtude das quais o contratado foi eleito.

A decisão pela escolha de um indivíduo ou empresa deve ser justificada de modo racional e satisfatório, tomando em vista, até mesmo, a evidência de ser essa a solução mais apropriada no caso concreto. Essa justificativa, em certo aspecto, é pautada pelo próprio enquadramento legal da inexigibilidade. Nos casos de inviabilidade de competição por prestador notoriamente especializado, dentro de uma pluralidade de sujeitos em condições idênticas de contratação, deverá a administração pública analisar os fatores em razão de atributos subjetivos e de confiança do futuro contratado (Fernandes; Ulisses; Fernandes, 2021). Isso posto, para seleção do contratado, é basilar não apenas amparar a existência das condições para a ausência de certame licitatório, como também fundamentar a escolha da pessoa física ou jurídica a ser contratada.

5.5. Justificativa de preço (art. 72, inciso VII)

A Lei n. 14.133/2021 trata, separadamente, a pesquisa de preços e a justificativa do preço e as considera institutos distintos. Entende-se que a primeira pode ser definida como o meio pelo qual a administração aufere os preços que embasarão o valor estimado da contratação, servindo-se dos parâmetros indicados no § 1º do art. 23. Já a justificativa do preço refere-se ao crivo da administração ao realizar a contratação por determinado valor com esteio na coexistência da pesquisa de preços realizada, nas especificidades do objeto a ser contratado, considerando o caso concreto. Trata-se de análise crítica que servirá como parâmetro à motivação do ato administrativo e que leva em consideração os princípios da economicidade e de razoabilidade.

Especificamente nas inexigibilidades, em razão da ausência das formalidades de um processo licitatório competitivo, faz-se imprescindível que o preço seja justificado, a fim de que a administração não realize contratações que estejam discrepantes em relação ao que se pratica no mercado. Quando se trata da hi-

pótese de fornecedor exclusivo, por exemplo, não há que se falar em estimativa formal de despesa, mas, apenas, de se justificar o preço da contratação, na linha do que preconiza o § 4º, do art. 23, ora analisado.

Quando se trata de inexigibilidade, com esteio no art. 74, inciso III, hipótese que não decorre da ausência de outros possíveis competidores, mas da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento, entende-se ser possível, para tais casos, admitir-se pesquisa com a finalidade de parametrizar a análise de razoabilidade da contratação que será feita pelo gestor competente e orientar a elaboração da justificativa da contratação, sem o objetivo, portanto, de se definir quem será o contratado. Nesse caso, o juízo do gestor não pode dar-se em razão do preço praticado por um, em detrimento do outro, haja vista que tais serviços, como dito, não podem ser comparados objetivamente entre si, caso claro que distingue a estimativa da despesa da justificativa do preço. A estimativa será um dos meios de justificar a contratação (Torres, 2021).

Em suma, vistos aludidos requisitos, quanto às demais condições de instrução processual previstos no art. 72, tais se explicam pela literalidade do texto legal.

6. Conclusão

Ao se acarear a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos com a legislação anterior, percebe-se que o moderno diploma legal traz diversas inovações legislativas não contempladas no contexto legal antecedente. As hipóteses de aplicação são tratadas no art. 74 da Lei n. 14.133/2021, em cinco incisos, tendo como novidades o credenciamento e a locação ou aquisição de imóveis. Ressalta-se, no inciso I, a menção expressa às hipóteses de serviços que podem ser contratados por inexigibilidade, rol não previsto no art. 25 da revogada Lei n. 8.666/1993.

Houve um incremento nas opções de demonstração de exclusividade em casos de fornecedor exclusivo. Nas contratações de artistas, a novidade ficou por conta da imposição e da definição do que seja empresário exclusivo. E no que toca à notória especialização, houve supressão da necessidade da demonstração da singularidade, controvérsia tratada no bojo deste estudo, tendo havido entendimento recente de que se prescinde de tal comprovação em casos de contratações de serviços técnicos especializados predominantemente intelectuais.

De mais a mais, a inexigibilidade, apesar de ser um procedimento de exceção, é célere, eficiente e segura, desde que obedecidos os pressupostos e condições apresentados e o rigor processual, além do dever de se atentar aos entendimentos que vêm sendo consolidados pela doutrina e pela jurisprudência a partir da nova lei.

Referências

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Orientação normativa AGU n. 69, de 13 de setembro de 2021**. Brasília: Advocacia-Geral da União, Consultoria-Geral da União, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/onsagu#:~:text=Orienta%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%2069%2F2021&text=APLICA%2DSE%20O%20MESMO%20ENTENDIMENTO,LEI%20N%C2%BA%2014.133%2C%20DE%202021>. Acesso em: 12 abr. 2024.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Parecer n. 00001/2023/CNLCA/CGU/AGU, de 2 de outubro de 2023**. Brasília: Advocacia-Geral da União, Consultoria-Geral da União, 2023. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2023/10/PARECER-n.-00001-2023-CNLCA-CGU-AGU-RT.-74-III.-INEXIGIBILIDADE-DE-LICITACAO.-REQUISITOS.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, [2024]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-norma-pl.html>. Acesso em: 11 abr. 2024.

BRASIL. **Decreto n. 10.947, de 25 de janeiro de 2022**. Dispõe sobre Plano de Contratações Anual. Inciso IV do art. 2º. Brasília, [2024]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2022/decreto-10947-25-janeiro-2022-792254-norma-pe.html>. Acesso em: 11 abr. 2024.

BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, ano 159, n. 61-F, seção 1, p. 1-23, 1º abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2.993/2018 – Plenário.**

Relator ministro Bruno Dantas. Sessão de 12 de dezembro de 2018.

Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2993%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 4.714/2018 –**

Segunda Câmara. Relator ministro Marcos Bemquerer. Sessão de 12 de junho de 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada*/KEY%253AJURISPRUDENCIA-SELEZIONADA-58502%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1.341/2022 – Segunda**

Câmara. Relator ministro Augusto Nardes. Sessão de 29 de março de 2022. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1341%2520ANOACORDAO%253A2022%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2m ara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 12 abr. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Licitações e contratos**

administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FENILI, Renato; ACHE, Andrea. **A Lei de Licitações e Contratos:** visão sistêmica. São Paulo: Format, 2022.

FERNANDES, Ana Luiza; ULISSES, Jorge; FERNANDES, Murilo Jacoby.

Contratação direta sem licitação na nova de Lei de Licitações: Lei n. 14.133/2021. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos**

Administrativos. 17. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GUIMARÃES, Edgar; SAMPAIO, Ricardo. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**: aspectos jurídicos à luz da Lei n. 14.133/2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MARTINS, R. M. Inexigibilidade de licitação à luz da Lei 14.133/2021. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI)**. São Paulo, v. 5, n. 19, p. 23-43, out./dez. 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MARTINS, Silva Portes Rocha; VIGUETTI, Sarah Carolina Zanetti e; BARBOSA, Felipe José Ansaloni. Contratação de artistas por inexigibilidade: cautelas, pressupostos legais e últimos julgados do TCU. **Coluna Jurídica JML**, 2 mar. 2018. Disponível em: https://portal.jmlgrupo.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=176. Acesso em: 10 abr. 2024.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Licitações e contratos administrativos**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 4. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SABINO, Jamilson Lisboa. **Contratação direta**: inexigibilidade e dispensa na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 12. ed., São Paulo: JusPodivm, 2021.

A dispensa por baixo valor à luz dos *standards* da Lei n. 14.133/2021

Marilene Carneiro Matos¹⁹⁷

Leonardo César de Carvalho Ladeira¹⁹⁸

1. Introdução

A licitação constitui procedimento administrativo de natureza instrumental, vocacionado a concretizar valores republicanos prestigiados na ordem constitucional, tais como a isonomia, a impessoalidade a eficiência e a moralidade. A obrigatoriedade da realização de licitação como pressuposto geral das contratações de obras, serviços, compras e alienações pelo poder público advém do disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal (CF), que ressalva as hipóteses de contratações diretas, a serem previstas em lei.

Em determinadas circunstâncias, a contratação sem prévio certame licitatório constitui a melhor forma de atendimento ao interesse público, daí a lógica do permissivo constitucional, que remete ao legislador ordinário a incumbência de estabelecer as hipóteses de contratações diretas, gênero que abrange as espécies inexigibilidade e dispensa de licitação, ora tratadas na recente Lei n. 14.133/2021 (LLCA), arts. 74 e 75.

Entendendo-se a licitação como mecanismo realizador de princípios de índole constitucional, a contratação direta indevida, prevista no art. 73 da norma, é considerada prática ilícita que sujeita tanto o contratante quanto o agente público à responsabilidade solidária por eventuais danos causados ao erário, na hipótese de dolo, de fraude ou de erro grosseiro, sem prejuízo de outras sanções legais pertinentes. Tal conduta ilícita pode ser praticada de várias maneiras, como forma de fuga do procedimento

197 Advogada; professora de direito administrativo e constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Extensão; palestrante; membro do Instituto de Direito Administrativo Sancionador; membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB-SP; mestre e doutora em direito público; diretora de comunicação da associação dos ex-alunos da Unb – Alumni Direito Unb; servidora do quadro efetivo da Câmara dos Deputados; autora de livros e artigos jurídicos.

198 Leonardo Ladeira, CEO do Portal de Compras Públicas.

licitatório. Uma das situações mais comuns é o fracionamento ilegal da contratação, consistente no fatiamento de um dado objeto contratual em diversas “parcelas” que caibam dentro dos limites estabelecidos em lei para contratação por dispensa por baixo valor (Tribunal de Contas da União, 2023)¹⁹⁹.

Embora a ocorrência do ilícito não constitua raridade na realidade da administração pública brasileira, os episódios nem sempre decorrem de má-fé, mas de desconhecimento ou de má interpretação de normas. Assim, o fracionamento indevido de despesas tem sido objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca de sua conformação. Diversos entendimentos foram firmados ao pálio da revogada Lei n. 8666/1993. À vista disso, o objeto do presente trabalho é a configuração de dito ato ilícito, ante as novas disposições da Lei n. 14.133/2021, cuja compreensão da lógica subjacente faz-se imprescindível à correta aplicação da regra.

2. Dos *standards* inovadores da Lei n. 14.133/2021

2.1 Da governança das contratações

A despeito de a Lei n. 14.133/2021 ser considerada por alguns “mais do mesmo”, vez que compilou, em seu texto, dispositivos de leis até então vigentes, de normativos infralegais e de jurisprudência do TCU, os pressupostos das contratações públicas sofreram considerável modificação em termos estruturais. Atualmente, existem exigências relativas à governança, ao planejamento, à profissionalização dos agentes envolvidos, à virtualização dos procedimentos, dentre vários outros aspectos, que constituem meios de concretização dos objetivos do novo regramento.

As estruturas concernentes à governança das contratações constituem mecanismo ao incremento do *value for money* e contribuem, até mesmo, para a melhora da economia nacional, como demonstram os trabalhos de consagradas

199 O documento “Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU”, do Tribunal de Contas da União, define o fracionamento da seguinte forma: “[...] o fracionamento de despesas, que ocorre quando são realizadas, no mesmo exercício, mais de uma dispensa enquadrada nos incisos supracitados, com objetos da mesma natureza, e que somadas ultrapassam os limites estabelecidos”.

instituições, como o Banco Mundial, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Federação Internacional dos Contadores, o *Governance Accountability Office*, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e o Tribunal de Contas da União (Fortini; Amorim, 2023).

Nessa linha, vislumbra-se da LLCA especial atenção aos elementos passíveis de influir, de forma decisiva, no alcance dos objetivos institucionais de cada ente e órgão administrativo, qual seja a estrutura organizacional, de recursos humanos, de processos de trabalho, de planejamento, de recursos de tecnologia da informação e de comunicação e das práticas de gestão de riscos e de controle interno. Trata-se de verdadeira mudança de paradigma concebida pelo legislador no novo diploma das contratações públicas, em relação à disciplina da Lei n. 8.666/1993, cujo foco normativo se direcionava a estabelecer regras atinentes ao processo da fase externa das contratações.

Relacionada com as exigências de estruturas de governança e de planejamento, a nova LLCA estabelece os objetivos primordiais, constantes do art. 11, a serem atingidos com o procedimento licitatório:

- I – assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a administração pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
- II – assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
- III – evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;
- IV – incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

É sob tal viés que devem ser pensadas as normas dispostas no diploma legal, uma vez que o objetivo legislativo, com a instituição da obrigatoria governança das contratações e com a instituição de objetivos do procedimento licitatório, guarda complementaridade de sentido e se espraia como espírito animador em todos os artigos, incisos, alíneas e parágrafos da Lei n. 14.133/2021.

2.2 Do novo tratamento da vigência contratual

Conquanto possa parecer ponto singelo, o prazo de duração dos contratos reveste-se de singular importância para a atividade administrativa, como defende Ferraz Jr. (1998, p. 139-144), vez que se insere “dentro do chamado

âmbito de validade das normas”, considerada cláusula contratual espécie do gênero regra jurídica. No mesmo sentido, diz Heinen (2023, p. 847) que “o prazo dos contratos é um elemento importante, tanto que objeto da regulação de quase uma dezena de artigos (art. 105 a 114 da Lei n. 14.133/2021)”.

O art. 57 da Lei n. 8.666/1993 vinculava o tempo de duração dos contratos administrativos à vigência dos créditos orçamentários, como regra geral, que coincide com o exercício financeiro. Tal regra configurava importante limitador prático e temporal, ao impor o dia 31 de dezembro como limite máximo de duração dos contratos administrativos. A relação entre o prazo de vigência dos contratos e a anualidade orçamentária tinha base, de acordo com Pereira (2009), em tradição jurídico-constitucional que se relacionava à supervisão exercida pelo Poder Legislativo sobre a gestão das finanças públicas. Com base nesse princípio, no que diz respeito aos contratos administrativos, era estabelecido um período que permitia o controle da execução das despesas autorizadas de forma a se alinhar harmoniosamente com o período correspondente de arrecadação e de contabilização, além da tradição estabelecida da periodicidade anual para as atividades legislativas.

Entretanto, a despeito das justificativas de índole prática e política para a regra da anualidade da duração dos contratos administrativos, a complexidade da realidade administrativa demandava soluções diferenciadas em alguns casos. Nesse sentido, diz Ferraz Jr. (1998) que:

[...] o exercício da atividade administrativa, pelo curso natural da vida, não começa e se extingue por compassos regulares de um ano solar nem mesmo resolve necessidades que se enquadrem *sponte propria* nas necessidades de controle anual pelo Legislativo. Aliás, nem mesmo este evita que, por convocação, seja obrigado a exercer suas funções por períodos extraordinários. O que se quer dizer é que, em suma, o tempo normativo não é equivalente ao tempo fático e se aquele pode dobrar-se a periodicidades abstratamente demarcadas (anos, meses, dias, horas, minutos, segundos), a vida é um contínuo de fatalidades indeterminadas.

Quint (2021, p. 47) é também crítico ao tratamento da duração contratual estabelecido na norma anterior, o qual na sua visão constituía fonte de “entranhe e confusão desnecessários na execução dos contratos”, bem como de “problemas graves de ordem prática, com potencial risco de crime de responsabilidade fis-

cal, caso não houvesse fiscalização adequada por parte das autoridades administrativas”.

De igual modo, acerca dos problemas causados com a conexão legal da vigência contratual ao exercício financeiro, Niebuhr (2013, p. 766) aduzia que:

A propósito, a inconveniência da regra entabulada no *caput* do art. 57 da Lei n. 8.666/1993 é que, em regra, o prazo de execução de todos os contratos firmados não deve ir para além de 31 de dezembro. Isso faz com que o prazo de execução de muitos contratos encerre-se na mesma data, 31 de dezembro, e que a administração precise dar início a novo contrato também na mesma data, 1º de janeiro. Pode-se pressupor, até por aqueles pouco habituados à realidade da administração pública, que o fim do ano é algo próximo de um pesadelo, com o vencimento simultâneo da grande maioria dos contratos.

À regra geral da anualidade contratual, a norma anterior estabelecia algumas exceções. A que interessa ao objeto do presente trabalho é a que prescrevia a possibilidade de prorrogação da vigência dos contratos de serviços contínuos até o limite de 60 meses.

Enquanto a regra da anualidade da vigência contratual é considerada clara quando se fala da Lei n. 8.666/1993, os autores divergem quanto a esse específico ponto na Lei n. 14.133/2021, cujo art. 105 estabelece que a duração dos contratos é a prevista no edital. Contudo, ressalva-se que “deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro”.

Assim, Quint (2021) entende que a Lei n. 14.133/2021 traz, como primeira e mais importante alteração, a desvinculação da duração dos contratos ao exercício orçamentário. Ademais, o autor ressalta que a mudança é positiva por resolver problemas práticos do dia a dia do gestor, como, por exemplo, a necessidade dos burocráticos aditivos contratuais a cada término de exercício financeiro. Tal problema trazia, além de outros inconvenientes, a diminuição da atratividade de certos segmentos empresariais aos nichos das contratações públicas, já que não tinham garantia da continuidade da avença contratual ao fim de cada ano.

De igual modo, Heinen (2023) defende que a norma rompe a sistemática consagrada na Lei n. 8.666/1993, vez que: i) estipula uma série de prazos diferenciados, a depender do objeto da contratação; e ii) rompe a lógica de que os

contratos, de forma geral, seguem o prazo dos créditos orçamentários, muito embora alerte que se deve indicar a fonte do custeio.

De toda sorte, não há como se negar que a Lei n. 14.133/2021 trouxe algumas significativas mudanças quanto à duração da vigência contratual. Com efeito, a Lei n. 8.666/1993, gestada sob o signo da desconfiança acerca da probidade do gestor público, preconizava uma lógica tendente a eludir contratos com prazos alongados. No dizer de Pércio (2021), na Lei n. 8.666/1993, tentava-se evitar a longevidade contratual a fim de se preservar a isonomia de oportunidades, mediante a alternância de contratados, de forma a se “evitar um ambiente propício a eventuais desvios e imoralidades”. Tal não ocorre na Lei n. 14.133/2021, que segue uma orientação diferenciada sobre essa questão.

O tema é especialmente importante quando se trata de contratos de fornecimento contínuo, definidos no inciso XV do art. 6º da LLCA como “serviços contratados e compras realizadas pela administração pública para a manutenção da atividade administrativa, decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas”. Para Santos (2022), os contratos de fornecimentos de serviços contínuos “são aqueles que conjugam uma obrigação de fazer com uma necessidade permanente da administração”, em contraposição ao contrato de escopo – serviços pontuais, não rotineiros da administração. Exemplificam-se como contratos de natureza contínua os de fornecimentos de merenda escolar, de serviços de limpeza e de conservação etc.²⁰⁰

A importância prática de se diferenciarem os contratos de fornecimentos contínuos dos que não ostentam tal natureza é justamente a vigência contratual. Cláusula necessária dos contratos administrativos, o prazo de vigência contratual estabelecerá direitos e deveres recíprocos entre as partes contratantes e deverá ser pensado pela administração já na fase do planejamento, tendo em vista a necessidade de proceder-se a adequação do tempo ao atendimento do interesse público objeto da contratação.

Por se relacionar ao tema ora em análise, o próximo tópico irá tratar dos contratos de natureza continuada na Lei n. 14.133/2021.

200 Dando solução à antiga controvérsia sobre a possibilidade ou não de contratação de serviços de fornecimento contínuo, os quais não eram admitidos pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a nova LLCA dispõe expressamente sobre a possibilidade de tais contratos, já na definição supracitada. Com efeito, há necessidades permanentes e rotineiras da administração que dependem de fornecimento contínuo, como água, luz, dentre outras.

2.3. Os contratos de serviços continuados na Lei n. 14.133/2021

A Lei n. 14.133/2021 estabelece, no art.106, a possibilidade de celebração de contratos de serviços ou de fornecimentos contínuos com prazo de até 5 anos, desde que atendidas algumas condicionantes, tais como: o ateste, por autoridade competente, da vantajosidade econômica da contratação plurianual; o ateste da existência de créditos orçamentários vinculados à contratação, bem como a vantagem na sua manutenção, no início da contratação e em cada exercício; e a garantia de opção à administração para extinguir o contrato sem ônus, na hipótese da não-disponibilidade de créditos orçamentários necessários ou quando a manutenção não se mostrar a opção mais vantajosa.

Embora a Lei n. 8.666/1993 já previsse a possibilidade de prorrogação de contratos de serviços continuados até 60 meses, o limite de vigência anual acarretava a formalização da prorrogação mediante os intermináveis aditivos contratuais que constituíam prática burocrática, a qual, na visão de parcela da doutrina, mostrava-se formalidade vazia, vez que, em sua maioria, tais avenças iriam de fato demandar a dilação do contrato. O TCU já havia decidido, no Acórdão n. 219/2009, que a falta de previsão de possibilidade de prorrogação em contratos para prestação de serviços contínuos constituía falha de natureza formal.

Entretanto, a despeito da possibilidade de período de vigência contratual alongado na Lei n. 14.133/2021, há que ser demonstrada a vantajosidade da dilação do prazo já na fase do planejamento da contratação. Embora evitar multiplicidade de procedimentos licitatórios com o mesmo objeto não seja motivo desprezível, ante os inegáveis custos inerentes à realização de licitações, alertam Fortini e Stroppa (2022) que tal propósito não pode ser o único motivador da opção administrativa pela avença mais alongada porque contratos com prazo mais longos não geram apenas impactos positivos: podem implicar maior comprometimento por parte do poder público em relação ao contratado, considerando-se que, na expectativa de acordos contratuais longevos, os licitantes tendem a apresentar propostas mais agressivas do ponto de vista dos preços, o que, paradoxalmente, justifica também a vantagem econômica almejada pelo legislador.

A despeito do potencial de vantajosidade econômica em contratos com prazos ampliados, deve-se considerar que também há riscos e efeitos indesejáveis nessa

opção, o que demanda maiores cuidados na fase preparatória por parte da administração. Em vista disso, é aconselhável ponderar o custo-benefício de tal escolha administrativa. Nesse sentido, Fortini e Paim (2022, p. 43) entendem que tais avenças carregam a possibilidade de “apresentar outros riscos ou ainda elevar riscos que atualmente são bastante comuns e conhecidos em contratos anuais com previsão de prorrogações”. As autoras dão destaque a possibilidades de baixa margem de lucratividade e de despesas operacionais e administrativas, o que direciona o planejamento das contratações para maiores cuidados e elaborações de análises de riscos (matriz de riscos), a fim de se minimizarem eventuais imprevistos, mediante alocação prévia dos riscos do contratante e do contratado.

A longevidade contratual pode demandar, então, maiores cautelas por parte da administração no tocante a contratos rotineiros, o que antes era restrito a contratações mais complexas. Dessa forma, tais contratos devem ser sopesados pelo poder público, mormente diante da impossibilidade de se conhecerem de forma apriorística todos os eventos que possam interferir no equilíbrio econômico-financeiro no decorrer da relação contratual, conforme alerta Pércio (2022). Sobre a longevidade contratual consagrada na Lei n. 14.133/2021, Heinen (2023) ressalta a existência de um paradoxo, vez que, ao tempo em que se fazem pactos para se ter certeza do que acontecerá no futuro, os mesmos pactos ocorrem ante a incerteza de como o mundo se comportará em relação a si mesmos.

De todo modo, o realce à vantajosidade econômica quanto à duração dos contratos de fornecimento ou de serviços contínuos constitui novidade da Lei n. 14.133/2021, consentaneamente com o direcionamento legislativo de estratégia e de governança, que merece ser levado em conta como vetor interpretativo de outros dispositivos da norma e que tem o potencial de impactar as contratações diretas, conforme se demonstra a seguir.

3. A nova sistemática das contratações diretas na Lei n. 14.133/2021

As hipóteses autorizativas de contratação direta da Lei n. 14.133/2021 não refletem alterações drásticas de sistemática em relação à disciplina anterior da Lei n. 8.666/1993. Pode-se afirmar que a atual LLCA manteve a “tripla categorização, qual seja, licitação dispensada, dispensável e inexigível” (Justen Filho, 2019, p. 476-477), e limitou-se a proceder modificações pontuais consistentes

nos dispositivos que já constavam da lei geral de licitações anterior, referentes à extinção de algumas hipóteses de dispensa de licitação e à criação de hipóteses de inexigibilidade.

Na realidade administrativa, os números demonstram que, na prática, o manejo da contratação direta nas suas variadas formas pela gestão é considerável²⁰¹, embora constitua exceção à regra geral, sob o viés jurídico. Assim, no período compreendido entre 2017 e 2020, o volume de utilização de recursos públicos com licitação foi inferior à despesa ordenada para contratações por licitação dispensável e inexigível (Jacoby Fernandes, 2021).

Remanescem, sob o novo regramento da LLCA, as clássicas concepções de que as dispensas de licitações vêm dispostas em rol taxativo em oposição à listagem exemplificativa das inexigibilidades. Dessa forma, ou a contratação direta se encaixa numa das hipóteses previstas no art. 75 da LLCA ou se constata a inviabilidade de competição – absoluta ou relativa, na forma disposta no *caput* do art. 74 ou em algum dos seus incisos, e se tem caracterizada a possibilidade de contratação por inexigibilidade de licitação.

Entretanto, a despeito de a LLCA ter mantido o esquema básico das hipóteses autorizativas da contratação direta, indaga-se: pode-se vislumbrar uma nova sistemática de ditas contratações ou sua lógica subjacente expressa o “museu de novidades” concebido por Oliveira (2020)? A resposta a essa questão parece apontar para a primeira possibilidade, ante os comandos legais vocacionados ao planejamento e à governança das contratações, obrigatórias também no âmbito das contratações diretas (Fortini; Amorim, 2023).

A Lei n. 14.133/2021 requer uma robusta fase interna ou preparatória das contratações, mandatária também para as contratações diretas. No que toca ao planejamento, diversos artefatos passam a compor o *iter* processual das contratações diretas, como: o documento de formalização de demanda (DFD); o plano de contratações anual (PCA); os estudos técnicos preliminares (ETP) e o termo de referência (TR). A LLCA prevê ainda pesquisa de preços que atenda aos parâmetros do art. 23, justificativa da contratação e do valor, além

201 Dados da transparência demonstram que as contratações diretas, na esfera federal, totalizaram 46,15% das contratações. Ver em <https://portaldatransparencia.gov.br/licitacoes?ano=2023>, acessado em 30/5/2024.

do prévio parecer técnico, se for o caso, e jurídico, que atestem a pertinência da contratação pretendida, dentre outros documentos pertinentes.

A Lei n. 14.133/2021 estabelece, de forma expressa, um processo de contratação direta, que, muito embora já vinha sendo praticado no âmbito federal, tem o condão de internalizar e vincular os diversos níveis federativos de administração, ao apontar para a propalada nacionalização das normas de contratações públicas²⁰² e ao se distinguir, nesse particular, da Lei n. 8.666/1993, a qual não previa de forma tão detalhada os passos que os gestores deveriam seguir na fase interna das contratações diretas. Essa sistemática atende ao valorizado princípio do planejamento, que constitui uma forte diretriz da LLCA.

A LLCA determina também a virtualização preferencial dos procedimentos de contratação, tanto na realização do certame, como na disponibilização ao público dos instrumentos principais que a formalizam. No que toca às contratações diretas por baixo valor, o legislador estabeleceu, no § 3º do art. 75, a divulgação preferencial de aviso em sítio eletrônico oficial pelo prazo mínimo de 3 dias úteis, com especificação do objeto a ser contratado e manifestação do interesse da administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, para selecionar-se a proposta mais vantajosa, o que se convencionou designar como “dispensa eletrônica”²⁰³.

Para alguns, as exigências legais relativas à disputa eletrônica nas contratações por baixo valor constituem elemento de injustificável burocratização das contratações públicas diretas e mesmo “licitação disfarçada” (Niebuhr, 2021). A doutrina mais abalizada sempre apontou condicionantes econômicas para

202 Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos: I – documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo; II – estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta lei; III – parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos; IV – demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido; V – comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária; VI – razão da escolha do contratado; VII – justificativa de preço; VIII – autorização da autoridade competente.

203 A Instrução Normativa n. 67/2021 tornou obrigatória, na esfera federal, o processamento da dispensa por via eletrônica, e previu, também, uma fase de lances:

Art. 4º Os órgãos e entidades adotarão a dispensa de licitação, na forma eletrônica, nas seguintes hipóteses: I – contratação de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores, no limite do disposto no inciso I do *caput* do art. 75 da Lei n. 14.133, de 2021; II – contratação de bens e serviços, no limite do disposto no inciso II do *caput* do art. 75 da Lei n. 14.133, de 2021;

justificar a dispensa de licitação por baixo valor, mediante ponderação entre o valor a ser despendido e o custo inerente à realização da licitação, pelo que o procedimento imposto pode significar diminuição da vantagem operacional da contratação direta em relação à licitação.

Em outra mão, a par das alterações de cunho procedimental, que importam em maior complexidade do processo de contratação direta, o legislador procedeu a considerável aumento dos valores autorizativos para dispensa por baixo valor em relação à Lei n. 8.666/1993 e ampliou o rol de hipóteses de contratações dispensadas e inexigíveis. As modificações legislativas em comento levam a crer que o legislador optou por evitar os dispêndios inerentes aos procedimentos licitatórios, que consomem tanto o tempo quanto os recursos técnicos, que podem ser empregados em outras frentes.

4. O fracionamento indevido da contratação na Lei n. 14.133/2021

Com o fito de evitar o parcelamento indevido das contratações, a Lei n. 14.133/2021 estabeleceu a forma de aferição dos limites de valores autorizativos de contratação por dispensa, na forma estabelecida no § 1º do art. 75, a saber: I) o somatório do que for despendido no exercício financeiro, pela respectiva unidade gestora; e II) o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, definidos como os relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

Pela literalidade do dispositivo, a limitação de valor para contratações diretas de objetos de mesma natureza prevista nos incisos I e II do art.75 refere-se aos gastos do exercício financeiro, considerado o período de 12 meses. Sob a vigência da Lei n. 8.666/1993, que não continha semelhante disposição, construiu-se o entendimento doutrinário prevalecente de que os limites de contratações diretas deveriam mirar no valor global do contrato e de eventuais prorrogações, ainda que se tratasse de contrato cuja execução abarcasse vários anos, de forma que o valor total do contrato deveria “caber” no limite previsto em lei para dispensa. Pode-se citar como representantes dessa orientação majoritária Justen Filho (2016) e Jacoby Fernandes (2008). A posição do Tribunal de Contas da União (TCU), expressa no Acórdão 1.725/2003 – Primeira Câmara, foi no sentido da obrigatoriedade da consideração do tempo estimado e do correspondente valor total a ser despendido, quando a execução contratual ultrapassasse o exercício financeiro.

A contratação direta costuma chamar a atenção dos órgãos de controle. Não raro, por isso, órgãos e entidades realizam licitação mesmo quando o valor da contratação pretendida se ajusta aos limites previstos em lei para dispensa. Diante de uma administração temerosa das consequências que podem advir do controle, há grande potencial de se atuar conforme a interpretação mais conservadora possível. Entretanto, é importante que se pensem as contratações sob um novo norte interpretativo assente com os influxos que são substratos da Lei n. 14.133/2021.

Embora, a princípio, afigure-se tentador pensarem-se os cálculos para dispensa estabelecidos na norma atual sob o prisma de interpretações já consolidadas no diploma anterior, em que a interpretação em contrário parece alargar sobremaneira a liberdade do gestor, é importante analisarem-se as disposições da Lei n. 14.133/2021 de forma sistêmica. Assim, para todo o ciclo da contratação pública, o gestor deve se nortear pelos valores consagrados pelo legislador, sob os aspectos da governança, dos objetivos do procedimento licitatório, bem como do tratamento legal aos contratos de natureza contínua, cuja execução por mais de um exercício financeiro guarda inegável potencial de gerar questionamentos quanto aos limites da dispensa.

O legislador impôs exigências extras às contratações diretas, com necessidade de atendimento a uma série de requisitos e procedimentos, que, de certa monta podem ser entendidos como limitadores da flexibilidade de ditas avenças. Entretanto, em outra mão, aumentou de forma considerável os limites dos valores que autorizam contratação direta por baixo valor, bem como adicionou a autorização para contratação, por dispensa de licitação, de serviços de manutenção de veículos automotores. Assim, ao tempo em que o legislador impôs a observância de um *iter* processual de contratação direta, de virtualização dos procedimentos, de mecanismos de governança e de disputa entre interessados, atuou de forma mais liberal quanto aos limites autorizadores da dispensa.

Foram suprimidas, da dispensa por baixo valor prevista nos incisos I e II do art. 75 da Lei n. 14.133/2021, condicionantes que antes constavam dos similares incisos I e II do ar. 24 da Lei n. 8.666/1993, os quais determinavam o atendimento aos valores preestabelecidos, que não deveriam se referir a “parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez”, bem como “parcelas de um mesmo serviço ou obra que pudessem ser contratados conjuntamente”. Conquanto não explícitas na redação

da atual LLCA, as vedações mencionadas tinham como norte evitar a fuga da licitação, motivo pelo qual nem de longe se pode entender que o legislador autoriza fracionamento indevido da contratação. Defendem Guimarães e Sampaio (2021) que o motivo para a supressão mencionada foi evitarem-se os inúmeros questionamentos doutrinários e jurisprudências que sempre ocorreram quanto ao alcance da expressão “obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local”, que gerava perplexidades e discussões intermináveis.

Quanto ao período-base para aferição dos limites para contratação por dispensa de licitação, o legislador deixou claro no § 1º do art. 75 o intento de que sejam considerados apenas os dispêndios ocorridos no exercício financeiro, pela unidade gestora, em fornecimentos de bens ou serviços da mesma natureza, que a própria norma define como aquelas contratações no mesmo ramo de atividade. Inexistia disposição semelhante na Lei n. 8.666/1993.

Interpretar-se que remanesce a forma de cômputo explícita na Lei n. 8.666/1993 equivale a ignorarem-se disposição textual da Lei n. 14.133/2021 e os novos intentos que revestiram a norma, o que contamina o presente com o viés do passado. Com efeito, a LLCA contém o substrato de estratégia, transparência, objetivos e resultados. A interpretação da dispensa do novo diploma deve se dar de forma consentânea a este novo olhar que se direciona a tornar as contratações mais céleres e de direcionar os recursos administrativo no rumo do planejamento, da praticidade e da eficiência das contratações.

Nesse sentido, Jacoby Fernandes (2021, p. 26) alerta acerca dos novos fundamentos interpretativos da Lei n. 14.133/2021, cujo ordenamento jurídico, que difere do da Lei n. 8.666/1993, motivo pelo qual aduz que “não devem ser utilizados decisões administrativas e judiciais, precedentes e jurisprudência que sustentaram a interpretação da Lei 8.666/1993”. Assim, embora o TCU não se tenha manifestado quanto ao assunto em tela até o fechamento desta edição, o conselheiro substituto Maurício Oliveira Azevedo, do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás, proferiu decisão no Acórdão-Consulta 0002/2022 no sentido de que “para apuração do limite contido no art. 75, I e II, da nova Lei de Licitações e Contratos, deve ser considerado o que for despendido no exercício financeiro com objetos de mesma natureza, pela respectiva unidade gestora”.

Assim, depreende-se simetria nas opções do legislador constantes da Lei n. 14.133/2021, em relação a dispensa por baixo valor. De um lado, estabeleceram-se amarras adicionais a serem observadas em tais contratações diretas; em

outra mão, ampliaram-se os valores e as hipóteses autorizativas e determinou-se o exercício financeiro como lapso temporal a ser considerado para aferição dos valores a serem despendidos nessas contratações, ainda que ultrapassem o exercício financeiro.

5. Conclusão

Dentre as hipóteses legais de contratação direta, a dispensa por baixo valor constitui uma das mais utilizadas. Assim, é imperioso que se proceda a uma interpretação mais consentânea com os desideratos demonstrados pelo legislador na nova norma, que, por um lado, elevou de forma considerável os valores para dispensa, bem como ampliou as hipóteses de contratação direta, e, por outro, estipulou procedimentos mais rigorosos como pressupostos para tais contratações.

Na prática, o legislador estabeleceu uma espécie de licitação simplificada para as contratações diretas por baixo valor. Isso leva a se inferir que houve um balanço de tal exigência adicional, antes não prevista, com a previsão explícita do § 1º do art. 75, de forma a permitir que o cômputo do valor para fixação de limites de dispensa considere apenas os gastos do exercício financeiro, não o valor total da contratação.

O administrador público não deve interpretar disposições legais a partir da ótica adotada sob o pálio da legislação revogada, sob pena de subverter os intentos adaptativos inerentes a modificações normativas. Antes, deve abraçar os desígnios inovadores da Lei n. 14.133/2021, que inaugura uma nova lógica das contratações públicas. O pensamento de Epicuro, de que “As pessoas felizes lembram o passado com gratidão, alegam-se com o presente e encaram o futuro sem medo” é plenamente aplicável à atuação administrativa.

Referências

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 219/2009 – Plenário**. Relator ministro André de Carvalho. Sessão de 3 de fevereiro de 2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.725/2003 – Primeira Câmara**. Relator ministro Augusto Sherman. Sessão de 5 de agosto de 2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 5. ed., Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2023. p. 91.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Contrato de fornecimento contínuo e a Lei 8.666/1993. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, ano 6, n. 24, São Paulo, jul./set. 1998.

FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael Amorim de. Novo olhar para as contratações públicas: precedentes e perspectivas da Lei n. 14.133/2021. *In*: MATOS, Marilene Carneiro; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de. **Nova Lei de Licitações e Contratos**. Brasília: Edições Câmara, 2023.

FORTINI, Cristiana; PAIM, Flaviana Vieira. A nacionalização de regras federais sobre terceirização por meio da nova lei de licitações. *In*: FORTINI, Cristiana; PAIM, Flaviana Vieira (coords.) **Terceirização na administração pública** – Boas práticas e atualização à luz da nova Lei de Licitações. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

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

GOIÂNIA. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás. Consulta n. 0002/2022.

GUIMARAES, Edgar; SAMPAIO, Ricardo. **Dispensa e inexigibilidade de licitação** – aspectos jurídicos à luz da Lei 14.122/2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** – Lei n. 14.133/2021. 3. ed., ver., atual. e ampl., São Paulo: JusPodium, 2023.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratação direta sem licitação**. 6. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JACOBY FERNANDES, Ana Luiza; JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses; JACOBY FERNANDES, Murilo. **Contratação direta sem licitação na nova Lei de Licitações**: Lei n. 14.133/2021. 11. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de (org.). **Nova Lei de Licitações e Contratos: Lei n. 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios**. Brasília: Edições Câmara, 2023.

QUINT, Gustavo Ramos da Silva. Duração dos contratos administrativos. *In*: NIEBUHR, Joel de Menezes (coord.). **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed., Curitiba: Zênite, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. A nova Lei de Licitações: um museu de novidades?. **Consultor Jurídico**, 23 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades/>. Acesso em: 10 out. 2023.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3. ed. rev. e ampl., Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NIEBUHR, Joel de Menezes. A dispensa de licitação eletrônica é modalidade de licitação disfarçada. **Menezes Niebuhr Sociedade de Advogados**, 4 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.mnadvocacia.com.br/a-dispensa-de-licitacao-eletronica-e-modalidade-de-licitacao-disfarçada/>. Acesso em: 18 nov. 2023.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública**. 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PÉRCIO, Gabriela Verona. **Os contratos na Lei 14.133/2021: uma análise considerando o contexto de mudanças e a necessidade de avanços**. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2024/02/09/os-contratos-da-lei-no-14-133-2021-uma-analise-considerando-o-contexto-de-mudancas-e-a-necessidade-de-avancos/>. Acesso em: 4 set. 2024.

SANTOS, José Anacleto Abduch de. Duração e prorrogação dos contratos administrativos. **JML GRUPO**, [s.i.]. Disponível em: https://portal.jmlgrupo.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=238. Acesso em: 10 out. 2023.

Os pontos de convergência entre a Lei n. 14.133/2021 e a LINDB

Benjamin Zymler²⁰⁴

Francisco Sérgio Maia Alves²⁰⁵

1. Introdução

A Lei n. 13.655/2018 acrescentou uma série de disposições à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-Lei n. 4.657/1942). O propósito da norma, conforme seu preâmbulo, foi aumentar a segurança jurídica e prestigiar a eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Entre as diversas modificações introduzidas na LINDB, cabe destacar duas delas, que afetam o padrão decisório de importantes matérias administrativas:

- a) a necessidade atuar de forma proporcional e de considerar e indicar, de modo expresse, as consequências jurídicas e administrativas, nas decisões que decretarem a invalidade de ato, contrato ou processo (art. 21);
- b) necessidade de avaliar a natureza, a gravidade, as circunstâncias e os danos decorrentes da infração cometida e os antecedentes do agente, nas deliberações que imputarem sanção, para punir somente as condutas que sejam praticadas com dolo ou erro grosseiro (arts. 22, § 2º, e 28).

Tais disposições buscam prestigiar a estabilidade dos negócios jurídicos e dar maior segurança jurídica aos agentes públicos que eventualmente tenham cometido erros na interpretação de normas sobre gestão pública. Nessa perspectiva, as alterações promovidas na LINDB afetam o agir administrativo e impactam a interpretação e a aplicação das normas a respeito das contratações públicas.

204 Ministro no Tribunal de Contas da União desde 2001. Mestre em direito e estado pela Universidade de Brasília (UnB). Graduado em direito pela UnB e em engenharia elétrica pelo Instituto Militar de Engenharia (IME). Autor e coautor de várias obras e artigos jurídicos.

205 Auditor Federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União. Mestre em direito e políticas públicas pelo Centro Universitário de Brasília (Ceub). Graduado em direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e em engenharia civil aeronáutica pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA). Autor e coautor de várias obras e de artigos jurídicos. Assessor de ministro do Tribunal de Contas da União.

A Lei n. 14.133/2021, Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA), incorporou algumas das principais diretrizes estabelecidas pela LINDB. Essa influência pode ser observada logo no art. 5º da norma, que impôs a observância dos princípios da eficiência e da segurança jurídica, assim como das disposições da LINDB, quando da utilização do novel estatuto.

O objetivo deste trabalho é apresentar os dispositivos da nova lei que guardam sintonia com os avanços promovidos pela LINDB, no sentido de aumentar a segurança jurídica e a eficiência na utilização e aplicação do direito público.

2. Disposições da LINDB que impactaram diretamente a nova LLCA

Como já afirmado, a Lei n. 13.655/2018 incluiu vários dispositivos na LINDB, no intuito de melhorar a segurança jurídica dos atos praticados pela administração pública, tanto do ponto de vista de seus destinatários e beneficiários, como também daqueles que os praticaram, os administradores públicos.

Ademais, o presente trabalho se dedicará a comentar duas disposições da referida norma, que buscaram assegurar a estabilidade da ação administrativa e limitar a responsabilização do agente público em situações de erro administrativo ordinário, sem dolo.

Conforme o art. 21 da LINDB:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Brasil, 2018)

O dispositivo representa, assim como o anterior da mesma norma²⁰⁶, um marco na teoria da decisão no direito brasileiro, ao incluir de forma expressa o consequencialismo como critério de decisão a respeito da anulação ou não de atos e contratos administrativos.

Segundo José Vicente Santos de Mendonça, o consequencialismo caracteriza uma postura, interpretativa ou cognitiva, tendente a considerar as consequências de ato, teoria ou conceito. Já o consequencialismo jurídico seria para o autor uma “postura interpretativa que considera, como elementos significativos da interpretação do direito, as consequências de determinada opção interpretativa” (Mendonça, 2018, p. 63-92).

Nessa toada, José Vicente Santos de Mendonça (2018) disserta sobre o que seriam as consequências jurídicas e administrativas suscitadas no art. 21 da LINDB. Segundo o autor, essas são os estados futuros associados à interpretação ou à aplicação do direito. As consequências jurídicas seriam o dever ou o direito que surge a partir da decisão, ao passo que as consequências administrativas seriam sua decorrência material.

O art. 21 se dirige às autoridades competentes para examinar a validade de atos (em sentido largo), seja no exercício da autotutela administrativa, seja nas mais diversas manifestações do controle. Tais agentes devem atentar para as consequências da invalidação dos atos praticados no âmbito de sua esfera de atribuições e indicá-las expressamente no fundamento de eventual decisão pela nulidade ou pela convalidação.

Assim, a autoridade deve verificar a possibilidade de correção da irregularidade e permitir a continuidade do ato, contrato ou processo, se a anulação for excessivamente gravosa aos administrados, ou seja, ao interesse público.

Como bem acentua Juliana Bonacorsi de Palma (2020), o art. 21 da LINDB impõe três ônus à autoridade competente:

- a) apontar as consequências jurídicas e administrativas, expondo os efeitos jurídicos da decisão e o impacto sobre a gestão pública;

206 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

- b) construir um método de superação da irregularidade que seja proporcional, equânime e sem prejuízo aos interesses gerais; e
- c) evitar a imposição de ônus ou perdas anormais ou excessivas, considerando as especificidades do caso concreto.

O art. 21 consubstancia uma nítida opção do legislador: primeiro, pela convalidação dos atos administrativos; segundo, pela vedação a decisões desproporcionais, contrárias ao interesse público.

Como bem acentua José Vicente Santos de Mendonça (2018, p. 48), do dispositivo se extrai a conclusão de que “o julgador [e também a autoridade administrativa] não poderá invalidar o ato, negócio ou norma administrativa quando disso decorrerem estados jurídicos ou administrativos inconstitucionais ou inexequíveis”.

No que se refere à responsabilização do agente público, é relevante mencionar dois dispositivos da LINDB: o art. 22, § 2º, e o art. 28.

Consoante o art. 22, § 2º, “na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente” (Brasil, 2018).

O dispositivo inova na ordem jurídica, ao tornar expressa a necessidade de se avaliar o grau de reprovabilidade da conduta, os danos causados, as circunstâncias do cometimento do ilícito e as condições pessoais do agente para a aplicação da sanção. Nesse caso particular, é possível afirmar que a regra busca aproximar, um pouco, a dosimetria das penas aplicadas nas esferas administrativa, controladora e judicial, das imputadas na esfera criminal. Dito de outra forma, o legislador quis tornar mais objetivo o cômputo das sanções naqueles campos, estabelecendo parâmetros similares aos especificados no art. 59 do Código Penal.

Conforme Eduardo Jordão (2018), a regra supramencionada buscou corrigir prática comum no âmbito do direito administrativo sancionador: a ausência de critérios para a dosimetria das sanções. Para o autor, essa exigência de parâmetrização possui dois aspectos: um substancial e um procedimental. O primeiro exige a aplicação da lógica da contextualização, também na imputação de san-

ções administrativas. Já o segundo impõe um dever de motivação reforçado do ato sancionador.

O art. 28 da LINDB estabelece que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Conforme Gustavo Binenbojm e André Cyrino, o dispositivo:

[...] constitui uma espécie de cláusula geral do erro administrativo. Seu escopo, como tal, é oferecer segurança jurídica ao agente público com boas motivações, mas falível como qualquer pessoa. Assim, criam-se os incentivos institucionais necessários à promoção da inovação e à atração de gestores capacitados. (Binenbojm, 2018, p. 221)

A despeito da boa intenção da norma, é difícil solucionar, no plano teórico, as disfuncionalidades que a disposição buscou combater, até porque a norma utiliza um termo aberto, sujeito a variadas interpretações na doutrina e na própria jurisprudência.

A visão do Tribunal de Contas da União sobre o que significa a expressão “erro grosseiro” para os propósitos da norma foi originalmente adotada no Acórdão n. 2.391/2018 – TCU – Plenário, de relatoria do ministro Benjamin Zymler). Na ocasião, o tribunal decidiu que erro grosseiro “é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave”. Considerando-se que a decisão foi o *leading case* do TCU sobre o tema, mostra-se interessante expor a sua *ratio decidendi*.

Segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele “que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”. Se o erro for substancial, nos termos do art. 139, torna anulável o negócio jurídico. Se não, pode ser convalidado.

Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, qual seja, que foi praticado com culpa grave.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2015, p. 169), “culpa grave é caracterizada por uma conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam”. Os aludidos autores invocaram a doutrina de Pontes de Miranda (1971, p. 72), segundo a qual a culpa grave é “a culpa crassa, magna, nímia, que tanto pode haver no ato positivo como no negativo, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidados indispensáveis”.

O Decreto n. 9.830/2019, que regulamentou os arts. 20 a 30 da LINDB, trouxe interpretação compatível com a veiculada pelo TCU. Consoante o § 1º do art. 12 da norma, o erro grosseiro é “[...] aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. Esse posicionamento encontra amparo na doutrina, como se verifica na seguinte passagem da obra de Gustavo Binbenjy e André Cyrino:

Importante frisar que o erro grosseiro, para fins de responsabilização, não afasta a ocorrência de culpa. Na verdade, estão abrangidas na ideia de erro grosseiro as noções de imprudência, negligência e imperícia, quando efetivamente graves – ou gravíssimas. (Binbenjy; Cyrino, 2018, p. 213)

Na mesma deliberação, o tribunal concluiu que o disposto no art. 28 da LINDB somente se aplica quando das decisões em matéria de aplicação de sanção, não de imputação de responsabilidade financeira em razão de um prejuízo ao erário (débito). Tal posicionamento constou da seguinte passagem do voto condutor do Acórdão 2.391/2018 – TCU – Plenário:

147. O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição:

“6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

148. Como regra, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou levíssima, existirá a obrigação de indenizar. A única exceção se

dá quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta hipótese, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

Esse entendimento vem sendo adotado pelo TCU, como revelam os Acórdãos n. 2.768/2019 – Plenário, 5.547/2019 – 1ª Câmara e 11.289/2021 – 1ª Câmara, dentre outros. Todavia, o TCU está revisitando a questão da culpabilidade dos agentes públicos pelo débito, a partir da avaliação da ocorrência de erro grosseiro e de eventual desproporção entre o grau de culpa dos gestores e o valor do dano. Essa tese pode ser extraída do próprio art. 28 da LINDB e, principalmente, do art. 944, parágrafo único, do Código Civil, lavrado no seguinte sentido: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Em suma, discute-se a possibilidade de adotar, na avaliação da responsabilidade pelo débito, os mesmos critérios entabulados na LINDB para aplicação e cálculo da sanção, de sorte a promover uma espécie de dosimetria do débito, levando-se em conta o critério da proporcionalidade, na avaliação da culpabilidade e da extensão do valor da dívida.

A matéria está sendo tratada em grupo de trabalho constituído pelo tribunal.

3. Disposições da nova LLCA que refletem as modificações ocorridas na LINDB

Há vários dispositivos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos que reverberaram o espírito e as alterações da LINDB voltados ao aumento da segurança jurídica.

Conforme o art. 5º da Lei n. 14.133/2021:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, **da segurança jurídica**, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, **assim como as**

disposições do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (Brasil, 2021) (grifos nossos)

Como não poderia deixar de ser, a norma positivou a observância do princípio da segurança jurídica no contexto das contratações públicas e, ainda, reforçou a plena incidência da LINDB às decisões administrativas a respeito do assunto.

A relação entre as normas é verificada em várias disposições.

3.1. Avaliação de consequências para invalidação de atos licitatórios e contratos administrativos

Conforme o art. 147 da nova LLCA:

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

I – impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

II – riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

III – motivação social e ambiental do contrato;

IV – custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;

V – despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;

VI – despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;

VII – medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;

VIII – custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;

IX – fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;

X – custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;

XI – custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

O dispositivo impõe a busca pelo saneamento das irregularidades e a avaliação do impacto da decretação da nulidade do contrato sobre o interesse público, antes da decisão a respeito da matéria. Assim como o art. 21 da LINDB, o art. 147 incorpora o consequencialismo, no campo das licitações públicas.

Para Flávio Teixeira Júnior e Marcos Nóbrega, o art. 147 da nova lei promoveu a substituição da legalidade tradicional pela noção de legalidade funcional, no campo das contratações públicas. Segundo os autores,

[...] o tradicional dualismo no regime jurídico das invalidades do ato administrativo – assente na distinção radical entre nulidade e anulabilidade – não serve ao Direito Administrativo atual. Este necessita de uma dogmática própria, em matéria de invalidação, permeável a regimes jurídicos elásticos e compatíveis com a vastidão das questões suscitadas, atenta às complexidades dos problemas práticos e aos valores/interesses que deverão ser levados em conta. (Teixeira Júnior, 2021, p. 138)

Nessa trilha, a norma instituiu uma espécie de “estudo do impacto invalidatório” do contrato, composto por 11 temas distintos. Ou seja, há uma previsão dos possíveis efeitos decorrentes da anulação dos ajustes, para se avaliar se o desfazimento do ato é mais nocivo do que sua convalidação. Portanto, é expressamente admitido que o ato inválido produza efeitos jurídicos e seja mantido, ainda que não seja sanado.

Dito de outra forma, o novo estatuto de licitações e contratos permite expressamente a convalidação do ato ou do contrato viciado pela própria administração, possibilidade não prevista expressamente na Lei n. 8.666/1993. A norma impôs um modelo decisório calcado na análise de consequências, cujo objetivo final é medir o interesse público da decisão pela invalidação ou continuidade de atos e contratos administrativos.

A despeito do silêncio da norma, entende-se que o art. 147 da nova lei também se aplica à esfera controladora. Todavia, como os tribunais de contas não detêm os dados brutos e as informações para o regular escrutínio dos aspectos indicados da norma, compreende-se que tais informações devem ser fornecidas pela entidade pública responsável pela licitação, a fim de se permitir a melhor decisão do tribunal de contas a respeito da regularidade da contratação.

Assim, produzido o estudo pelo órgão jurisdicionado ou expostas, de modo fundamentado, as consequências práticas, jurídicas e administrativas de eventual

invalidação do contrato, o tribunal de contas competente tem obrigação de levar em consideração tais argumentos, antes de sua decisão. Na ausência de tais elementos, é salutar que o órgão de controle externo abra prazo para que os interessados elaborem o estudo do impacto invalidatório e indique motivadamente as possíveis consequências, antes da decisão de mérito.

3.2. Método de superação da irregularidade em medidas cautelares dos tribunais de contas

O art. 171, § 3º, da nova LLCA impõe uma obrigação ao tribunal de contas competente, quando decidir, no mérito, medida cautelar a respeito da suspensão cautelar de um processo licitatório. Conforme o dispositivo, “a decisão que examinar o mérito da medida cautelar a que se refere o § 1º deste artigo deverá definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório, ou determinar a sua anulação” (Brasil, 2021).

A disposição se insere no contexto do controle corretivo de atos e processos administrativos pelos tribunais de contas, que decorrem do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal. Como é sabido, esse dispositivo também contempla o controle de contratos, algo textualmente esquecido pela nova lei eis que o art. 171, § 1º, somente trata de suspensão cautelar do processo licitatório, e não contempla os contratos, competência implícita dos tribunais de contas. A propósito, essa atribuição é reconhecida pela jurisprudência do STF²⁰⁷. De toda forma, o art. 171 da Lei n. 14.133/2021 pode ser aplicado para o controle de contratos pelos tribunais de contas.

207 Entre várias decisões nesse sentido, menciona-se o recente julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.236.731/DF, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes. Na ocasião, o relator deu provimento ao recurso extraordinário para tornar insubsistente a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), que havia concedido a segurança e anulado a deliberação anterior do Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF), a qual havia suspenso cautelarmente a execução de um contrato administrativo. Em suas razões recursais, o TCDF argumentou que “não ordenou a suspensão definitiva do contrato administrativo em questão, mas, apenas, a suspensão cautelar de sua execução”, e concluiu que “o disposto no art. 71, §§ 1º e 2º, da CR/88 não se aplica às decisões estritamente cautelares proferidas pelos tribunais de contas, tampouco obsta o poder geral de cautela conferido a tais órgãos de controle”. Ao apreciar a matéria, o ministro Alexandre de Moraes concluiu que “não subsiste, na presente hipótese, ilegalidade decorrente do exercício do poder geral de cautela pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal. É que o ato questionado encontra-se em consonância com o entendimento desta Corte no sentido de que não configura ilegalidade ou abuso de poder o ato do TCU que aplique medidas cautelares, porque relacionado com a competência constitucional implícita para cumprimento de suas atribuições”.

Retomando a análise do § 3º do mencionado art. 171, o dispositivo reverbera o art. 21, parágrafo único, da LINDB, na medida em que impõe, à esfera controladora, o dever de construir um método de superação da irregularidade que seja necessário e adequado, quando possível o saneamento. Isso implica que o dispositivo em apreço está em consonância com a ideia de proporcionalidade consignada na disposição da LINDB supramencionada.

3.3. Segurança jurídica na atuação de agentes públicos

A nova LLCA buscou instituir um sistema de controle de caráter mais pedagógico e orientador, em um primeiro momento, que seja capaz de dar maior segurança jurídica aos agentes administrativos encarregados de impulsionar as contratações públicas e de contribuir com o aperfeiçoamento da administração pública.

De acordo com o art. 169, as contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo. O dispositivo previu, ainda, a subordinação dos atos licitatórios ao controle social e a um sistema de controle formado por linhas de defesa, na forma dos diversos incisos da mencionada disposição. Ademais, conforme o seu § 1º:

§ 1º **Na forma de regulamento**, a implementação das práticas a que se refere o *caput* deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, **optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos**, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas. (Brasil, 2021) (grifos acrescentados)

O objetivo da norma é instituir uma estrutura de governança das contratações públicas que seja capaz de possibilitar a atuação regular dos agentes públicos encarregados de desempenhar as funções essenciais à execução da nova lei, de sorte a prevenir irregularidades e permitir o alcance dos resultados pretendidos pela administração, dentro dos contornos da ordem jurídica. Esse modo de atuação do controle, voltado à orientação dos trabalhos e à prevenção de ilicitudes, também é salutar aos agentes administrativos, na medida em que diminui o risco de cominação de sanções.

Dessa forma, percebe-se um alinhamento entre o § 1º do art. 169 da LLCA e os objetivos da LINDB, no sentido de aumentar a segurança jurídica e prestigiar a eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Ademais, há outras disposições da LLCA que buscam reforçar o papel orientador das instâncias de controle da administração na efetivação das contratações públicas. Consoante o art. 19, inciso IV, os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão:

[...] instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos; [...]. (Brasil, 2021)

A elaboração desses modelos permite uma atuação mais segura dos agentes administrativos, especialmente no contexto inicial de implementação da nova lei, quando ainda existem várias dúvidas acerca da interpretação dos novos institutos.

Os tribunais de contas também exercem importante papel orientador no que se refere à interpretação das normas atinentes às licitações públicas. Esse modo de atuação pode ocorrer de três formas, tomando-se como norte o ordenamento jurídico que rege o TCU:

- a) a partir da evolução natural de sua jurisprudência, examinando os casos concretos postos à sua análise, no âmbito do controle subjetivo e objetivo de atos e contratos, com fulcro nos incisos VIII e IX do art. 71 da Constituição Federal e dispositivos correspondentes da Lei n. 8.443/1992, a Lei Orgânica do TCU (LOTUCU);
- b) por meio de resposta a consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no regimento interno, conforme o art. 1º, inciso XVII, da LOTUCU;
- c) pela realização de cursos de treinamento, painéis de referência e seminários, com vistas à orientação de gestores públicos, entidades públicas e administrados a respeito da LLCA.

Quanto ao primeiro modo de atuação, a jurisprudência do TCU constitui importante fonte de revelação do direito, especialmente em matéria de licitações e contratos. Nessa perspectiva, é importante que os gestores públicos, as assessorias jurídicas e as controladorias de cada órgão ou entidade acompanhem a evolução das decisões do tribunal, à medida que ocorra a implementação efetiva da nova LLCA.

Por outro lado, a jurisprudência do TCU deve continuar receptiva a inovações. Afinal, muitos dos novos institutos surgiram de experiências bem-sucedidas da administração pública, as quais foram avalizadas pelos órgãos de controle e, posteriormente, positivadas pelo direito.

A atuação do tribunal também se mostra importante na densificação dos espaços discricionários da lei. Nesse contexto, o controle do tribunal deve incidir com menor grau de intensidade e com viés pedagógico e prospectivo, servindo como fonte de inspiração às escolhas do administrador nas zonas permitidas pela lei.

As respostas às consultas constituem importante fonte de esclarecimento de dúvidas a respeito da melhor exegese da nova LLCA. Todavia, é preciso lembrar que o tribunal não conhecerá de consulta formulada por autoridade incompetente ou que verse apenas sobre caso concreto, nos termos do art. 265 do Regimento Interno do TCU. Quanto a isso, o art. 1º, § 2º, da LOTCU prescreve que a resposta à consulta tem caráter normativo e constitui prejudgamento da tese, mas não do fato ou do caso concreto.

A tese veiculada em consulta decidida pelo TCU serve para sinalizar como o tribunal irá deliberar em caso concreto que envolva matéria de direito, desde que os fatos não apresentem especificidades não contempladas na discussão em abstrato do tema submetido à consulta.

Essa atribuição do tribunal visa dar segurança jurídica aos agentes públicos e à própria dinâmica de atuação das entidades públicas e contribui para o aprimoramento da eficiência na atuação administrativa, que poderá adotar procedimentos uniformes, de acordo com orientação do TCU.

O papel pedagógico e orientador do TCU deve ser exercido mesmo quando o tribunal atua no âmbito de suas competências sancionatória e corretiva. Essa orientação está expressa no art. 169, § 3º, inciso II, da nova lei, quando prescreve que a adoção de providências para apuração das infrações ocorrerá sem prejuízo das medidas previstas no inciso I do mencionado § 3º.

Esse último dispositivo invocado trata da necessidade de adoção de medidas para saneamento das desconformidades encontradas 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”.

Por fim, não se pode olvidar a função que foi atribuída aos tribunais de contas no art. 173 da LLCA:

Art. 173. Os tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas.

3.4. Normas atinentes à responsabilização administrativa dos agentes públicos em virtude do cometimento de irregularidades na aplicação da nova LLCA

Há várias disposições da Lei n. 14.133/2021 que preveem a responsabilização de agentes públicos em virtude de irregularidades na aplicação da norma. São elas:

- a) quando for pronunciada a nulidade do processo licitatório:

Art. 71. [...]

§ 1º Ao pronunciar a nulidade, a autoridade indicará expressamente os atos com vícios insanáveis, tornando sem efeito todos os subsequentes que deles dependam, e dará ensejo à apuração de **responsabilidade de quem lhes tenha dado causa**.

- b) na hipótese de contratação direta irregular:

Art. 73. Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável **responderão solidariamente pelo dano causado ao erário**, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

- c) nos casos de contratação direta emergencial provocada pela atuação irregular do agente público;

Art. 75. [...]

[...]

§ 6º Para os fins do inciso VIII do *caput* deste artigo, considera-se emergencial a contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade do serviço público, e deverão ser observados os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 desta Lei e adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório, **sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa à situação emergencial.**

- d) quando houver descumprimento da ordem cronológica de pagamentos:

Art. 141. [...]

[...]

§ 2º A inobservância imotivada da ordem cronológica referida no *caput* deste artigo ensejará **a apuração de responsabilidade do agente responsável**, cabendo aos órgãos de controle a sua fiscalização.

- e) quando constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual passível de ensejar a nulidade do contrato

Art. 147. [...]

[...]

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, **sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.**

Art. 148. [...]

[...]

§ 1º Caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de **responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis.**

Art. 149. A nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e **será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa.**

Art. 150. Nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de **responsabilização de quem lhe tiver dado causa**.

Os dispositivos mencionados tratam da responsabilidade administrativa dos agentes públicos perante a própria entidade pública à qual estão vinculados. Na esfera federal, a responsabilidade administrativa está ancorada no art. 124 da Lei n. 8.112/1990, que prevê a responsabilização dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas, em virtude de qualquer ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

Essa responsabilidade insere-se no âmbito do poder disciplinar da administração pública e pode ensejar as seguintes penas, conforme o art. 127 da mencionada lei: advertência; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão; e destituição de função comissionada.

Havendo prejuízo ao erário, o agente público pode ser responsabilizado civilmente, o que ocorrerá mediante ingresso de ação judicial pela advocacia pública competente, caso não haja a elisão espontânea do dano, após o processo administrativo pertinente. Nesse caso, há, ainda, o dever de a autoridade pública instaurar tomada de contas especial, mediante autuação de processo específico, conforme o art. 8º da LOTCU. O aludido processo deve ser encaminhado ao TCU, em até 180 dias, nos termos do art. 10 da Instrução Normativa TCU n. 71/2012.

A responsabilização administrativa dos agentes públicos em virtude de infrações à nova lei somente ocorrerá em caso de dolo ou erro grosseiro. Apesar de não ter sido expressa nos dispositivos mencionados, com exceção do art. 73 a ser comentado a seguir, essa condição decorre do art. 28 da LINDB, que possui incidência plena no âmbito das contratações públicas.

Com relação ao art. 73 da LLCA, foi prevista a responsabilidade solidária do agente público e do contratado pelo dano causado ao erário, na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro.

Há dois comentários a serem feitos acerca do texto legal. Primeiro, o dispositivo desafia a interpretação do TCU a respeito da responsabilização financeira em caso de prejuízo, a qual não estaria sujeita ao art. 28 da LINDB. Diante

desse novo contexto normativo, projeta-se a rediscussão da matéria no tribunal. Segundo, a possibilidade de responsabilização solidária em virtude da ocorrência de prejuízo ao erário não se limita às contratações diretas e pode verificar-se em qualquer contrato, incluídos os decorrentes de licitação. Nessa hipótese, o fundamento é o art. 16, § 2º, da LOTCU, *in verbis*:

2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas *c* e *d* deste artigo [dano ao erário e desfalque ou desvio de dinheiro], o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

- a) do agente público que praticou o ato irregular; e
- b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

3.5. Normas atinentes à responsabilização administrativa dos licitantes e contratados

Conforme o art. 155 da nova LLCA, o licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pela prática das infrações ali catalogadas. A norma prevê vários tipos administrativos aptos a ensejar a aplicação das sanções previstas no art. 156, de acordo com a avaliação dos aspectos indicados no § 1º do art. 156, a ser comentada adiante. Todavia, a nova lei, assim como a legislação anterior, não definiu se a natureza dessa responsabilização é subjetiva e, ainda, se ocorrerá a partir da configuração de dolo ou de erro grosseiro.

A despeito do silêncio da norma, defende-se a aplicação do entendimento do TCU, o qual prevê que a responsabilidade das pessoas jurídicas perante o tribunal é de natureza subjetiva, conforme o critério da culpa contra a legalidade.

A teoria da culpa contra legalidade é a tese jurisprudencial criada para presumir a culpa do agente quando há violação manifesta de um texto normativo. A expressão foi cunhada por Sérgio Cavalieri Filho (2006, p. 90-91), ao afirmar que há “[...] culpa contra a legalidade quando o dever violado resulta de texto expresso de lei ou regulamento [...]”. Essa teoria vem sendo aplicada, por exemplo, aos casos de responsabilidade civil por acidente de trabalho.

A primeira deliberação do TCU que tratou expressamente da matéria foi o Acórdão n. 1.254/2020 – Plenário, de relatoria do ministro Aroldo Cedraz, quando se discutiu a responsabilidade de empresa por sobrepreço identificado em contrato, não obstante a proposta tivesse ficado abaixo do orçamento estimativo da licitação.

Na ocasião, o ministro Benjamin Zymler proferiu declaração de voto na qual defendeu que essa responsabilidade também é de natureza subjetiva, baseado no critério da culpa contra a legalidade. Segue excerto da fundamentação adotada:

42. Não se pode olvidar que o contrato administrativo é espécie do gênero contrato, em que a vontade do contratado também é relevante para a formação do vínculo. Apesar de ele se submeter à potestade do Estado no que concerne às cláusulas de serviço e às disposições formais do ajuste – a minuta do contrato é parte do edital –, a vontade do contratado se faz plena na decisão de participar da licitação ou de ser contratado diretamente e na oferta da proposta de preço.

43. Dessa forma, o particular responde plenamente por essa manifestação voluntária tendente ao aperfeiçoamento do vínculo contratual, podendo a sua proposta ser desclassificada por sobrepreço ou por inexequibilidade. Mais ainda, firmada a avença, a vontade do contratado se integra à da Administração, motivo pelo qual ele também responde por eventual superfaturamento. [...]

52. Nesse ponto, registro que a responsabilidade do terceiro, nos termos do § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992, decorre da chamada culpa contra a legalidade. Considerando que o art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993 se destina não apenas à Administração, mas também aos particulares que atuam em colaboração com o Estado, quando das contratações públicas, compreendo que o agente privado incorre em culpa presumida ao deixar de seguir a regra posta e ofertar preços acima dos parâmetros de mercado. (Tribunal de Contas da União, 2020)

Essa posição foi posteriormente reafirmada no julgamento do Acórdão n. 84/2023 – Plenário, de relatoria do ministro Benjamin Zymler, de cujo voto condutor da decisão se transcreve a seguinte passagem:

49. No caso, observo que as empresas ofertaram preço abaixo do orçamento de referência, mas acima do valor justo de mercado, apurado posteriormente pelo TCU, a partir da eliminação de parte das inconsistências verificadas no orçamento estimativo elaborado no âmbito da SEP/PR. Assim, é preciso apurar a culpabilidade das recorrentes, diante do aludido contexto fático.

50. Quanto a isso, divirjo da assertiva do MPTCU de que “a percepção de valores indevidamente desembolsados pelo erário, ainda que ausente a culpa ou dolo do beneficiário, enseja o dever de restituição da quantia recebida injustamente”. Isso porque a responsabilidade dos particulares perante o TCU

também é de natureza subjetiva, sendo impositivo avaliar, nesses casos, a ocorrência da chamada culpa contra a legalidade.

[...]

52. Considerando que a culpa corresponde a um comportamento contrário a um dever de cuidado objetivo, é preciso perquirir qual a conduta exigida das empresas, no contexto em análise. (Tribunal de Contas da União, 2023)

Dessa forma, considerando-se que a culpa corresponde a um comportamento contrário a um dever de cuidado objetivo, uma empresa que desobedece às disposições contidas no regime jurídico-administrativo das contratações públicas e comete um dos fatos tipificados no art. 155 da nova LLCA atua em dissonância com o parâmetro de conduta esperado, pois age com culpa contra a legalidade. Todavia, defende-se que essa responsabilidade não está limitada à ocorrência de dolo ou erro grosseiro, uma vez que o art. 28 da LINDB somente se dirige à responsabilização de agentes públicos.

Já o art. 156, § 1º, da LLCA cuida dos critérios a serem adotados para a dosimetria das penas aplicáveis em razão das infrações licitatórias previstas no art. 155, consoante a disposição:

Art. 156. [...]

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados:

I – a natureza e a gravidade da infração cometida;

II – as peculiaridades do caso concreto;

III – as circunstâncias agravantes ou atenuantes;

IV – os danos que dela provierem para a Administração Pública;

V – a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

Como se vê, o § 1º do art. 156 da LLCA possui significativas semelhanças com o § 2º do art. 22 da LINDB. Tal como este último dispositivo, aquele impõe a avaliação da natureza e do grau de reprovabilidade da conduta, as peculiaridades, as circunstâncias do cometimento do ilícito e os danos causados à administração pública.

Quanto a isso, a Lei n. 14.133/2021 trouxe duas importantes novidades: a obrigatoriedade de avaliação do desempenho das contratadas, a cada ajuste, e a instituição do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações contratuais.

Conforme o § 3º do art. 88 da nova lei, a atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas será objeto de avaliação pelo órgão contratante, que considerará o desempenho daquele, a partir de indicadores objetivamente definidos e aferidos, e as eventuais penalidades, aplicadas. O órgão contratante emitirá um documento comprobatório da avaliação realizada, o qual constará do registro cadastral em que a inscrição da contratada for realizada.

A anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado será condicionada à implantação e à regulamentação do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, nos termos do § 4º do art. 88 da nova LLCA. O registro dessas informações deve ocorrer de forma objetiva, em atendimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência.

O objetivo dessa anotação “é possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuírem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral”, consoante a parte final do dispositivo. Considerando-se que a lei não especificou que medidas de incentivo seriam essas, a matéria deve ser objeto de regulamentação.

Além desse propósito, compreende-se que as informações contidas no cadastro de atesto de cumprimento de obrigações podem ser usadas na dosimetria de eventuais sanções aplicadas à contratada, com fulcro no art. 22, § 2º, da LINDB, aplicados por analogia.

4. Conclusão

As novas disposições da LINDB introduzidas pela Lei n. 13.655/2018 buscaram reforçar os primados da segurança jurídica e da eficiência na aplicação das normas de direito público.

Dentro dessa matriz principiológica, é possível afirmar que a Lei n. 14.133/2021 reverberou esses objetivos ao contemplar regras tendentes a reforçar a segurança jurídica dos agentes públicos encarregados de impulsionar as contratações públicas, dos contratados e dos próprios negócios jurídicos pactuados.

Além disso, a nova LLCA previu critérios para a dosimetria de sanções e instituiu um dever reforçado de motivação para aplicação de penas e para invalida-

ção de atos e contratos, ao impor maior ônus argumentativo para a autoridade encarregada de decidir, calcado na análise de consequências.

Aliás, a LLCA reforçou o papel orientador das assessorias jurídicas, controladorias e dos próprios tribunais de contas, que devem estar atentos ao aprimoramento da governança das contratações públicas, dos controles preventivos e da gestão de riscos das entidades fiscalizadas, ainda que identifiquem irregularidades aptas a ensejar o controle sancionatório.

Por fim, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos reservou aos tribunais de contas papel mais ativo na capacitação dos servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução dessa norma.

Paralelamente a isso, é importante que as entidades busquem estruturar setores voltados ao acompanhamento da jurisprudência do tribunal de contas competente, a fim de extrair os entendimentos mais relevantes em matéria de contratações públicas. Da mesma forma, a administração deve identificar e catalogar as orientações das advocacias públicas do ente ao qual esteja vinculada, de suas controladorias e do órgão central de controle interno.

Esse acompanhamento deve estar inserido dentro de uma estrutura de governança de suas contratações, constituída por processos e estruturas, mesmo de gestão de riscos e controles internos, para que os processos licitatórios e os respectivos contratos sejam avaliados, direcionados e monitorados.

Agindo dessa forma, os administradores públicos estarão aptos a evitar o cometimento de erros grosseiros na aplicação da Lei n. 14.133/2021 e de seus regulamentos e a dar a eficiência e a efetividade necessárias ao exercício de suas funções administrativas.

Referências

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 63-92, 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 43-61, 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei n. 13.655/2018). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, 2020.

TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos. A teoria das invalidades na nova lei de contratações públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos. **Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)**, Belo Horizonte, ano 19, n. 72, p. 117-141, jan./mar. 2021.

A reinvenção do controle interno em matéria de licitações e contratos: parâmetros constitucionais de observância e aspectos de governança interna

Geraldo Leite²⁰⁸
Manoel Castelo Branco²⁰⁹

1. Introdução

Este estudo, ante o amplo leque das inovações, o aumento do rigor normativo da Lei n. 14.133/2021 e os desafios percebidos pelos agentes incumbidos das funções da seara, para implementação e operacionalização de seus procedimentos, centra a atenção em relevante instituto da norma, que é seu sistema de controle interno.

Ante a novidade, ainda que em diálogo e conexão com órgãos e sistemas de controle da administração já institucionalizados, a abordagem do mecanismo operacional de controle preventivo das contratações deverá ser precedida de visão geral dos sistemas de controle da administração pública (interno, externo e social), para se situar e se conceituar o novo sistema, em suas especificidades e por suas diretrizes centrais.

208 Advogado, consultor legislativo da Câmara dos Deputados na área de direito constitucional, eleitoral, municipal, administrativo, processo legislativo e Poder Judiciário. Mestre em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em justiça constitucional e tutela dos direitos pela Universidade de Pisa, Itália. Licenciado em estudos sociais pela Faculdade de Ciências de Curvelo (MG).

209 Advogado, administrativista, mestre em estado, governo e políticas públicas pela Faculdade Latinoamericana de Ciências Sociais (Flacso/Brasil). Bacharel em direito pelo Centro Universitário de Sete Lagoas (MG), especialista em direito administrativo, direito internacional e direitos humanos, e em direito eleitoral pela PUC-Minas. Cursante no programa para doutorado em direito constitucional pela Universidad de Buenos Aires. Especialista em filosofia contemporânea pela UFMG, licenciado em filosofia pela PUC-Minas.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos contém inovações importantes e desafiadoras para controle das contratações públicas e estabelece três linhas de defesa: a primeira, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; a segunda, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; e a terceira, integrada pelo órgão central de controle interno da administração e pelo tribunal de contas.

Comparada à Lei n. 8.666/1993, que vigorou por mais de três décadas, a Lei n. 14.133/2021 introduz uma verdadeira reinvenção do controle interno da administração pública no âmbito das licitações e contratos. Na lei revogada, o controle interno é escassamente mencionado, sempre em posição secundária e associado aos tribunais de contas. Na nova lei, identificam-se dezenas de referências e qualificadas atribuições, em reiterada linha de reconhecimento da relevância do órgão controle interno.

O destaque dado ao controle interno pela nova lei lembra afirmações comumente proferidas pelo senso comum e na gestão privada, das mais simples às mais sofisticadas: “o que engorda o boi é o olhar atento do dono” ou “quem não pode controlar não pode empreender”.

Nesse ponto, parece conveniente delinear-se a serventia do controle próprio (interno) nos empreendimentos humanos em geral e, especialmente, na administração pública. Em formulação simples, o controle pode ser definido como a função administrativa constituída das atividades destinadas a avaliar a execução do planejamento proposto, a acompanhar as ações, projetos e programas desenvolvidos, a verificar a observância das normas e os padrões estabelecidos e a indicar correções para problemas e disfunções identificados. Não é exagerado dizer: na gestão privada o controle assegura a própria continuidade do empreendimento.

Sem ter, por função, que garantir a sobrevivência da administração pública, que é permanente e não sujeita à falência ou ao desaparecimento, o controle interno orienta-se por outra sorte de incumbências e medições: melhor utilização dos recursos públicos; razoável segurança; prevenção de riscos; maior alcance possível dos objetivos institucionais; maior realização possível dos direitos dos cidadãos; e vinculação ao ordenamento jurídico.

Não obstante a relevância, na administração pública sempre se ressaltam as dificuldades para um controle interno efetivo, tomado quase sempre como algo secundário ou até mesmo como a parte incômoda da gestão. Acrescenta-se, ainda, a concepção reducionista prevalente até a Constituição de 1988 de que controle interno é tão-somente sinônimo de controle hierárquico. A propósito, não faltam os que identificam o Estado como péssimo controlador, ou o pior, segundo Bandeira de Mello (2004, p. 223).

A nova lei supõe a superação dessas dificuldades ao prever que as contratações se submetam “a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo” e ao atribuir aos agentes do próprio órgão ou entidade o dever de realizá-las, seja na qualidade de servidores e de empregados públicos, de agentes de licitação ou de governança, seja como agentes das unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade, seja, ainda, como agentes do órgão central de controle interno (art. 169).

Em outras palavras, o controle administrativo participará de modo decisivo para realizar os objetivos do processo licitatório estabelecidos na lei, quais sejam: assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a administração pública; assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e justa competição; evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; e incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável (art. 11).

O presente ensaio se propõe fundamentalmente a compreender os desafios do controle interno nos termos em que foram estabelecidos pela Lei n. 14.133/2021. No percurso, examina-se como legitimidade e controle se entrelaçaram indissociavelmente no estado constitucional moderno para, em seguida, situar o controle da administração pública em sua formulação atual. Feito isso, cuida-se de precisar as exigências da nova lei para um tipo específico de controle, aquele realizado pelos agentes e pelos órgãos especializados do próprio órgão ou entidade.

2. Visão geral do controle da administração pública

A adoção de sistemas de controle pela Administração decorre da proposta do Estado de Direito liberal, fundamentada na separação e independência dos poderes, conforme defendido por Montesquieu (1985) em seu célebre livro

O Espírito das Leis. Essa abordagem foi aprimorada com a introdução de novos mecanismos e instrumentos de controle, especialmente com o advento do Estado Democrático de Direito e a promulgação da Constituição brasileira de 1988.

Sob os ditames da legalidade do Estado de Direito, ao princípio de que o Estado e seus governantes são submetidos ao império da lei, e sob a flexibilização da supremacia do Estado ante os direitos da sociedade e dos indivíduos, esses sistemas foram acrescidos, nos processos históricos de democratização do Estado, de mecanismos de participação das sociedades nas decisões públicas e na destinação da aplicação dos recursos públicos, em atendimento a demandas sociais e sob formas de controle social.

Uma visão primeira dos sistemas de controle da administração pública deverá focar-se nos fundamentos do estado constitucional moderno, pela principiologia central de legalidade e de legitimidade e da limitação da supremacia do Estado (controle de poder), em que os conceitos e enfoques passam a ser legalidade e legitimidade, e controle.

2.1. Fundamentos do controle das atividades do estado

Controle e legitimidade são conceitos distintos que se entrelaçam de modo indissociável na formulação do estado constitucional moderno. Para sua formação conceitual, concorreram teorias de justificação (legitimidade) e teorias de limitação (controle) do poder, o que resultou em modelo que se distinguirá das formas de exercício do poder conhecidas até então.

A legitimidade pode apresentar múltiplos conteúdos, quantos forem os povos ou os períodos históricos considerados, tais como derivação do poder divino, tradição, convenção, título, qualidades pessoais, mandato etc. De todo modo, diz respeito à justificação do poder político e da ordem jurídica que ele estabelece, bem como à aceitação e à validação, pelos destinatários, dos direitos e dos deveres que deles decorrem.

O controle se refere à limitação do poder e envolve o estabelecimento de mecanismos internos e externos de vigilância e fiscalização. Esses mecanismos têm a função de prevenir abusos e garantir que o exercício do poder ocorra de acordo com regras e finalidades específicas que o regem.

Com esses ingredientes, o moderno Estado de Direito tornou-se a experimentação de um pensamento político singularmente rico, pois tanto se ocupou, repitadamente, do problema da justificação do poder quanto do problema dos limites do exercício do poder.

O fundamento racional do estado moderno remete à associação voluntária de homens livres e iguais para a formação de uma ordem, frente à qual se conservam titulares da soberania e coautores e destinatários das normas jurídicas. Assim, a constituição da ordem jurídica e política que caracteriza o moderno Estado de Direito parte de um fundamento estruturante, qual seja liberdade e igualdade reconhecidas entre pessoas voluntariamente associadas, as quais permanecem titulares do poder que constituem e coautoras das normas instituídas para a convivência comum e para o exercício do próprio poder. Tal justificação não se apoia em qualquer garantia meta-social, senão na racionalidade, ainda que simbólica, de uma associação voluntária de pessoas livres e iguais, as quais são origem e finalidade da própria ordem constituída.

Como par desse fundamento, o moderno Estado de Direito também foi idealizado a partir de diversas teorias de limitação do poder político, as quais, em linhas gerais, o concebem como necessariamente subordinado à mesma lei que impõe a observância dos cidadãos, o reconhecimento e a positivação dos direitos desses cidadãos, a separação dos poderes e, outra vez, a soberania como pertença de uma comunidade de pessoas iguais, livremente associadas.

Na concretização do pensamento político herdado, o Estado liberal deu contornos próprios à legitimidade e à limitação do poder. Ao mitigar, na prática, o princípio da comunidade soberana de Rousseau, a legitimidade tornou-se sinônimo de legalidade estrita, porque se reportava à lei e ao procedimento formal de aprovação dominados ou influenciados por uma minoria. De outra parte, o controle da administração pública também se fundamentava na observância do princípio da legalidade e na possibilidade de controle judicial (da legalidade) dos atos administrativos.

O estado social também deu conformações próprias à legitimidade e findou por ser apontado como ilegítimo e opaco ao controle²¹⁰. O problema fundamental era a difícil compatibilização entre o princípio da comunidade soberana e os

210 Segundo Simões Pires e Nogueira (2004, p. 79), para alguns autores o controle foi exaurido no âmbito do estado social.

controles formais da separação dos poderes, a intensa atividade prestadora, a modelação social, a condução econômica. Mesmo as defesas mais intransigentes do estado social não podem desconhecer-lhe a face autoritária e monopolista, bem como as dificuldades de controle de uma burocracia cristalizada no Poder Executivo.

No Estado Democrático de Direito, legitimidade e controle são reconstruídos a partir do nexos com as diversas dimensões dos direitos fundamentais, criando-se condições para formação da vontade pública de maneira racional e participativa e para ampla sindicância da administração, que se deve orientar pelo próprio conteúdo desses direitos. Afasta-se, assim, a redução do controle aos mecanismos institucionais, ao exame formal de legalidade e mérito de atos singulares e aos parâmetros exclusivamente econômicos.

2.2 Funções administrativas, controle e relações com as licitações e contratos

Na ciência da administração, sob os postulados da abordagem neoclássica²¹¹, a administração é concebida como processo dinâmico e interativo composto das seguintes funções: planejamento, organização, direção e controle. Planejar é determinar antecipadamente quais são os objetivos e, também, o modo como serão alcançados. Organizar é dividir trabalho, agrupar atividades numa estrutura lógica, designar pessoas para executá-lo, distribuir e alocar recursos, coordenar e integrar esforços, tudo isso em função dos objetivos e planos estabelecidos. Dirigir é comandar e coordenar indivíduos, grupos e ações, processo que se relaciona com a interpretação dos objetivos e planos, assistência, motivação, liderança, resolução de conflitos. Controlar é verificar se as atividades realizadas estão conduzindo ou não ao alcance dos objetivos estabelecidos e dos resultados esperados (Chiavenato, 2001).

A atividade da administração pública também se desenvolve a partir das funções de planejamento, organização, direção e controle. Contudo, nesse campo,

211 Segundo Chiavenato (2001, p. 191), o termo “teoria neoclássica” é um tanto exagerado, pois seus autores (Peter Drucker – principal expoente –, Ernest Dale, Harold Koontz, Cyril O’Donnel, Michael Jucius, William Newman, Ralph Davis e outros), embora não apresentem pontos de vista divergentes, também não se preocupam em se alinhar dentro de uma organização comum. Desse modo, os autores neoclássicos não formam propriamente uma escola bem definida, mas um movimento relativamente heterogêneo.

as peculiaridades são de tal ordem que não se podem transpor imediatamente conceitos e institutos sem a medida exata das variáveis que caracterizam a administração pública.

No plano mais elevado da diferenciação, encontram-se a finalidade e o dever – que predominam em todas as relações de administração, como bem assinala Cirne Lima (2007) –, os quais são redefinidos pelo caráter público e pela incumbência de realizar uma ordem de valores indisponíveis por natureza. Assim, a relação de administração pública se informa por um rol de princípios que não encontra correspondência na administração privada, ainda que coincidam em alguns pontos.

No que se refere ao controle, a relação de administração pública o qualifica como função e dever. Segundo Pereira Júnior (2005, p. 19):

[...] controlar significa, basicamente, o exercício de uma função política, de um dever jurídico e de uma etapa ínsita a todo processo sistêmico de trabalho. É manifestação de função política porque decorre necessariamente da Constituição, da aplicação dos freios e contrapesos que viabilizam a harmonia e a independência entre os Poderes, coibindo-lhes os eventuais abusos. É dever jurídico porque predeterminado à produção de resultados de interesse público, que é o que se espera do funcionamento de qualquer sistema estatal em favor das populações. É também etapa necessária de um processo sistêmico de trabalho na medida em que toda atuação estatal deve almejar gestão eficiente e eficaz dos meios que a sociedade deposita nas mãos dos gestores públicos. É o devido processo legal aplicado às relações de administração entre o Estado e os cidadãos.

Com essa compreensão, passa-se a relacionar a função de controle com as demais funções administrativas, principiando pelo planejamento, e com as licitações e contratos administrativos.

No setor público, o planejamento é atividade técnico-jurídica, objeto das leis de iniciativa do Poder Executivo que estabelecem o Plano Plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. Esses instrumentos formais do processo orçamental são necessariamente integrados entre si e formam a base institucional-legal de planejamento e execução do gasto público nas suas diversas modalidades. Ademais, não se reduzem à simples alocação de receitas e despesas diante da impositiva necessidade de se fundamentarem em resultados, com indicadores e metas.

Vale observar que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos destaca o dever de planejamento e alinhamento das contratações ao planejamento estratégico do órgão ou entidade e às leis orçamentárias. De modo expresse, a lei institui uma etapa de planejamento das contratações, denominada “fase preparatória”, a qual deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias (art. 18).

A execução do orçamento público, dos planos, programas e ações de governo é subordinada a diferentes tipos de controle. A Constituição Federal atribui às casas legislativas, mediante controle externo, e ao sistema de controle interno de cada Poder o desempenho da atividade institucional de controle relativa “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas” (art. 70).

A função “organização” diz respeito à estruturação e integração dos recursos, pessoas e órgãos da entidade em função do planejamento proposto. Certamente, a organização da Administração Pública se fundamenta no princípio da divisão dos poderes e na repartição de competências entre os entes federativos, mas esses aspectos não serão examinados no presente ensaio.

Um aspecto relevante a ser destacado na relação entre organização e controle é o que se denomina “segregação de funções”, que “consiste em princípio básico de controle interno administrativo que separa, por servidores distintos, as funções de autorização, aprovação, execução, controle e contabilidade”, conforme o disposto no subitem 8.1.1 do Manual Siafi 020315 – Conformidade Contábil²¹².

A Lei n. 14.133/2021 erigiu a segregação de funções como um dos princípios orientadores das licitações e contratos administrativos e estabeleceu situações concretas para a respectiva aplicação. Nesse sentido, dá-se o exemplo do disposto no art. 7º, segundo o qual incumbe à autoridade máxima do órgão ou da entidade promover gestão por competências e designar agentes públicos para desempenho das funções essenciais à execução da lei, vedada a designação do mesmo agente “para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação”.

212 Ver em <https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/cosis/manuais/siafi/020315>, acessado em 18/10/2023.

Na regulamentação do § 3º do art. 8º da LLCA, para dispor sobre as regras de atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, o funcionamento da comissão de contratação e a atuação dos gestores e fiscais de contratos, o Decreto n. 11.246/2022 indica certa temperança ao prever a aplicação do princípio da segregação de funções “em funções mais suscetíveis a riscos” (art. 12, *caput*), a avaliação na situação fática processual e a possibilidade de ajuste, no caso concreto, em razão da consolidação das linhas de defesa, da complexidade da contratação e do valor (parágrafo único).

Referido comedimento na formulação do conteúdo do princípio parece-nos imprescindível, sobretudo em relação aos municípios de pequeno porte, os quais, dado o diminuto quadro de servidores, poderão enfrentar dificuldades para a aplicação.

Quanto à função “direção”, vale anotar que a administração pública como empreendimento humano não pode se mover senão pela ação das pessoas. O aparelho do Estado seria um amontoado de coisas não fosse o gênio humano a lhe constituir e a lhe dar significado, estrutura e organização, e este fazer implica sempre a agregação de poder. O Estado é um centro de poder por excelência e isso se irradia para o seu aparelho: poder de institucionalizar normas, organizar a vida social, coagir, decidir conflitos, interferir na esfera individual e coletiva. Por muito tempo, a exacerbação do poder do Estado foi o tom predominante do direito administrativo. Indicando rompimento com essa tônica, nos tempos atuais tem-se referido ao poder da administração pública como um poder-dever.

Para Medauar (2004), o significado do poder administrativo será bem apreendido se vier explicado ou transmutado com base na ideia de função, em que o dever surge como elemento ínsito ao poder e ressalta o seu caráter instrumental.

O modelo de autoridade justificada de antemão pela competência do órgão e apoiada na diferenciação hierárquica de feição piramidal caminha em descompasso com as exigências do princípio democrático e não menos com a complexidade da atividade administrativa. Mais do que comando vertical, o que se exige numa ordem democrática é coordenação de esforços, valorização das equipes de trabalho, comunicação intensiva, permanente postura dialógica, esforço preventivo, realização de valores.

Essa compreensão dirige a atividade de controle, nomeadamente o controle interno, para a perspectiva de um processo contínuo de avaliação e aprimoramento organizacional, o qual deve ser desempenhado, mediante diferentes

mecanismos, por dirigentes dos órgãos e entidades da própria Administração, por órgãos e unidades especializados previstos no art. 74 da Constituição de 1988 e pelas equipes de trabalho. Não é outro o sentido das linhas de defesa estabelecidas no art. 169 da Lei n. 14.133/2021. Em necessária articulação de esforços, essa pluralidade de agentes, unidades e órgãos deve promover a adoção de práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo.

Por fim, vale a reprodução literal do parágrafo único do art. 11 da lei, segundo o qual

Art. 11. [...]

Parágrafo único. “a **alta administração do órgão ou entidade** é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no *caput* deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações”. (destaque do nosso)

Anote-se que o dispositivo legal transcrito sintetiza os conteúdos brevemente examinados nesse subtítulo, ao relacionar entre si todas as funções administrativas antes referidas (planejamento, organização, direção e controle) em prol da efetivação dos objetivos das licitações públicas nas condições preconizadas pela norma.

2.3. Tipologia dos controles da administração pública

Encontram-se na doutrina diversas classificações para controle da administração pública e, embora diversificadas, não apresentam diferenciações substanciais entre si. Aqui, adota-se a seguinte classificação: a) quanto ao momento de efetivação: controle prévio, controle concomitante e controle posterior; b) quanto à forma de instauração: controle de ofício e controle mediante provocação; c) quanto ao posicionamento do órgão controlado ou controlador: controle interno e controle externo; d) quanto ao órgão ou agente que o exerce: controle parlamentar, controle executivo, controle judiciário, controle pelo Ministério Público, controle pelo Tribunal de Contas e controle social; e) quanto à vinculação ao direito: controle de juridicidade; f) quanto ao objeto sindicado: controle de ato, controle de atividade e controle de gestão.

Os controles são prévios quando realizados como preparatórios de decisão ou atividade, consoante os casos em que se exigem audiências, autorizações, pareceres. Concomitantes são os controles realizados no curso da execução da decisão ou atividade. Posteriores são os controles exercitados após a edição de um ato ou depois de concluída uma atividade. Quanto à forma de instauração, os controles podem ser iniciados mediante provocação do interessado, através dos instrumentos legais disponíveis (administrativos ou judiciais), ou podem ser iniciados de ofício. Quanto à posição do órgão controlador ou controlado, o controle pode ser interno ou externo. O primeiro é exercido por órgãos ou agentes que integram a estrutura da administração pública e o segundo é exercido por órgãos ou agentes estranhos a ela.

A vinculação ao direito é sindicada no âmbito do controle de juridicidade, sob o entendimento de que as condições de legitimidade do estado democrático de direito remetem qualquer ato ou atividade e a própria gestão pública ao direito – conjunto de normas e princípios –, não somente a uma regra isolada.

Por fim, quanto ao objeto sindicado, os controles alcançam os atos e atividades, bem como a própria gestão. No primeiro caso, a função de controle é exercida sobre o ato singular. No segundo, o controle é exercido sobre um conjunto de atos integrados. Por sua vez, o controle de gestão engloba todas as funções administrativas, as atividades desenvolvidas, o desempenho real da administração pública.

2.4. Considerações adicionais sobre controle interno

Na codificação terminológica adotada, interno é o controle realizado pela administração pública sobre si mesma, também denominado “controle administrativo”, e distribuído em uma pluralidade de órgãos, agentes e formas. Durante muito tempo prevaleceu uma concepção apegada à fórmula restritiva de controle interno como controle hierárquico de legalidade e mérito, o que bloqueou investigações de uma nova compreensão do controle adequado à complexidade da atividade administrativa e às demandas sociais.

Com efeito, o controle que a própria administração pública exerce sobre seus atos e atividades e sobre a gestão é o mais amplo dentre todas as vertentes de controle institucional. Está desvinculado dos limites que os demais controles possuem em decorrência do princípio da separação dos poderes. Goza da intimidade com o objeto controlado, situação que lhe permite conhecimento imediato

de disfunções e irregularidades, bem como imediata intervenção. Opera em todos os órgãos e alcança todos os agentes públicos através do poder hierárquico. Dispõe de órgãos e agentes especializados que, nessa condição, podem dominar uma extensa rede de informações e atuar de modo permanente sobre os problemas detectados. Pode envolver todas as equipes de trabalho, mesmo no nível técnico e operacional, condição que lhe possibilita criar uma cultura de avaliação e correção.

Essas características fazem do controle interno um controle multidimensional e sem par entre as espécies de controle institucional. Nenhum outro dispõe de igual abrangência, como também não dispõe das mesmas condições de proximidade para se inserir na gestão pública em tão estreita correlação com as demais funções administrativas, com a própria comunidade e com as demais vertentes de controle.

Assim, o controle administrativo se distingue dos demais controles institucionais. É o mais abrangente e o mais rico de possibilidades em termos de correção de irregularidades, proteção do patrimônio público, intervenção nas disfunções, consolidação de informações para tomada de decisão e avaliação dos planos e programas de governo.

Não obstante, em diversos órgãos e entidades da administração pública, notadamente no âmbito municipal e dos municípios de menor porte organizacional e financeiro, o controle interno existente é ainda precário. Muitas vezes só se descobre uma execução contratual mais onerosa que a realidade de mercado quando uma auditoria do Tribunal de Contas, por exemplo, a detecta. Ou quando surge um problema na execução do contrato, seja de fornecimento ou prestação de serviços. Nessa linha de displicência ou inoperância, arrolam-se inúmeros exemplos de malversação do dinheiro público, além de outras situações de violação do direito, realidade que alcança igualmente as esferas estadual e federal, embora nestas haja melhores condições de estruturação do controle interno.

Ziller (1993, p. 435), em estudo de direito comparado na Comunidade Europeia, afirma que “os controles internos da administração são, frequentemente, negligenciados, ressalvados os estudos jurídicos do poder hierárquico”²¹³. No Brasil, o quadro se repete sem maiores alterações. Além da lacuna doutrinária que

213 “[...] Les contrôles internes à l’administration sont souvent négligés, sauf pour ce qui est de l’étude juridique du pouvoir hiérarchique.” (tradução do autor)

somente nas duas últimas décadas começa a ser preenchida, tradicionalmente, a maioria dos publicistas examina o controle interno como sinônimo de controle hierárquico e ainda reputa o controle jurisdicional como o mais importante.

Esse quadro exige certo esforço de investigação e de novas formulações capaz de emparelhar os controles numa estatura equitativa e complementar, todos igualmente importantes, sobretudo se destinados a concretizar o estado democrático de direito. Nesse ponto, apresenta-se a contribuição de Freitas (2004, p. 99): “No tocante à densidade democrática, não há, a rigor, nenhum controle mais relevante, apenas existindo funcionalmente aquele que deve proferir a derradeira palavra (o jurisdicional)”.

Esse posicionamento reclama revisão das lições relativas ao controle da administração pública para se compreendê-lo como função multidimensional, permanente e necessária, o que não se efetivará sem reconhecimento e valorização de todos os mecanismos, internos e externos, institucionais e sociais. A multiplicidade de instâncias e mecanismos e a variedade de critérios de avaliação permitem que os controles se complementem e cumpram papel mais amplo, principiando pelo próprio controle administrativo.

Para conclusão do tópico, a Lei n. 14.133/2021 compreende controle interno como controle multidimensional, inserido na gestão pública em tão estreita correlação com as demais funções administrativas. Daí dizer-se na introdução que, comparada à Lei n. 8.666/1993, a nova lei implica verdadeira reinvenção do controle administrativo no âmbito das licitações e contratos.

3. Um controle interno no âmbito das licitações e contratos

O foco desse breve estudo, como informado nas considerações feitas, é tecer alguns apontamentos sobre a inovação da Lei n. 14.133/2021, nova regência para as licitações e contratos administrativos, em substituição à Lei n. 8.666/1993 e suas alterações, à Lei n. 10.520/2002 e ao regime diferenciado de licitações da Lei n. 12.462/2011, sobre o sistema de controle das licitações públicas.

Já comentado em linhas gerais, o controle da administração pública, como tematizado na doutrina do direito público, vincula-se ao paradigma clássico do Estado de Direito liberal, nos aspectos da legalidade e da legitimidade dos atos administrativos e da limitação do poder estatal em relação à sociedade e aos indivíduos

ou a submissão do Estado e seus agentes à lei. No caso brasileiro, o controle está instituído no ordenamento da Constituição de 1988, sob o paradigma do estado democrático de direito, a ser exercido por órgãos de controle externo institucional do sistema de freios e contrapesos entre os Poderes e mediante o controle social compartilhado entre os órgãos administrativos e as representações sociais, e pelos serviços de controle interno no âmbito das esferas e das competências administrativas de cada Poder.

3.1 Alguns parâmetros constitucionais em consideração

Indo ao ponto de interesse, põe-se realce no capítulo III, arts. 169, 170, 171, 173, da Lei n. 14.133/2021 em cotejo com a legislação que ora é substituída, especialmente a Lei n. 8.666/1993, com as normas gerais para as licitações e contratos, além de diversos atos e procedimentos introduzidos para realização de licitações, para contratações de fornecimento de produtos ou para prestação de serviços, e com as disposições para observância de maior rigor na prática dos atos e sobre a ampliação do leque dos agentes com estes envolvidos. Referido capítulo inova no ordenamento jurídico ao instituir o sistema específico de controle das licitações, a partir das disposições do art. 169 com as diretrizes para a dinâmica desse “controle interno”, a se ocupar dos “riscos” e da “gestão de riscos”, com “linhas de defesa” a serem acionadas e os órgãos e agentes incumbidos do “controle preventivo”, além do “controle social”.

Um ponto a chamar a atenção são os parâmetros trazidos à baila pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, já assim batizada pelos intérpretes. Os vocábulos “risco/riscos”, que aparecem 49 vezes nas disposições da LLCa, fazem referência a diversos aspectos conceituais de aplicação, como riscos contratuais, riscos na relação contratual, riscos de insucesso na execução, riscos ambientais ou sociais, riscos de ferimento dos aspectos legais, porém deixando, ainda assim, uma grande margem em aberto para o amplo conceito de “risco”. O termo “controle” aparece 34 vezes no texto legal, em referência aos órgãos incumbidos dessa atividade, ao sentido de “domínio” sobre as ações, ao controle interno e externo, ao controle preventivo, ao controle prévio de legalidade, ao controle de qualidade e ao controle social. O termo “gestão de riscos” aparece duas vezes: uma vez no parágrafo único do art. 11, o qual relaciona os termos “governança”, “controles internos” e “gestão de riscos”; outra no *caput* do art. 169, sobre “controle preventivo” por “práticas contínuas e permanentes” de “gestão de riscos”. Já o termo “governança” aparece duas vezes: uma vez no

dispositivo supramencionado; outra no inciso I do art. 169, sobre a atuação dos servidores envolvidos nos procedimentos das licitações.

Esses apontamentos, a partir da matriz inaugurada pelo art. 169 e seguintes, e em visão panorâmica sobre o conjunto das disposições da lei, chamam a atenção sobre o modelo de Estado e de gestão pública que preside o instituto normativo e seus preceitos práticos, bem assim sobre o ambiente normativo da instituição desses comandos e seu contexto histórico e social.

Situarem-se os quadros de inserção dos institutos normativos é trabalho importante deixado aos intérpretes das leis, porque esses institutos (as leis, códigos ou regulamentos) são editados em linguagem abstrata e de forma objetiva e direta. No entanto, sua edição é possibilitada em determinado momento histórico e social e, posteriormente, a implementação da sua utilização efetua-se também em sintonia ou em conflito com o contexto cultural e com o ambiente jurídico e social. Algumas notas sobre esses pontos podem ser importantes para melhor compreensão das novas práticas comportamentais consignadas na LLCA em foco, notadamente sobre seu sistema de controle preventivo interno e de gerenciamento de riscos, por uma governança participada gerencial que profissionalize os agentes e integre as ações.

Vem o Brasil de um histórico disruptivo e de fragmentação constitucional e normativa. No período de 200 anos desde a Independência em 1822 foram editadas sete Constituições (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988), com revogação das anteriores e preservação de determinadas instituições ou institutos, ou alteração (interferência) na dinâmica institucional. No mesmo período, houve evolução histórica nos modelos de Estado (o imperial monárquico, o republicano oligárquico, um desenvolvimentista autocrático, um desenvolvimentista democrático, um reacionário militarizado e repressivo, e finalmente a restauração democrática com o atual modelo democrático e de direito). Nesse transcurso, processou-se também a evolução dos modelos de serviço público e de gestão pública, desde a origem patrimonialista e clientelista, passando pela implantação da burocracia administrativa para a modernização e racionalização das práticas públicas, até os modelos complementares do gerenciamento e da *accountability*, por atribuições técnicas e prestação de contas, para alcance de melhores resultados de gestão, e finalmente a gestão com participação dos segmentos interessados, fazendo o controle social.

A Lei n. 8.666/1993 veio em resposta a um comando constitucional consignado no art. 37, inciso XXI, da Constituição de 1988, segundo o qual:

[...] “as obras, serviços, 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”.

Esse parâmetro foi replicado e enriquecido no art. 3º da redação originária da referida norma, com os princípios do art. 37, *caput*, da Carta de 1988 (legalidade, impessoalidade, publicidade e moralidade) e, posteriormente, foi atualizado por força da Lei n. 12.349/2010, que lhe acrescentou o conceito de “desenvolvimento nacional sustentável”, sem no entanto lhe serem incorporadas as alterações introduzidas no ordenamento constitucional, concernentes à organização administrativa e aos processos públicos, pela Emenda Constitucional n. 19/1998, como o princípio da “eficiência” e seus corolários, conceitos técnicos de gestão.

A opção do legislador, em vez de emendas e alterações pontuais na legislação vigente, foi a edição de outro diploma regulatório por inteiro sintonizado à nova matriz normativa. A esse respeito, as diretrizes do ordenamento constitucional refletem-se nas disposições normativas do instituto de regulação das licitações, seja em seus comandos gerais de condução da matéria, seja naqueles aspectos de inovação, como o seu sistema de controle.

Para maior clareza, indo ao ordenamento constitucional, destacamos a novidade que representaram as diretrizes introduzidas pela Emenda Constitucional n. 19/1998 em relação à principiologia de regulação da administração pública do arcabouço constitucional anterior. Em sua redação original, a principiologia do ordenamento constitucional (art. 37) regente dos atos administrativos vinculava-se ao paradigma do estado de direito e democrático de direito: a legalidade (que se desdobra em legitimidade e juridicidade), a impessoalidade (que se traduz em universalidade do acesso), a publicidade (como transparência) e a moralidade (probidade) e, também, o “controle” como limitação de poder e vigilância sobre os atos. Por força da Emenda Constitucional n. 19/1998, é introduzido na principiologia administrativa (a partir do art. 37) e reforçado no ordenamento o comando da “eficiência”, de uma matriz conceitual gerencial que se traduz em termos de desempenho e resultados, responsabilidade e prestação de contas.

Um cotejo de redações da Constituição, e por força da Emenda Constitucional n. 19/1998, expõe um quadro de visualização da inserção de comandos e princípios que sinalizam para certo divisor em relação à introdução da eficiência na principiologia do art. 37, *caput*, e ao conceito de desempenho, aplicado às funções dos agentes públicos ou de órgãos, e sobre resultados a serem perseguidos e obtidos.

	Legalidade	Impessoalidade	Publicidade	Moralidade	Eficiência
Constituição	Legalidade: 8 Ilegalidade: 8	1	6	3	2 + 1
Emenda 19	0	0	0	0	1

Fonte: elaboração própria.

Apesar de minoritária, a menção do conceito da “eficiência” pela Emenda Constitucional n. 19/1998 é relevante pela sua localização no arcabouço da Constituição. As duas menções anteriores são setoriais: uma no art. 74, inciso II, sobre “sistemas de controle interno” no âmbito dos respectivos Poderes; outra no art. 144, § 7º, sobre o desempenho dos órgãos da segurança pública e suas atividades. Já pela Emenda Constitucional n. 19/1998, o comando é introduzido no centro da principiologia normativa da administração pública em geral, para se desdobrar em termos referentes a padrões de medida como “desempenho” e “avaliação”.

O termo “desempenho”, sobre performance de agentes ou órgãos, ou resultados obtidos

	Menções
Antes da Emenda 19	0
A partir da Emenda 19	9
Emenda 19	7
Emenda 42	1
Emenda 45	1

Fonte: elaboração própria.

Apesar de a redação original da Constituição, como exposto nos apontamentos anteriores, instituir um ampliado “sistema de controle” da administração pública, “externo” por balanço de equilíbrio e fiscalização exercido por poderes, “social” mediante participação de segmentos da sociedade juntamente com representantes do próprio serviço público, e um controle interno por agentes envolvidos nos atos administrativos e por um órgão central incumbido do múnus, é novo o foco sobre o “desempenho” das atividades de agentes e órgãos e sobre os resultados obtidos, como na gestão das finanças públicas e das políticas públicas, e dos serviços públicos.

O termo “avaliação”, sobre a desempenho de agentes ou órgãos, ou resultados obtidos

	Menções
Antes da Emenda 19	1
A partir da Emenda 19	15
EC 19/1998	6
EC 29/2000	1
EC 103/2019	2
EC 108/2020	4
EC 109/2021	2

Fonte: elaboração própria.

A única inserção do termo “avaliação” na composição constitucional originária está no art. 209, inciso II, da Carta de 1988 e se refere (apesar de importante) tão somente ao monitoramento da concessão do serviço de ensino à iniciativa privada, para preservação da qualidade e dos fins. As quinze inserções posteriores, seis das quais por força da Emenda Constitucional n. 19/1988, são todas referentes a aspectos gerenciais de monitoramento do desempenho das atribuições dos agentes e órgãos e visam à obtenção de melhores resultados por funções, na perspectiva da eficiência da gestão. Em se considerando o arcabouço normativo e as finalidades precípua do serviço público, nenhum procedimento poderá ser mais “eficiente” para implementação “eficaz” de um “sistema de controle” (preventivo ou corretivo), em especial para um sistema de “controle interno”, do que uma rotina continuada de “avaliação”, voltada sobre a gestão.

A partir desse quadro, pode-se fazer em paralelo um cotejamento entre as terminologias dominantes na Lei n. 8.666/1993 e na Lei n. 14.133/2021, para expor que a LLCA acrescenta aos padrões do Estado de Direito e Democrático de Direito da lei anterior diversos novos parâmetros decorrentes da Emenda Constitucional n. 19/1998, gerenciais e técnicos.

	Legalidade	Impessoalidade	Publicidade	Moralidade	Eficiência
Lei n. 8.666/1993	Legalidade: 2 Ilegalidade: 4	1	Comando: 3 Serviços: 4	1	0
Lei n. 14.133/2021	Legalidade: 3 Ilegalidade: 1	2	Comando: 8 Serviços: 1	1	10

Fonte: elaboração própria.

Vê-se que os padrões normativos da principiologia referente ao continente da legalidade (legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade) estão presentes de forma parametrizada em ambos os estatutos de regulação das licitações; no entanto, em contraste, vê-se que o termo “eficiência” aparece como inovação nas disposições da LLCA, na perspectiva de “controle” e de “gestão”. Indo para a terminologia da matriz gerencial da “eficiência”, como análise e gestão de riscos, controle (preventivo, externo e interno), responsabilidade administrativa e resultados, tem-se:

	Risco/riscos	Responsabilidade	Resultado	Controle	Gestão
Lei n. 8.666/1993	3	14	2	14	3
Lei n. 14.133/2021	49	38	15	34	22

Fonte: elaboração própria.

Em realce: das três inserções do termo “risco/riscos” na Lei n. 8.666/1993, duas são relativas à segurança pública e uma é referente ao custeio das obras; as inserções do termo “controle” remetem aos sistemas de controle tradicionais da administração, externo e interno. Por outro lado, na Lei n. 14.133/2021, os termos “risco/riscos” estão voltados sobre os aspectos do espectro dos parâmetros da “legalidade” e por acréscimo sobre as diretrizes do comando da “eficiência”, com inovação da criação de um sistema de “controle interno” no campo das licitações, sem prejuízo das demais funções de controle interno da administração, em conexão com os controles externo e social.

Ou, indo aos conceitos de “desempenho” e “avaliação”, que se referem à aferição de desempenho e ao procedimento aplicável para aferição, no cotejo das leis, tem-se:

As inserções de “desempenho”		As inserções de “avaliação”	
Lei n. 8.666/1993	3	Lei n. 8.666/1993	16
Lei n. 14.133/2021	22	Lei n. 14.133/2021	25

Fonte: elaboração própria.

Vê-se, pelos exemplos destacados, um diferencial entre as leis no que se refere à utilização do termo “desempenho”; e quanto ao termo “avaliação”, mais utilizado na LLCA para aferição de desempenho e de resultados, na perspectiva da “governança” responsável.

3.2 Uma governança setorial de controle interno

Indo ao ponto central do nosso tema, a Lei n. 14.133/2021 trouxe inovação importante ao incluir, no seu arcabouço regulatório sobre contratações e procedimentos licitatórios, um sistema de controle preventivo interno. Isso está descrito no capítulo III (arts. 169, 170, 171 e 173) e visa promover uma “governança” responsável nas atividades administrativas e nas contratações, por meio de uma gestão cuidadosa de riscos, com o objetivo de prevenir ilegalidades e danos.

A propósito, o vocábulo “governança” é também inserido no estatuto regulatório uma vez no art. 11, parágrafo único, e outra no art. 169, inciso I, para apontar a “alta administração do órgão ou entidade” como o segmento central “responsável pela governança das contratações”, devendo implantar “processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos”, voltados a “avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos”, visando promover nesta seara “um ambiente íntegro e confiável”, como também “assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias”, e assim “promover eficiência, efetividade e eficácia” na celebração das contratações e nas suas ações.

A inovação nessa matéria pode ser visualizada por dois aspectos: primeiro, pela introdução de um “sistema de controle interno” na operacionalização dos procedimentos licitatórios e na governança dos contratos dessa seara; segundo, por apontar os atores responsáveis pelo exercício dessa função e por delinear a

dinâmica do funcionamento do controle interno, com indicação dos campos de atuação (gestão de riscos) e das “linhas de defesa” a seguir, na ótica da legalidade e da probidade das ações e das despesas, da eficácia e do alcance dos fins. Esse aspecto de governança com prudência, mediante envolvimento dos agentes incumbidos dos procedimentos e dos setores destinatários das ações e, ainda, mediante participação das assessorias jurídicas e do órgão central de controle interno (como supervisores dos processos), forma um ciclo virtuoso voltado ao aperfeiçoamento dos atos administrativos, para maior acerto e adequação na alocação de recursos, e para que as despesas se justifiquem por seus resultados.

As zonas de riscos são os perigos que rondam a administração, pelo cerco de interesses dos particulares sobre as preciosas finanças públicas, por eventual descuido ou descaminho de conduta dos agentes públicos, pela pressa na condução dos atos ou pela rotina da repetição, pela cobiça dos interessados em abraçar os objetos licitados sem que para estes estejam preparados, pelo não planejamento das contratações que atrasam o atendimento das demandas públicas ou importam no desperdício dos escassos recursos públicos, pela gestão indolente dos contratos e por atraso na entrega dos serviços, ou a execução irregular com vícios na realização das obras. Ante esses riscos, faz-se necessária, portanto, uma cuidadosa gestão, que está preventivamente determinada pelo art. 169 da LLCA, a ser promovida por “linhas de defesa” (defesa da administração e da sociedade), para proteção das finanças públicas, da legalidade e da probidade dos atos, e dos próprios agentes públicos, que, se envolvidos em ilícitos, serão acionados judicialmente.

As “linhas de defesa” (art. 169 e suas disposições) são designações de frentes de atuação, em que se podem visualizar dois aspectos: o primeiro, por identificação funcional dos agentes a atuarem em cada frente; o segundo, pelo delineamento das diretrizes norteadoras da atuação.

Nesse sentido, a primeira linha/frente de defesa deve ser integrada pelos próprios agentes envolvidos nos atos de licitações e contratos e pelas autoridades responsáveis ou que atuam na estrutura de governança da entidade ou órgão, desde o prévio levantamento de demandas pelos órgãos setoriais para elaboração do “plano de contratações anual”, a requisição com o “estudo técnico preliminar” e em seguida a elaboração do “termo de referência” em atendimento dos quesitos da espécie, a preparação do instrumento convocatório e as publicações conforme as exigências legais, até a realização das sessões licitatórias

com análises e decisões sobre questões incidentes, e enfim o monitoramento das execuções contratuais, e até o fecho com o recebimento de produtos e serviços.

A linhas seguintes ou frentes de defesa são de análises técnicas e de acompanhamento e monitoramento das ações desencadeadas pela administração e conduzidas pelos serviços das licitações e pelos agentes responsáveis pelo acompanhamento da execução dos contratos nos órgãos solicitantes e destinatários daquelas ações. A segunda linha/frente de defesa cabe aos profissionais do assessoramento jurídico e do controle interno, que são agentes responsáveis pelas análises técnicas dos aspectos legais e, também, pela inspeção sobre o regular percurso dos atos pelas fases e pelos agentes incumbidos das fases. A terceira linha/frente de defesa é composta em uma frente interna pelo órgão central de controle interno (onde houver) e outra frente externa pelas funções regulares dos tribunais de contas de competência para cada ente.

Nos pequenos municípios, onde deve haver um órgão de controle interno (de ordem constitucional e de observância geral), mas onde não há órgão central de controle interno (típico das administrações descentralizadas), as frentes de atuação interna se limitarão às duas primeiras linhas ou frentes de defesa e manterão diálogo permanente com as diretrizes apontadas pelos tribunais de contas que atuem para esses municípios.

A diretriz central para essas linhas de defesa (art. 169, *caput*) é que sua atuação se faça por “práticas contínuas e permanentes”, como forma de “controle preventivo” e voltado sobre a “gestão de riscos”, com utilização de “recursos de tecnologia e de informação”, para maior profissionalização dos procedimentos de controle, e ainda sob os olhares do “controle social”, pelos conselhos de composição mista (governo e sociedade), em cada matéria de que se trate.

Essas práticas e procedimentos são especificados nas disposições complementares do art. 169, com determinação no § 1º de que a alta administração de cada entidade ou órgão baixe um regulamento sobre implementação das práticas desse sistema de controle preventivo interno. As diretrizes dessas práticas são ainda complementadas nas disposições dos arts. 170 e 171, com instruções para saneamento de procedimentos nas hipóteses de impropriedades formais e para mitigação dos riscos, e medidas corretivas nos casos de irregularidades que resultem de infrações ou que caracterizem infrações.

Enfim, o art. 173 da LLCA determina que os tribunais de contas, nos âmbitos de suas competências, promovam por meio das suas escolas de contas eventos de capacitação dos servidores efetivos e dos empregados públicos designados para os serviços das licitações, incluídos cursos presenciais ou a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos, voltados para as contratações públicas.

Aqui, cabe destaque sobre três pontos: uma positiva priorização dos servidores efetivos para exercício de atribuições nos serviços das licitações, com formação de profissionais capacitados dos quadros permanentes da burocracia pública; a determinação para que os tribunais de contas, que exercem funções de controle externo e de sanção sobre irregularidades em procedimentos e infrações de agentes, promovam capacitação dos servidores incumbidos dessas funções no âmbito de cada entidade ou órgão; e finalmente a observação de que ainda não se tem notícia de que as cortes de contas já estejam realmente ofertando esses cursos. Vale, portanto, em se considerando essa última observação, a recomendação de que as altas administrações dos órgãos ou entidades públicas acionem os tribunais de contas que exercem competência em cada caso, para que atentem ao comando do art. 173 da LLCA e auxiliem as administrações locais na preparação dos seus agentes, para o exercício das funções da lei.

4. Conclusão

Eis, em linhas gerais, uma resenha dos sistemas de controle (interno, externo e social) da administração pública no ordenamento brasileiro e, em específico, uma breve abordagem sobre a inovação da LLCA ao introduzir na dinâmica dos serviços das licitações e contratos um sistema de controle interno, que envolve os próprios agentes incumbidos dos serviços, sob inspeção das assessorias jurídica e do controle interno.

Aqui se fala de “reinvenção” do controle interno em matéria das licitações e contratos porque, além de essa ser uma sistemática inovadora na regulamentação das licitações públicas, as disposições da lei discriminam as “linhas de defesa” com identificação funcional dos agentes responsáveis por esse controle interno de caráter preventivo e corretivo, e também porque trazem as diretrizes para atuação dessas frentes de defesa, pela legalidade e buscando a eficácia das ações, mediante gestão de riscos.

Enfim, o sistema de controle interno das licitações, de caráter preventivo e previamente saneador de riscos e vícios, deve ser visto não como um terreno dos receios ou também de risco, porém como um campo de segurança do trabalho e para o resguardo dos próprios agentes em seus atos. E deve assim, portanto, ser abraçado com entusiasmo pelos atores envolvidos nos processos e pelos agentes incumbidos dos serviços de assessoria e fiscalização dos atos administrativos.

Mas, como indicado, a lei traz comandos cuja observância ainda parece pendente, como a incumbência das cortes de contas (art. 173) de promoverem a capacitação dos agentes da seara, e, além de outros para procedimentos diversos, um regulamento (art. 169, § 1º) no âmbito das entidades ou órgãos para implementação do sistema de controle interno das licitações e contratos, com vistas à proteção dos atos e de seus fins.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev. e atual. até as Emendas 41 (da Previdência) e 42, de 2003. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília: Palácio do Planalto. Publicada no Diário Oficial da União em 5/10/1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998**. Brasília: Palácio do Planalto. Publicada no Diário Oficial da União em 5/6/1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Lei de licitações e contratos. Brasília: Palácio do Planalto. Publicada no Diário Oficial da União em 22/6/1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de licitações e contratos. Brasília: Palácio do Planalto. Publicada no Diário Oficial da União em 1º/4/2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

CHIAVENATO, Idalberto. **Teoria geral da administração**. V. 1 e 2. 6. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Campus, 2001.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1 e 2. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEITE, Geraldo. **O controle da administração municipal pelos conselhos gestores de políticas públicas**. 2006. 146 f. Dissertação (mestrado em direito administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. rev. e reelab. por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. **Coleção Os Pensadores**. Tradução: Fernando H. Cardoso e Leôncio M. Rodrigues. Introduções: José A. M. Pessanha e B. Lamounier, e Gonzague Truc. 3. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1985.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed. rev. atual. e ampl., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SIMÕES PIRES, Maria Coeli; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. Controle da administração pública e tendências à luz do estado democrático de direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 51, n. 2, p. 79-148, abr./jun. 2003.

ZILLER, Jacques. **Administrations comparées: les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze**. Paris: Montchrestien, 1993.



edições câmara
ESTUDOS E DEBATES

